



Roj: **STSJ EXT 148/2016 - ECLI:ES:TSJEXT:2016:148**

Id Cendoj: **10037330012016100095**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **25/02/2016**

Nº de Recurso: **24/2016**

Nº de Resolución: **29/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **DANIEL RUIZ BALLESTEROS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.EXTREMADURA SALA CON/AD CACERES

SENTENCIA: 00029/2016

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados del margen, en nombre de S. M. el Rey, ha dictado la siguiente:

SENTENCIA N°29

PRESIDENTE:

DON DANIEL RUIZ BALLESTEROS

MAGISTRADOS:

DOÑA ELENA MÉNDEZ CANSECO

DON MERCENARIO VILLALBA LAVA

DON RAIMUNDO PRADO BERNABEU

DON CASIANO ROJAS POZO

En Cáceres a 25 de Febrero de dos mil dieciséis.-

Visto el recurso de apelación nº **24** de **2.016**, interpuesto por la representación de **D. Jose Pedro**, como parte apelante, siendo parte apelada la **SUBDELEGACIÓN DE GOBIERNO DE EXTREMADURA**, contra la Sentencia nº 172/15 de fecha 29-10-2015, dictada en el recurso contencioso- administrativo PA nº 190/15, tramitado en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Badajoz .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Badajoz se remitió a esta Sala recurso contencioso- administrativo PA nº 190/15. Procedimiento que concluyó por Sentencia del Juzgado nº 172 de fecha 29 de Octubre de 2015 .

SEGUNDO.- Notificada la anterior resolución a las partes intervinientes se interpuso recurso de apelación por la parte actora, dando traslado a la representación de la parte demandada, aduciendo los motivos y fundamentos que tuvo por conveniente.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a la Sala se formó el presente rollo de apelación en el que se acordó admitir a trámite el presente recurso de apelación, que se declara concluso para sentencia, con citación de las partes.

CUARTO.- En la tramitación del presente rollo se han observado las prescripciones legales.-

Siendo Ponente para este trámite el Ilmo. Sr. Magistrado D. DANIEL RUIZ BALLESTEROS, que expresa el parecer de la Sala.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte demandante formula recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo número 2 de Badajoz, que desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno de España en Badajoz, que desestima el recurso de reposición presentado contra la Resolución que deniega la solicitud de autorización de residencia temporal por razones de arraigo social. La parte actora solicita la revocación de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo. La Administración General del Estado se opone a las pretensiones de la parte apelante.

SEGUNDO.- El demandante presentó el día 6-5-2015 una solicitud de autorización de residencia por razones de arraigo social. En el expediente administrativo, consta que el actor tiene antecedentes penales. Este hecho está acreditado en el certificado del Registro Central de Penados que obra en el folio 43 del expediente administrativo. El certificado está emitido el día 8-5-2015 y recoge la condena a la pena de dos años de prisión y dos años de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por la comisión de un delito de robo con violencia o intimidación. El mismo contenido tiene el certificado de antecedentes penales aportado por el interesado y expedido el día 13-5-2015.

En consecuencia, el demandante no cumple con el requisito establecido en el artículo 124.2.a) del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, que dispone que la concesión de esta autorización exige "a) Carecer de antecedentes penales en España y en su país de origen o en el país o países en que haya residido durante los últimos cinco años". El precepto reglamentario tiene respaldo en el artículo 31.5 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que establece que "Para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España o en los países anteriores de residencia, por delitos existentes en el ordenamiento español, y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido".

TERCERO.- La parte actora expone que obtuvo la suspensión de la pena privativa de libertad de dos años de prisión por Auto de 27-2-2013.

Sobre ello, lo primero que debemos señalar es que estamos ante un supuesto de autorización inicial de residencia y no ante una renovación de un permiso de residencia ya obtenido. Por este motivo, no es objeto de valoración la situación de suspensión de la pena sino que el elemento decisivo es la existencia o no de antecedentes penales.

En segundo lugar, los dos certificados aportados acreditan la existencia de antecedentes penales, sin que corresponda a los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo la valoración sobre su cancelación. Si los antecedentes penales están cancelados, así lo debe acreditar el interesado. Esta situación no concurre en el presente supuesto donde no se trata de valorar la situación de suspensión de la pena sino la existencia de antecedentes penales que están debidamente acreditados y no consta que hayan sido cancelados.

