

## Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N° 5 de Málaga

C\ Fiscal Luis Portero García, s/n, 29010, Málaga. Tfno.: 951939075, Fax: 951939175, Correo electrónico: JContencioso.5.Málaga.jus@juntadeandalucia.es

**N.I.G.:** 2906745320230003228.

**Procedimiento:** Procedimiento Abreviado 409/2023. **Negociado:** MA

**Actuación recurrida:** Resolución de fecha 1 de septiembre de 2023 dictada por la Subdelegación de Gobierno en Málaga por la que se desestima el Recurso de reposición en el expediente 290020220023137 de Residencia Temporal por Circunstancias Excepcionales

**De:** [REDACTED]

**Procurador/a:** JOSE CARLOS GARRIDO MARQUEZ

**Letrado/a:** CAROLINA MACIAS REYES

**Contra:** SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN MALAGA

**Procurador/a:**

**Letrado/a:** ABOGACIA DEL ESTADO DE MALAGA

### SENTENCIA N.º 184/2024

En Málaga, a catorce de octubre de dos mil veinticuatro.

Vistos por D. Francisco Ramírez Peinado, Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Málaga, por sustitución reglamentaria, los presentes autos de procedimiento abreviado, en materia de extranjería, seguidos con el n.º 409/2023, en virtud de las atribuciones conferidas por la Constitución Española y en nombre de S.M. EL REY, se pronuncia la siguiente sentencia

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por turno de reparto ha correspondido a este Juzgado conocer del recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador Sr. Garrido Márquez, en representación de D. [REDACTED], con la asistencia de la Letrada Sra. Macías Reyes, frente a la resolución dictada por la Subdelegación del Gobierno en Málaga de 1/09/2023, por la que se desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 27/03/2023, dictada por el mismo órgano.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, quedó señalado el juicio el día 10/10/2024.

La Administración demandada ha sido representada y asistida por el representante de la Abogacía del Estado, Sr. Ribera Ruano.

Al acto asistieron las partes en forma, ratificando el recurrente su demanda, a la que



<b>Código:</b>	OSEQRPULVRGKL4ZTZDN2VF8LLJ32SG	<b>Fecha</b>	15/10/2024
<b>Firmado Por</b>	FRANCISCO RAMÍREZ PEINADO JUAN CARLOS RUÍZ ZAMORA		
<b>URL de verificación</b>	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/</a>	<b>Página</b>	1/12



formuló oposición la Administración demandada. Por ambas partes se dio por reproducido el expediente administrativo y, por el recurrente, la documental obrante en autos. Con la emisión de las conclusiones, quedaron los autos vistos para sentencia.

**TERCERO.-** En el presente procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales esenciales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Objeto del recurso y alegaciones de las partes

Combate la demanda la resolución dictada por la Subdelegación del Gobierno en Málaga de 1/092023, por la que se desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 27/03/2023, dictada por el mismo órgano, acordando ambas denegar la autorización de residencia temporal de familiar de ciudadano comunitario.

En la demanda se reiteran las alegaciones antes expuestas en el expediente, en particular y sucintamente:

- Error en la calificación de la Administración demandada, al denegar la solicitud de residencia por tener el recurrente antecedentes penales no cancelados en España, por aplicación del régimen de la autorización de residencia por arraigo familiar de los artículos 31 LOE y 124 Reglamento de Extranjería, cuando resulta de aplicación el art. 15.5 del Real Decreto 240/2007, de 1 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea, ya que el interesado está casado con una ciudadana española.

- Que a la fecha de notificación de la mejora de solicitud – notificada el 8/01/2023- las condenas estaban cumplidas y se había solicitado la cancelación de los antecedentes penales, debiendo considerarse el principio de reeducación y reinserción social previsto en el artículo 25.2 CE.


- Que los hechos penalmente sancionados fueron cometidos en 2017 y 2018, por lo que debería valorarse si, en la actualidad, el recurrente constituye una amenaza real y suficiente para el orden y la seguridad públicos. El artículo 21 TFUE y el artículo 27, apartado 2, de la Directiva 2004/38/CE, prohíben la denegación automática de una autorización de residencia por la mera existencia de antecedentes penales.

- Que el recurrente accedió a España siendo prácticamente un niño, sin tener vínculos actuales con su país de origen, Marruecos, pues toda su familia está en España.

