



**T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.1  
A CORUÑA**

SENTENCIA: 00205/2023

**Ponente: D. FERNANDO SEOANE PESQUEIRA**

**Recurso: RECURSO DE APELACION 567/2022**



ADMINISTRACIÓN  
DE XUSTIZA

**Apelante: D. XXXX**

**Apelada: SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN A CORUÑA**

**EN NOMBRE DEL REY**

La Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la siguiente

**SENTENCIA**

**Ilmos. Sres.**

**D. Fernando Seoane Pesqueira, Presidente**

**D<sup>a</sup>. Blanca María Fernández Conde**

**D<sup>a</sup>. María Amalia Bolaño Piñeiro**

A Coruña, a 15 de marzo de 2023.

El recurso de apelación 567/2022 pendiente de resolución ante esta Sala fue promovido por D. XXXX, representado por la procuradora D<sup>a</sup>. Ana Belén Sarceda Rubinos y dirigido por la letrada D<sup>a</sup>. Paula López Acebedo contra la sentencia de fecha 28 de junio de 2022 dictada en el Procedimiento Abreviado 72/2022 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo Núm. 1 de los de Lugo, siendo parte apelada la Subdelegación del Gobierno en A Coruña, representada y dirigida por el Abogado del Estado.

Es ponente el Ilmo. Sr. **D. Fernando Seoane Pesqueira.**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO**.- Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice: "Que debo DESESTIMAR y DESESTIMO el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de D. XXXX contra la SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN LUGO, seguido como PROCESO ABREVIADO número 72/2022 ante este Juzgado, contra la resolución citada en el encabezamiento de esta Sentencia, que la declaro ajustada al ordenamiento jurídico.

Las costas procesales -hasta la cifra máxima de trescientos euros más impuestos en concepto de honorarios de Letrado de la Administración- se imponen a la parte actora."

**SEGUNDO**.- Notificada la misma, se interpuso recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que obra en el procedimiento, habiéndose acordado dar traslado de las actuaciones al ponente para resolver por el turno que corresponda.

### **FUNDAMENTOS JURIDICOS**

**NO SE ACEPTAN** los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida, salvo en lo que resulten concordantes con los que a continuación se exponen, y

#### **PRIMERO: Objeto de apelación.-**

El ciudadano de nacionalidad colombiana don XXXX impugna la resolución de 16 de febrero de 2022 de la Subdelegada del Gobierno en Lugo, por la que se deniega la solicitud de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo social, prevista en el artículo 124.2 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.

Dos son los motivos en que la Administración ha fundado tal denegación: 1º No permanencia continuada en España durante un período mínimo de tres años inmediatamente anteriores a la solicitud (desde septiembre de 2018 hasta septiembre de 2021), en base a que no se justifica la permanencia desde septiembre a diciembre de 2020, 2º Informe policial desfavorable, porque consta en el expediente informe de la Comisaría Provincial de Policía de Lugo sobre una detención del recurrente por la Guardia Civil de Vilalba por delitos de blanqueo de capitales, estafas con tarjetas de crédito/débito y cheques de viaje y un delito no codificado de estafa bancaria y pertenencia a grupo criminal, por haber estafado dinero a un particular a través de la banca *on line*



por el método denominado *Phising* y posterior retirada de parte del mismo en varias sucursales bancarias tanto de Villalba como de Lugo por parte de terceras personas.

El Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 1 de Lugo desestimó el recurso contencioso-administrativo, en base al informe policial desfavorable, teniendo en cuenta que el demandante entró en territorio español en el mes de abril de 2018, que se produjo el inicio de la investigación judicial en el año 2019 con ocasión de su detención por los referidos hechos, y que ya se ha superado la fase intermedia de la causa judicial, solicitando la acusación pública 2 años de prisión, por lo que se considera que la Administración ha hecho uso de la facultad conferida en el artículo 69 del RD 557/201 de modo razonable y con suficiente fundamento. En cuanto al primer motivo en que fundaba la Administración la denegación, en la sentencia apelada se considera acreditado el requisito de la permanencia continuada en España durante tres años.

Frente a dicha sentencia interpone el demandante recurso de apelación, invocando la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2020 para deducir que el informe policial desfavorable no puede servir para fundar la denegación de la postulada autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo social.