Por último, valorando la completa fundamentación jurídica contenida en la sentencia de instancia, resulta que la pena de prisión de dos años es una pena menos grave, conforme al artículo 33.3.a) del Código Penal. El artículo 136 del Código Penal exige que transcurra un plazo de tres años sin delinquir -la sentencia de instancia señala el plazo de dos años pero el plazo correcto para las penas menos graves es el de tres años-. El mismo artículo 136 dispone que "Estos plazos se contarán desde el día siguiente a aquel en que quedara extinguida la pena, pero si ello ocurriese mediante la remisión condicional, el plazo, una vez obtenida la remisión definitiva, se computará retrotrayéndolo al día siguiente a aquel en que hubiere quedado cumplida la pena si no se hubiere disfrutado de este beneficio. En este caso, se tomará como fecha inicial para el cómputo de la duración de la pena el día siguiente al del otorgamiento de la suspensión". Por tanto, el plazo de dos años de duración de la pena de prisión se computa desde el Auto de 27-2-2013 que acuerda la suspensión de la pena privativa de libertad de dos años de prisión, es decir, hasta el día 27-2-2015, y a partir de ahí, hay que computar el plazo de tres años sin delinquir.

La conclusión de todo ello es que los antecedentes penales no están cancelados, así se desprende de los certificados que hemos examinado, pero no podrán ser cancelados hasta el año 2018, siempre que el actor permanezca hasta dicha fecha sin delinquir.

CUARTO.- El artículo 124.2.b) del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, establece el requisito de "b) Contar con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud para un periodo que no sea inferior a un año". Este precepto debe ponerse en relación con el artículo 64.3 del mismo



texto reglamentario al que se remite el artículo 129.2 del Reglamento. El apartado b) del artículo 64.3 establece el requisito de que "El empleador presente un contrato de trabajo firmado por el trabajador y por él mismo y que garantice al trabajador una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena" y el apartado e) que "El empleador cuente con medios económicos, materiales o personales, suficientes para su proyecto empresarial y para hacer frente a las obligaciones asumidas en el contrato frente al trabajador en los términos establecidos en el art. 66 de este Reglamento".

Lo razonado en la actuación administrativa impugnada y en la sentencia de primera instancia se desprende de los datos facilitados por el interesado. Nada se acredita sobre la ampliación del negocio que motivó la necesidad de contratar a un trabajador a jornada completa cuando el negocio dispone de un trabajador contratado a tiempo parcial y el negocio en los años 2013 y 2014 presenta pérdidas, según se deduce de los rendimientos de actividades económicas que resultan negativos declarados por el empleador en el las Autoliquidaciones del IRPF correspondientes a estos ejercicios. Así pues, no está garantizada la viabilidad de la empresa ni tampoco el mantenimiento del puesto de trabajo a jornada completa durante todo un año.

QUINTO.- En virtud de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, procede imponer las costas procesales a la parte apelante.

VISTOS los artículos citados y demás preceptos de pertinente y general aplicación, EN NOMBRE DE SM EL REY, por la potestad que nos confiere la CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA,

FALLAMOS

Desestimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por don Jose Pedro contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Badajoz, de fecha 29 de octubre de 2015 .

Condenamos a la parte apelante al pago de las costas procesales causadas en el presente recurso de apelación.

De conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ , según la reforma efectuada por LO 1/2009, de 3 de noviembre, se declara la pérdida del depósito de 50 euros consignado por la parte apelante.

Contra la presente sentencia no cabe recurso de casación.

Y para que esta sentencia se lleve a puro y debido efecto, remítase testimonio junto con los autos, al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que dictó la resolución impugnada, que deberá acusar recibo dentro del término de diez días, y déjese constancia de lo resuelto en el procedimiento.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION

Dada, leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente que la autoriza estando la Sala celebrando audiencia pública ordinaria en el día de su fecha. Certifico.

DILIGENCIA .- Seguidamente se dedujo testimonio de la anterior sentencia para constancia en el procedimiento.