La Administración demandada, a través de la Abogacía del Estado, instó la desestimación



<b>Código:</b>	OSEQRPULVRGKL4ZTZDN2VF8LLJ32SG	<b>Fecha</b>	15/10/2024
<b>Firmado Por</b>	FRANCISCO RAMÍREZ PEINADO JUAN CARLOS RUÍZ ZAMORA		
<b>URL de verificación</b>	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/</a>	<b>Página</b>	2/12



de la demanda y confirmación de las resoluciones recurridas, que denegaron la solicitud con base en el orden público y la seguridad pública, afectados por el hecho de contar el recurrente con antecedentes penales no cancelados en España, siendo de aplicación el apartado 5 del artículo 31 LOE, sin posibilidad de atender a la moderación prevista en el apartado 7 del mismo precepto.

## **SEGUNDO.- Normativa aplicable y decisión de la controversia**

Examinado el expediente administrativo y las alegaciones de las partes, la primera cuestión a resolver es determinar ante qué clase de autorización de residencia nos encontramos. La solicitud inicial del recurrente lo fue de “tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea (Real Decreto 240/2007)”; sin embargo, la Administración ha dado respuesta a una solicitud de “autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo familiar”.

La Administración, mediante comunicación de 5/01/2023, requirió al hoy recurrente para que “modifique o mejore voluntariamente el tipo de solicitud y documentación formuladas”, para acomodar su petición al arraigo familiar común. La razón dada para justificar esta petición es la entrada en vigor del Real Decreto 629/2022, de 26 de julio que, a su vez, modifica el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, esto es, el Reglamento de Extranjería, entendiéndose la Administración que “los miembros de la familia de ciudadanos que no ejercen la libre circulación y que no se desplazan desde el Estado de su nacionalidad, en nuestro caso, los nacionales de terceros Estados que son miembros de la familia de ciudadanos españoles, son situaciones puramente internas que deben ser tratadas, salvo excepciones, conforme a la legislación nacional de cada uno de los Estados miembros.

Pues bien, no se comparte la conclusión anterior que, desde luego, no aparece justificada más que por la referencia genérica a “una consolidada evolución doctrinal y jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”.

Según la exposición de motivos del Real Decreto 629/2022 “El objetivo que se pretende con esta reforma es hacer frente de forma ágil a los crecientes desajustes del mercado de trabajo español asociados a la escasez de mano de obra desde el ámbito migratorio, así como dar respuesta a situaciones preexistentes no resueltas con la actual normativa reglamentaria, desde la plena salvaguarda de las condiciones laborales.

El modelo migratorio español no solo carece de agilidad en la capacidad de dar respuesta a los retos del mercado laboral, sino que incluye importantes ineficiencias y genera el desarrollo de prácticas de economía informal que tienen elevados costes humanos, económicos, sociales y de gestión.

Por otro lado, la reforma pretende adecuar el marco de las autorizaciones de trabajo al nuevo marco de contratación establecido por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, además de actualizar algunos elementos de figuras previstas en el Reglamento de Extranjería tras las novedades



<b>Código:</b>	OSEQRPULVRGKL4ZTZDN2VF8LLJ32SG	<b>Fecha</b>	15/10/2024
<b>Firmado Por</b>	FRANCISCO RAMÍREZ PEINADO JUAN CARLOS RUÍZ ZAMORA		
<b>URL de verificación</b>	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/</a>	<b>Página</b>	3/12



jurisprudenciales de los últimos años, integrando en el reglamento soluciones que se habían aportado a través de instrucciones.”

Vista su regulación y, por trasposición, la modificación operada en el Real Decreto 557/2011, no se ve qué incidencia tenga el mismo en la petición de autorización de residencia de familiar comunitario que fue la instada por el recurrente. Resulta así caprichoso y, por ende, arbitrario, el actuar de la Administración de variar el carácter de la petición y resolverla mediante el régimen establecido en el Real Decreto 557/2011, en lugar de aplicar el Real Decreto 240/2007.

Esta norma dispone en su artículo 2 que “El presente real decreto se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de ciudadano de *otro Estado miembro* de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando le acompañen o se reúnan con él, que a continuación se relacionan:

a) A su cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o *separación legal*.”

La expresión «otro Estado miembro» fue anulada por Sentencia TS (Sala 3.ª , Sección 5.ª) de 1 de junio de 2010 («B.O.E.» 3 noviembre), porque su dicción literal excluía del ámbito del precepto a los familiares de ciudadanos españoles, lo que era un evidente absurdo.