**SEGUNDO: Normativa vigente y cuestión controvertida.-**

Partamos de la regulación que se contiene en el artículo 124.2 del RD 557/2011, en el que se establece:

*"Se podrá conceder una autorización de residencia por razones de arraigo ... social cuando se cumplan los siguientes requisitos:*

*2. Por arraigo social, podrán obtener una autorización los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de tres años.*

*Además, deberá cumplir, de forma acumulativa, los siguientes requisitos:*

*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.*

*b) Contar con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario que garantice al menos el salario mínimo interprofesional o el salario establecido, en su caso, en el convenio colectivo aplicable, en el momento de la solicitud, y cuya suma debe representar una jornada semanal no inferior a treinta horas en el cómputo global y garantizar al menos el salario mínimo interprofesional. El contrato podrá tener una duración de mínimo 20 horas en los casos que se acredite tener a cargo menores o personas que precisen medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica...*

*c) Tener vínculos familiares con otros extranjeros residentes o presentar un informe de arraigo que acredite su*

*integración social, emitido por la Comunidad Autónoma en cuyo territorio tengan su domicilio habitual.*

*A estos efectos, los vínculos familiares se entenderán referidos exclusivamente a los cónyuges o parejas de hecho registradas, ascendientes y descendientes en primer grado y línea directa.*

*El informe de arraigo social, que deberá ser emitido y notificado al interesado en el plazo máximo de treinta días desde su solicitud, hará constar, entre otros factores de arraigo que puedan acreditarse por las diferentes Administraciones competentes, el tiempo de permanencia del interesado en su domicilio habitual, en el que deberá estar empadronado, los medios económicos con los que cuente, los vínculos con familiares residentes en España, y los esfuerzos de integración a través del seguimiento de programas de inserción sociolaborales y culturales. Simultáneamente y por medios electrónicos, la Comunidad Autónoma deberá dar traslado del informe a la Oficina de Extranjería competente.*

*A dichos efectos, el órgano autonómico competente podrá realizar consulta al Ayuntamiento donde el extranjero tenga su domicilio habitual sobre la información que pueda constar al mismo.*

*El informe de arraigo referido anteriormente podrá ser emitido por la Corporación local en la que el extranjero tenga su domicilio habitual, cuando así haya sido establecido por la Comunidad Autónoma competente, siempre que ello haya sido previamente puesto en conocimiento de la Secretaría de Estado de Migraciones.*

*El informe de la Corporación local habrá de ser emitido y notificado al interesado en el plazo de treinta días desde la fecha de la solicitud. Simultáneamente y por medios electrónicos, la Corporación local deberá dar traslado del informe a la Oficina de Extranjería competente.*

*El órgano que emita el informe podrá recomendar que se exima al extranjero de la necesidad de contar con un contrato de trabajo, siempre y cuando acredite que cuenta con medios económicos suficientes que supongan, al menos, el 100% de la cuantía de la renta garantizada del Ingreso Mínimo Vital con carácter anual. En caso de cumplirse los requisitos previstos en el artículo 105.3 de este Reglamento, se podrá alegar que los medios económicos derivan de una actividad desarrollada por cuenta propia.*

*En caso de que el informe no haya sido emitido en plazo, circunstancia que habrá de ser debidamente acreditada por el interesado, podrá justificarse este requisito por cualquier medio de prueba".*

*Como ya ha razonado esta Sala y Sección en sus sentencias de 13 de julio de 2011, 23 de enero de 2013, 10 de abril de 2013, 15 de octubre de 2014, y 23 de noviembre de 2016, entre otras, si la concesión de la autorización de residencia temporal lleva aparejada la autorización de*



trabajo, hay que acudir a todas las exigencias que reglamentariamente se establezcan en relación con esta última, aunque literalmente no se contengan en el artículo 124.2 RD 557/2011, como sucede con aquella del artículo 69.1.e del RD 557/2011, según el cual se denegarán las autorizaciones iniciales de residencia y trabajo por cuenta ajena, entre otros casos "De así valorarlo el órgano competente para resolver, cuando conste un informe policial desfavorable".

