

JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N.24
MADRID
55700

C/ GRAN VIA, 19

Número de Identificación Único: 28079 3 0037975 /2011

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ABREVIADO 887 /2011

Sobre OTRAS CUESTIONES EN MATERIA DE EXTRANJERIA

De D/ña. JOHAN OCTAVIO

Representante Sr./a. D./Dña. PEDRO FERNANDEZ BERNAL

Contra D/ña.

Representante Sr./a. D./Dña. SIN PROFESIONAL ASIGNADO

DILIGENCIA.- En Madrid, a veintiséis de junio de dos mil doce. La extiendo yo, la Secretaria Judicial, para hacer constar que el anterior escrito presentado por el ABOGADO DEL ESTADO ha tenido entrada en el día de la fecha, dando copia a la parte contraria. Cumplimentándose el requerimiento acordado en resolución de fecha 8-6-12, quedando la presente pieza de medida cautelar en poder de S.S^a para resolver. Doy fe.

A U T O

En MADRID , a veintiseis de junio de dos mil doce .

HECHOS

PRIMERO.- En el día de la fecha, se recibió en este juzgado escrito de demanda interponiendo recurso contencioso-administrativo por el Letrado D.PEDRO FERNANDEZ BERNAL en nombre y representación de D.JOHAN OCTAVIO contra resolución dictada por la DELEGACIÓN DEL GOBIERNO.

SEGUNDO.- Solicitándose por la parte recurrente en el otrosí de la demanda la suspensión de la ejecución, mediante resolución de fecha 8-6-12 se acordó abrir pieza separada de medida cautelar, requiriéndose a la Administración demandada a fin de que alegara lo que estimara conveniente, presentándose alegaciones por la misma en el día de la fecha, quedando la presente pieza en poder de S.S^a para resolver lo procedente

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO: El principio de eficacia de la actuación administrativa recogido en el artículo 103.1 de la Constitución, con el apoyo que recibe de la presunción de legalidad del acto administrativo, y hoy al artículo 57.1 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de RÉGIMEN jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, da lugar a la regla general de la ejecutividad (arts. 101 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y ahora el 56 de la Ley 30/1992), que se mantiene, en principio, aunque se formule recurso (art. 116 de la citada ley de Procedimiento

Administrativo, y actualmente el artículo 111.1 de la Ley 30/1992).

Pero al mismo tiempo, el principio de la efectividad de la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución reclama que el control jurisdiccional (art. 106.1 de la Constitución), haya de proyectarse sobre la ejecutividad del acto administrativo.

La armonización de las exigencias de ambos principios da lugar a que la regla general de la ejecutividad haya de ser controlada en cada caso concreto, contemplado, por un lado, en qué medida el interés público demanda ya una inmediata ejecución y, por otro, que tipo de perjuicios podrían derivar de aquélla.

SEGUNDO: El Tribunal Supremo, en varios autos a partir del de 4 de febrero de 1994, ha creado la figura del *fumus boni iuris*, que exige que en la pieza de suspensión existan datos objetivos muy relevantes determinativos de que la ejecución del acto pudiera conllevar para el demandante daños de imposible o difícil reparación, lo que habría que ponderar, tras el análisis de los demás intereses en juego, por lo que habrá de estarse a lo acreditado en cada caso para resolver sobre la posible suspensión.

TERCERO.- Es doctrina constante del Tribunal Supremo que los actos administrativos de contenido negativo (denegación de entrada, denegación de la exención de visado, denegación de permiso de trabajo o residencia...) no son susceptibles de suspensión (Autos de 22-3, 16-7 y 17 y 25 del 9-91). El Tribunal Constitucional en el auto de 29-3-90 ha establecido : " cuando el acto en cuestión no es simplemente impeditivo del ejercicio de una libertad ni impone obligación alguna, consistiendo sólo en la denegación de un reconocimiento de derechos que del poder público afectado se pretende obtener, es evidente que en tales supuestos el otorgamiento de la suspensión solicitada entraña algo más que una suspensión, e implica de hecho un otorgamiento, siquiera sea provisional... con lo que la medida cautelar se transformaría... en una estimación anticipada, aunque no definitiva, de la pretensión de fondo".