El artículo 8 del mismo Real Decreto establece:

“1. Los miembros de la familia de un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo especificados en el artículo 2 del presente real decreto, que no ostenten la nacionalidad de uno de dichos Estados, cuando le acompañen o se reúnan con él, podrán residir en España por un período superior a tres meses, estando sujetos a la obligación de solicitar y obtener una «tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión».

2. La solicitud de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión deberá presentarse en el plazo de tres meses desde la fecha de entrada en España, ante la Oficina de Extranjeros de la provincia donde el interesado pretenda permanecer o fijar su residencia o, en su defecto, ante la Comisaría de Policía correspondiente. En todo caso, se entregará de forma inmediata un resguardo acreditativo de la presentación de la solicitud de la tarjeta, que será suficiente para acreditar su situación de estancia legal hasta la entrega de la tarjeta. La tenencia del resguardo no podrá constituir condición previa para el ejercicio de otros derechos o la realización de trámites administrativos, siempre que el beneficiario de los derechos pueda acreditar su situación por cualquier otro medio de prueba.

3. Junto con el impreso de solicitud de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, cumplimentado en el modelo oficial establecido al efecto, deberá presentarse la documentación siguiente:



<b>Código:</b>	OSEQRPULVRGKL4ZTZDN2VF8LLJ32SG	<b>Fecha</b>	15/10/2024
<b>Firmado Por</b>	FRANCISCO RAMÍREZ PEINADO JUAN CARLOS RUÍZ ZAMORA		
<b>URL de verificación</b>	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/</a>	<b>Página</b>	4/12



a) Pasaporte válido y en vigor del solicitante. En el supuesto de que el documento esté caducado, deberá aportarse copia de éste y de la solicitud de renovación.

b) Documentación acreditativa, en su caso debidamente traducida y apostillada o legalizada, de la existencia del vínculo familiar, matrimonio o unión registrada que otorga derecho a la tarjeta.

c) Certificado de registro del familiar ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo al que acompañan o con el que van a reunirse.

d) Documentación acreditativa, en los supuestos en los que así se exija en el artículo 2 del presente real decreto, de que el solicitante de la tarjeta vive a cargo del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo del que es familiar.

e) Tres fotografías recientes en color, en fondo blanco, tamaño carné.

4. La expedición de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión deberá realizarse en el plazo de los tres meses siguientes a la presentación de la solicitud. La resolución favorable tendrá efectos retroactivos, entendiéndose vigente la situación de residencia desde la fecha acreditada de entrada en España siendo familiar de ciudadano de la Unión.

5. La tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión tendrá una validez de cinco años a partir de la fecha de su expedición, o por el período previsto de residencia del ciudadano de la Unión o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, si dicho periodo fuera inferior a cinco años.”


El plazo de tres meses para instar la petición, desde la entrada en España, no puede entenderse con carácter excluyente de otras situaciones de estancia, pues el vínculo familiar que da derecho a la obtención de tarjeta de residencia de esta clase puede haber surgido encontrándose ya en España el solicitante, como ocurre en este caso, en el que dicho vínculo deriva del matrimonio con ciudadana española. En este caso, el certificado histórico del padrón acredita que el recurrente reside en España, al menos, desde 2009.

El Sr. Ben Daoud, a la vista de lo expuesto, debió obtener respuesta expresa a su petición y esta debió haber sido aprobada, al reunir los requisitos establecidos en el Real Decreto 240/2007.

Téngase en cuenta, además, que no solo está en juego el derecho de residencia del recurrente, sino también el derecho a la vida privada y familiar -ex artículo 8 Convenio Europeo de Derechos Humanos, de su cónyuge, siendo esta ciudadana española, y como dijera la sentencia del Tribunal Supremo de 13/02/2012 -rec. 5358/2010- aunque referido al concepto de “familiar a cargo”, “no parece admisible que el concepto se someta a interpretaciones restrictivas de ese calibre, cuando está en juego la preservación de un bien jurídico tan relevante con la protección de la familia de quien -no se olvide- ya tiene conferida la condición de ciudadano español” (subrayado añadido).



<b>Código:</b>	OSEQRPUVRGKL4ZTZDN2VF8LLJ32SG	<b>Fecha</b>	15/10/2024
<b>Firmado Por</b>	FRANCISCO RAMÍREZ PEINADO JUAN CARLOS RUÍZ ZAMORA		
<b>URL de verificación</b>	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/</a>	<b>Página</b>	5/12



Por último, cabe aún advertir que, incluso aplicando el régimen general del arraigo familiar, conforme al art. 31.3 LEX, las circunstancias personales y familiares del recurrente debieron llevar a la Administración a adoptar una resolución favorable. Este precepto establece sobre residencia temporal:

“1. La residencia temporal es la situación que autoriza a permanecer en España por un período superior a 90 días e inferior a cinco años. Las autorizaciones de duración inferior a cinco años podrán renovarse, a petición del interesado, atendiendo a las circunstancias que motivaron su concesión. La duración de las autorizaciones iniciales de residencia temporal y de las renovaciones se establecerá reglamentariamente.