En el caso presente la existencia de un informe policial desfavorable es el motivo en que se funda la denegación de la autorización de residencia temporal que se solicita, pues de los demás sólo se ha puesto en cuestión el de la permanencia continuada en España durante un período mínimo de tres años, y ya hemos visto que la sentencia apelada ha considerado cumplido ese requisito.

Por tanto, el debate en esta alzada se reduce a determinar si la mera existencia de un antecedente policial desfavorable puede ser causa de denegación de la autorización postulada., en torno a lo cual se ha pronunciado la moderna jurisprudencia, por lo que procede analizar esta última.

**TERCERO: Doctrina jurisprudencial sobre el requisito del informe policial desfavorable como causa de denegación de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo social.-**

Recientemente ha tenido ocasión la Sala 3ª del Tribunal Supremo de pronunciarse sobre la posibilidad de que la existencia de un informe policial desfavorable pueda ser causa de denegación de la autorización de residencia temporal.

La sentencia de 2 de marzo de 2020 de la Sala 3ª del Tribunal Supremo (recurso 871/2019) se ha pronunciado sobre si la sola existencia de antecedentes policiales desfavorables puede ser causa de denegación de la autorización de residencia temporal por razones de arraigo social que contempla el artículo 124.2 del Real Decreto 557/2011, llegando a la conclusión de que los antecedentes policiales -salvo que, por su reiteración y/o gravedad, evidencien que el solicitante representa un peligro para el "orden público" o la "seguridad pública", en el sentido que es interpretado por el TJUE- no constituyen causa de denegación de una solicitud de primera autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo social.

En su fundamento de derecho primero se argumenta en dicha sentencia:

*"Cuatro son los requisitos que, de forma cumulativa, han de concurrir para obtener una primera autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo social (art. 124.2 del Reglamento): 1) Residencia en España durante un período mínimo de 3 años; 2) Carencia de antecedentes penales en España y en su país de origen o en el/los países en los que haya residido durante los últimos*

cinco años; 3) Oferta de contrato firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud por un período que no sea inferior a 1 año, condicionada su vigencia a la concesión de la referida autorización; 4) Tener vínculos familiares con otros extranjeros residentes (pareja, descendientes o ascendientes, básicamente) o presentar un informe de arraigo que acredite su integración social, emitido por el Ayuntamiento en el que tenga su domicilio habitual...

El art. 124.2 habla de antecedentes penales, no de antecedentes policiales, por lo que éstos, sino han concluido con sentencia condenatoria, carecen, en principio, de relevancia a estos efectos, salvo que, por su reiteración y/o gravedad evidencien que el solicitante representa un peligro para el "orden público", en el sentido que es interpretado por el TJUE para lo que se requiere "aparte de la perturbación del orden social que constituye cualquier infracción de la ley, que exista una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad", o para la "seguridad pública", concepto que, conforme a dicho Tribunal, comprende "tanto la seguridad interior de un Estado miembro como su seguridad exterior, y, en consecuencia, el hecho de poner en peligro el funcionamiento de las instituciones y de los servicios público esenciales, así como la supervivencia de la población, además del riesgo de una perturbación grave de las relaciones exteriores o de la coexistencia pacífica de los pueblos, o, incluso, la amenaza de intereses militares, pueden afectar a la seguridad pública...".

La anterior sentencia ha sido confirmada por otra posterior de 29 de abril de 2021 (recurso 8265/2019), aunque esta última en relación la autorización de residencia temporal por arraigo laboral (art. 124.1 RD 557/2011), aclarándose en esta lo que la jurisprudencia comunitaria entiende por orden público y seguridad pública a estos efectos, en los siguientes términos:

"La jurisprudencia comunitaria se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre lo que deba entenderse por orden público y seguridad pública, indicando que "...el concepto de "orden público" requiere en todo caso, aparte de la perturbación del orden social que constituye cualquier infracción de la ley, que exista una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. Por lo que respecta al concepto de "seguridad pública", de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que ese concepto comprende tanto la seguridad interior de un Estado miembro como su seguridad exterior y que, en consecuencia, pueden afectar a la seguridad pública el hecho de poner en peligro el funcionamiento de las instituciones y de los servicios públicos esenciales, así como la supervivencia de la población, al igual que el riesgo de una perturbación grave de las relaciones exteriores o de la coexistencia pacífica de los pueblos o, incluso, la amenaza a intereses militares. El Tribunal de Justicia ha declarado asimismo que la lucha contra la criminalidad asociada al



tráfico de estupefacientes mediante banda organizada o contra el terrorismo está comprendida en el concepto de "seguridad pública" (véanse en ese sentido las sentencias de 13 de septiembre de 2016, Rendón Marín, C-165/14 , EU:C:2016:675 , apartados 82 y 83, y CS, C-304/14 , EU:C:2016:674 , apartados 37 a 39)." (STJUE de 8 de mayo de 2018, C-82/16 , parágrafo 91).