2. La autorización inicial de residencia temporal que no comporte autorización de trabajo se concederá a los extranjeros que dispongan de medios suficientes para sí y, en su caso, para los de su familia. Reglamentariamente se establecerán los criterios para determinar la suficiencia de dichos medios.

3. La Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente. En estos supuestos no será exigible el visado.

4. La autorización inicial de residencia temporal y trabajo, que autorizará a realizar actividades lucrativas por cuenta propia y/o ajena, se concederá de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 36 y siguientes de esta Ley.

5. 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.

6. Los extranjeros con autorización de residencia temporal vendrán obligados a poner en conocimiento de las autoridades competentes los cambios de nacionalidad, estado civil y domicilio.

7. Para la renovación de las autorizaciones de residencia temporal, se valorará en su caso:


a) Los antecedentes penales, considerando la existencia de indultos o las situaciones de remisión condicional de la pena o la suspensión de la pena privativa de libertad.

b) El incumplimiento de las obligaciones del extranjero en materia tributaria y de seguridad social.

A los efectos de dicha renovación, se valorará especialmente el esfuerzo de integración del extranjero que aconseje su renovación, acreditado mediante un informe positivo de la Comunidad Autónoma que certifique la asistencia a las acciones formativas contempladas en el artículo 2 ter de esta Ley.”



<b>Código:</b>	OSEQRPULVRGKL4ZTZDN2VF8LLJ32SG	<b>Fecha</b>	15/10/2024
<b>Firmado Por</b>	FRANCISCO RAMÍREZ PEINADO JUAN CARLOS RUÍZ ZAMORA		
<b>URL de verificación</b>	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/</a>	<b>Página</b>	6/12





- Dispone el art. 124 REX que Se podrá conceder una autorización de residencia por razones de arraigo laboral, social, familiar o para la formación cuando se cumplan los siguientes requisitos:

**1.** Por arraigo laboral, podrán obtener una autorización los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de dos años, siempre que carezcan 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, que demuestren la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a seis meses, y que se encuentren en situación de irregularidad en el momento de la solicitud.

A los efectos de acreditar la relación laboral y su duración, el interesado deberá presentar cualquier medio de prueba que acredite la existencia de una relación laboral previa realizada en situación legal de estancia o residencia. A estos efectos se acreditará la realización, en los últimos 2 años, de una actividad laboral que suponga, en el caso de actividad por cuenta ajena, como mínimo una jornada de 30 horas semanales en el periodo de 6 meses o de 15 horas semanales en un periodo de 12 meses, y en el caso del trabajo por cuenta propia, una actividad continuada de, al menos, seis meses.

**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. Podrá presentarse más de un contrato de trabajo en los siguientes supuestos:

**1.º** En el caso del sector agrario, cabrá la presentación de dos o más contratos, con distintos empleadores y concatenados, cada uno de ellos.

**2.º** En el caso de desarrollo de actividades en una misma o distinta ocupación, trabajando parcialmente y de manera simultánea para más de un empleador, se admitirá la presentación de varios contratos.



<b>Código:</b>	OSEQRPULVRGKL4ZTZDN2VF8LLJ32SG	<b>Fecha</b>	15/10/2024
<b>Firmado Por</b>	FRANCISCO RAMÍREZ PEINADO JUAN CARLOS RUÍZ ZAMORA		
<b>URL de verificación</b>	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/</a>	<b>Página</b>	7/12



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.