Asimismo, son muchos sus pronunciamientos de los que se desprende que debe rechazarse cualquier automatismo en la aplicación de estos conceptos, que es necesaria la individualización en cada caso concreto y que ha de atenderse a la conducta personal del interesado, rechazándose las meras razones de prevención general ( SSTJUE de 10 de julio de 2008, C-33/2007 , parágrafo 24; 23 de noviembre de 2010, C- 145/2009 , párrafos 48 y ss; 8 de diciembre de 2011, C- 371/08, párrafos 80 y ss; o de 13 de septiembre de 2016 , párrafos 83 a 86 ).

Por lo tanto, debe examinarse en cada caso de manera individualizada si el comportamiento personal del solicitante supone una amenaza real, actual y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad, y tales circunstancias no pueden hacerse derivar, como aquí ocurre, de la sola y escueta mención a unos antecedentes policiales de los que se ignora su curso judicial, antecedentes que consisten en la mera mención a la fecha y al delito al que responden, sin que se refleje ninguna circunstancia particular de la que pueda deducirse un comportamiento personal del interesado que pueda suponer una amenaza para el orden o seguridad públicos en los términos expuestos.

La mera referencia a unos antecedentes policiales que consisten sólo en la mención del delito y la fecha de la detención, de los que se ignora si están caducados o no ni el curso judicial de los mismos, son insuficientes por sí solos para deducir un comportamiento personal contrario al orden público o a la seguridad pública. No se sabe cuál fue el concreto comportamiento personal que los motivó; si tales antecedentes, simplemente, caducaron; si dieron o no lugar a que se iniciara algún proceso penal contra el interesado; si el proceso penal que se hubiera iniciado se archivó o prosiguió por apreciarse judicialmente indicios bastantes de la comisión del delito; cuál fue la calificación judicial -y no policial- del delito investigado para apreciar su gravedad, así como la participación en el mismo del interesado; si se adoptó alguna medida cautelar; cuál es la fase en la que ese proceso penal se encuentra, etc.. Con estas lagunas no es posible llegar a una conclusión con un mínimo de rigor y certeza sobre la existencia misma de un comportamiento personal del solicitante que pueda calificarse de peligro o amenaza real, actual y grave para un interés fundamental de la sociedad como exige la norma comunitaria.

Así pues, para poder "tomar en consideración" "la gravedad o el tipo de delito contra el orden público o la seguridad pública, o el peligro que representa la persona en

cuestión", como exige el art. 6 de la Directiva 2003/109/CE , con la finalidad de examinar si esta persona constituye, efectivamente, una amenaza real, actual y suficientemente grave contra un interés fundamental de la sociedad no es bastante la sola y escueta referencia a unos antecedentes policiales consistentes en la mera mención del delito sin saber el devenir judicial de los mismos, porque de esta sola mención no es posible racionalmente deducir un comportamiento del solicitante que revista las características descritas".

Recordábamos también en esta sentencia que "En una línea similar nos hemos pronunciado ya recientemente en nuestra sentencia de 2 de marzo de 2020, rec. 871/2019 , en la que nos referimos a la incidencia de los antecedentes policiales en la solicitud de primera autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo, en la que concluimos que "[L]os antecedentes policiales -salvo que, por su reiteración y/o gravedad, evidencien que el solicitante representa un peligro para el "orden público" o la "seguridad pública", en el sentido que es interpretado por el TJUE, y que hemos transcrito más arriba- no constituyen causa de denegación de una solicitud de primera autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo social".