### 3. Por arraigo familiar:



<b>Código:</b>	OSEQRPULVRGKL4ZTZDN2VF8LLJ32SG	<b>Fecha</b>	15/10/2024
<b>Firmado Por</b>	FRANCISCO RAMÍREZ PEINADO JUAN CARLOS RUÍZ ZAMORA		
<b>URL de verificación</b>	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/</a>	<b>Página</b>	8/12





a) Cuando se trate de padre o madre, o tutor, de un menor de nacionalidad española, siempre que la persona progenitora o tutora solicitante tenga a cargo al menor y conviva con éste o esté al corriente de las obligaciones paternofiliales respecto al mismo. Asimismo, cuando se trate de persona que preste apoyo a la persona con discapacidad de nacionalidad española para el ejercicio de su capacidad jurídica, siempre que la persona solicitante que presta dicho apoyo tenga a cargo a la persona con discapacidad y conviva con ella. En este supuesto se concederá una autorización por cinco años que habilita a trabajar por cuenta ajena y por cuenta propia.

b) Cuando se trate del cónyuge o pareja de hecho acreditada de ciudadano o ciudadana de nacionalidad española. También cuando se trate de ascendientes mayores de 65 años, o menores de 65 años a cargo, descendientes menores de 21 años, o mayores de 21 años a cargo, de ciudadano o ciudadana de nacionalidad española, o de su cónyuge o pareja de hecho. Se concederá una autorización por cinco años que habilita a trabajar por cuenta ajena y propia.

c) Cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles.

4. Por arraigo para la formación, podrán obtener una autorización de residencia, por un periodo de doce meses, los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de dos años. Además, deberán 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) Comprometerse a realizar una formación reglada para el empleo o a obtener un certificado de profesionalidad, o una formación conducente a la obtención de la certificación de aptitud técnica o habilitación profesional necesaria para el ejercicio de una ocupación específica o una promovida por los Servicios Públicos de Empleo y orientada al desempeño de ocupaciones incluidas en el Catálogo al que se refiere el artículo 65.1, o bien, en el ámbito de la formación permanente de las universidades, comprometerse a la realización de cursos de ampliación o actualización de competencias y habilidades formativas o profesionales así como de otras enseñanzas propias de formación permanente. A estos efectos, la matriculación deberá haberse realizado en un plazo de tres meses desde la notificación de la resolución de concesión de la autorización de residencia.

El solicitante deberá aportar acreditación de dicha matriculación en un plazo de tres meses desde la notificación de la resolución de concesión de la autorización. En caso contrario, la Oficina de Extranjería podrá extinguir dicha autorización. En los casos que la matriculación esté supeditada a periodos concretos de matriculación, deberá remitir a la Oficina de Extranjería prueba de la



<b>Código:</b>	OSEQRPULVRGKL4ZTZDN2VF8LLJ32SG	<b>Fecha</b>	15/10/2024
<b>Firmado Por</b>	FRANCISCO RAMÍREZ PEINADO JUAN CARLOS RUÍZ ZAMORA		
<b>URL de verificación</b>	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/</a>	<b>Página</b>	9/12



matrícula en un periodo máximo de tres meses desde la finalización de dicho plazo.

Esta autorización de residencia podrá ser prorrogada una única vez por otro período de doce meses en los casos que la formación tenga una duración superior a doce meses o su duración exceda la vigencia de la primera autorización concedida.

Una vez superada la formación, y durante la vigencia de la autorización de residencia, el interesado presentará la solicitud de autorización de residencia y trabajo ante la Oficina de Extranjería junto con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario que garantice al menos el salario mínimo interprofesional, o el establecido por el convenio colectivo de aplicación, en el momento de la solicitud, y prueba de haber superado la formación prevista en la solicitud de residencia. La Oficina de Extranjería concederá en estos casos una autorización de dos años que habilitará a trabajar.

5. Por Orden del titular del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, a propuesta de los titulares de los Ministerios del Interior, de Inclusión Seguridad Social y Migraciones, y de Trabajo y Economía Social y previo informe de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, se podrá determinar la aplicación de la situación nacional de empleo a las solicitudes de autorización de residencia temporal por razones de arraigo social.

En el caso que nos ocupa, la Administración demandada deniega la solicitud con base en el artículo 31.5 LEX, esto es, la constancia de antecedentes penales en España, no cancelados, excluyendo la posibilidad de acudir al mecanismo de ponderación del artículo 37.5 LEX, antes transcritos.

La cuestión controvertida se ceñiría a determinar si para obtener la tarjeta de residencia por arraigo familiar es exigible, o no, la carencia de antecedentes penales en España, enfrentándose dos visiones al efecto. Por un lado, la Administración competente que sí lo exige atendiendo al apartado 5 del art. 31 LOEX y, por otro lado, el recurrente que estima no ser exigible dado que el apartado 3 del art. 124 REX no lo menciona expresamente para el arraigo familiar, siendo así que se indica expresamente para el arraigo laboral, social o de formación, además de oponerse a la normativa comunitaria que cita.