Y añadíamos: "Lo determinante será, pues, también aquí, que, huyendo de meras razones de prevención general, pueda evidenciarse una conducta personal del solicitante que suponga una amenaza, real, actual y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública en los términos interpretados por el TJUE, extremos que no es posible deducir de la mera mención del delito por parte de las autoridades policiales sin conocerse siquiera su devenir judicial".

Sobre la relevancia de los antecedentes policiales desfavorables también se ha pronunciado en el mismo sentido la STS nº. 1.092/2020, de 23 de julio, si bien en este caso en relación con la denegación del estatuto de residente de larga duración.

#### **CUARTO: Aplicación de la anterior doctrina jurisprudencial al caso presente.-**

En el caso presente el antecedente policial que se menciona ni tiene el carácter de reiteración o gravedad exigido ni evidencia que el demandante represente un peligro para el orden público o la "seguridad pública", en el sentido que es interpretado por el TJUE, por lo que, en aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta, no existe fundamento para denegar la autorización de residencia temporal postulada.

En efecto, el imputado al actor es un hecho aislado calificado como estafa, cometido a través de la banca *on line* por el método denominado *phising* en el que ha resultado perjudicado un particular, por lo que ni se puede hablar de reiteración en el ilícito penal ni existe base para deducir que, por ese solo hecho, el recurrente represente una amenaza



real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, así como tampoco cabe integrar el delito imputado entre los que tienen como bien jurídico protegido bien la seguridad interior de un Estado miembro de la Unión Europea bien su seguridad exterior y que, en consecuencia, pueda afectar a la seguridad pública o poner en peligro el funcionamiento de las instituciones y de los servicios públicos esenciales, así como la supervivencia de la población. En consecuencia, no se presenta ninguna de las circunstancias por las que excepcionalmente cabe tener en cuenta el antecedente policial para fundar la denegación de la autorización de residencia temporal solicitada.

Es más, ni siquiera consta que dicho antecedente policial haya derivado en una sentencia penal condenatoria, pues lo único que se indica en el expediente administrativo es que el Juzgado de Instrucción nº 2 de Vilalba comunica en fecha 7 de febrero de 2022 que la causa instruida por los mismos hechos que fueron objeto de investigación policial estaba pendiente de elevar a los Juzgados de lo Penal y que la Fiscalía solicitaba dos años de prisión.

En consecuencia, la aplicación de la anterior doctrina jurisprudencial al caso presente ha de conducir a la revocación de la sentencia de primera instancia y consiguiente estimación del recurso contencioso-administrativo declarando que procede la concesión de la autorización de residencia temporal interesada, por concurrencia de los requisitos exigidos en el artículo 124.2 del RD 557/2011.

#### **QUINTO: Costas procesales.-**

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa, al acogerse el recurso de apelación no se hará pronunciamiento especial sobre las costas de esta segunda instancia.

La revocación también ha de alcanzar a las costas de primera instancia, de modo que tampoco procede la imposición a ninguna de las partes, pues la discrepancia de criterio entre la sentencia del Juzgado y la presente pone de manifiesto dudas de Derecho que justifican ese pronunciamiento en base al artículo 139.1 LJ.

**VISTOS** los artículos citados y demás preceptos de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS** que con acogimiento del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 1 de Lugo de 28 de junio de 2022, **REVOCAMOS** la misma, y en su lugar, **estimamos** el recurso contencioso-administrativo formulado por don XXXXX contra la resolución de 16 de febrero de 2022 de la Subdelegada del Gobierno en Lugo, por la que se deniega la

solicitud de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo social, previsto en el artículo 124.2 del Real Decreto 557/2011, **anulamos** la resolución administrativa impugnada y declaramos que **procede la concesión** al demandante de la autorización de residencia temporal postulada, sin hacer pronunciamiento especial sobre las costas de ambas instancias.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella puede interponerse recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo o ante la Sala correspondiente de este Tribunal Superior de Justicia, siempre que se acredite interés casacional. Dicho recurso habrá de prepararse ante la Sala de instancia en el plazo de TREINTA días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, en escrito en el que se de cumplimiento a los requisitos del artículo 89 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Para admitir a trámite el recurso, al prepararse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal (1570-0000-85-0567-22), el depósito al que se refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre (BOE núm. 266 de 4/11/09); y, en su momento, devuélvase el expediente administrativo a su procedencia, con certificación de esta resolución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.