A priori, en virtud del principio de jerarquía normativa, la norma reglamentaria no puede desconocer la norma legal, por lo que sería exigible la carencia de antecedentes penales o su carácter de cancelados o cancelables, dado que se trata de autorización de residencia inicial. Así las cosas, la decisión recurrida debería mantenerse (Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de Andalucía, Sala Contencioso-administrativo de Málaga,



<b>Código:</b>	OSEQRPULVRGKL4ZTZDN2VF8LLJ32SG	<b>Fecha</b>	15/10/2024
<b>Firmado Por</b>	FRANCISCO RAMÍREZ PEINADO JUAN CARLOS RUÍZ ZAMORA		
<b>URL de verificación</b>	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/</a>	<b>Página</b>	10/12



n.º 1502/2024, de 24/05/2024, que decanta requisito de carecer de antecedentes penales en España de la asimilación al arraigo social.)

No obstante, cabría plantearse, atendiendo a las circunstancias personales del recurrente, antes expuestas, si podría acudirse analógicamente a la posibilidad de ponderación que permite el apartado 7 del artículo 31 para el caso de renovación. La previsión de este apartado, en cuanto a los antecedentes penales, se conecta directamente con el derecho fundamental a la reinserción social, ex art. 25 CE, que también se invoca expresamente en la demanda. El recurrente ha cumplido la pena privativa de libertad que le fue impuesta y, con ello, ha subsanado ante la sociedad el agravio que su delito conllevó. Presumir que el recurrente pueda suponer un peligro para el orden o la seguridad públicos contraría el mencionado derecho a la reinserción social. Además, como se decía, la denegación afecta también el derecho a la vida privada y familiar de quien es su pareja de hecho, amparado en el art. 8 Tratado Europeo de Derechos Humanos, pues no contando con autorización de residencia, el recurrente se arriesga a quedar sujeto a la medida de expulsión de territorio nacional, peligrando así la relación matrimonial. Estas consideraciones conducen a considerar que sí es posible aplicar la previsión contenida en el apartado 7 LOEX y, resultado de ello, reconocer por esta vía el derecho del recurrente a obtener la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo familiar.

#### **TERCERO.- Cuantía**

Se fija la cuantía del presente recurso en indeterminada, al amparo de los artículos 40 y ss. LJCA.

#### **CUARTO. Costas**

Por las razones expuestas en el fundamento jurídico segundo, procede estimar el recurso interpuesto y hacer especial imposición a la parte recurrida de las costas causadas en la instancia, en aplicación del art. 139 LJCA; si bien, en uso de la facultad moderadora prevista en la Ley, se limitan a 600 euros en cuanto a los honorarios de Letrado.

### **FALLO**

**ESTIMO** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador Sr. Garrido Márquez, en representación de D. **[REDACTED]**, con la asistencia de la Letrada Sra. Macías Reyes, frente a la resolución dictada por la Subdelegación del Gobierno en Málaga de 1/09/2023, por la que se desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 27/03/2023, dictada por el mismo órgano, y, en consecuencia, se **REVOCAN** y



<b>Código:</b>	OSEQRPULVRGKL4ZTZDN2VF8LLJ32SG	<b>Fecha</b>	15/10/2024
<b>Firmado Por</b>	FRANCISCO RAMÍREZ PEINADO JUAN CARLOS RUÍZ ZAMORA		
<b>URL de verificación</b>	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/</a>	<b>Página</b>	11/12



dejan sin efecto dichas resoluciones, por ser contrarias a Derecho, y se RECONOCE el derecho del recurrente a obtener la autorización de residencia temporal de ciudadano de la Unión Europea, que deberá ser otorgada por la Administración recurrida con todos sus efectos legales.

Se imponen a la parte recurrida las costas de la instancia, en los términos expresados en el FJ Cuarto.

Contra esta Sentencia cabe interponer recurso de apelación ante este Juzgado para ante la Ilma. Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, en el plazo de quince días, a contar del siguiente a la notificación, mediante escrito razonado que deberá contener las alegaciones en que se fundamente el recurso.

Así por esta mi sentencia lo acuerdo, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN.** En la misma fecha la anterior sentencia fue leída y publicada por el tribunal que la suscribe mientras celebraba audiencia pública, doy fe.

*La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.*

*Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.*



<b>Código:</b>	OSEQRPULVRGKL4ZTZDN2VF8LLJ32SG	<b>Fecha</b>	15/10/2024
<b>Firmado Por</b>	FRANCISCO RAMÍREZ PEINADO JUAN CARLOS RUÍZ ZAMORA		
<b>URL de verificación</b>	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/</a>	<b>Página</b>	12/12