En idéntico sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 14-3-00, (EDJ 2000/10596) reitera que por regla general los actos denegatorios de licencias, autorizaciones o permisos, no permiten la suspensión de ejecución, ya que, dado su contenido negativo, la referida suspensión implicaría la concesión, siquiera sea con carácter temporal (mientras dura la sustanciación del proceso) de la licencia, autorización o permiso denegado por el órgano administrativo.

CUARTO.- No obstante se ha de tener en cuenta que nos hallamos ante una resolución administrativa por la que se deniega la renovación del permiso de residencia a permanente (larga duración) y en este sentido resulta de aplicación la sentencia del T.S.J.Madrid de 5-6-2009 que establece: "SEGUNDO.- Conviene hacer notar de entrada que el carácter negativo de la resolución que deniega la renovación del permiso de trabajo no impediría la adopción de medidas cautelares, en ese caso de carácter positivo, habiendo quedado superada la doctrina

citada en el auto recurrido sobre la imposibilidad de suspensión de actos de contenido negativo. El principio de libertad de configuración de las medidas cautelares que preside la redacción del art. 129 de la Ley de la Jurisdicción, al que se refiere la exposición de motivos cuando afirma que la Ley introduce en consecuencia la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar, incluso las de carácter positivo, nos indica la amplitud de las posibilidades que se ofrecen al órgano jurisdiccional para considerar las que sean adecuadas para asegurar provisionalmente la efectividad final de la sentencia, objetando así la tradicional jurisprudencia en torno a la derogada Ley de 1.956, en la que el criterio predominante era el de considerar jurídicamente inviable la suspensión de los actos negativos, por implicar la modificación de la situación de hecho existente al iniciarse el proceso y el reconocimiento anticipado del derecho pretendido, aunque sólo fuere a título provisional.

Ahora bien, las medidas cautelares de carácter positivo tienen una característica especial, ya que con ellas se sustituye la actuación de la Administración y se incide en cierta medida con la propia estructura del sistema cautelar instalado a partir de la LJCA, en el sentido de que supone la concesión provisional de lo que habría de constituir el derecho reconocido en la eventual sentencia estimatoria, con lo que los efectos de dicha medida cautelar serían, en realidad, los propios de una estimación anticipada del recurso.

En estos casos, de renovaciones de permisos, aun teniendo presente que con la medida positiva se trataría de mantener el "status quo" inicial, es decir, la situación de partida anterior a la denegación, y que la renovación del permiso de trabajo debe considerarse como un verdadero derecho subjetivo, apelar únicamente a esa situación ofrece resultados insatisfactorios, porque como de inmediato se advierte la medida cautelar se produciría automáticamente.

Con carácter general, el periculum in mora, que opera como condición necesaria pero no suficiente para la adopción de la medida, ha de ser ponderado con los intereses públicos y de terceros que demanden la ejecución del acto. Los perjudiciales efectos materiales que se derivan para el apelante por la falta de renovación del permiso de residencia y trabajo no son razón suficiente por sí solos para conceder con finalidad cautelar la autorización para seguir trabajando en España.

Llegados a ese punto, en estos casos, ha de acudir de forma singular, en auxilio del juicio ponderativo a la apariencia de buen derecho -fumus boni iuris- que exige otorgar la tutela cautelar a quien litiga aparentemente con razón, y ello pese a que el Proyecto de reforma de la ley de la Jurisdicción de 1995 manifestó expresamente su oposición al juego del

principio de apariencia de buen derecho, que el Proyecto de 1998 lo incluía expresamente en su art. 124 y pese a ello, desapareció durante la tramitación parlamentaria y en el proyecto definitivamente aprobado. Es por ello necesario acudir al criterio del *fumus boni iuris*, a fin de despejar la incertidumbre que el juicio de ponderación arroja.

Siguiendo las pautas marcadas por la jurisprudencia al respecto, la apariencia de buen derecho ha de manifestarse de forma natural y manifiesta sin necesidad de un análisis en profundidad de la cuestión de fondo que desnaturalizaría la esencia de las medidas cautelares para convertirlas en una especie de justicia provisional

Así las cosas, en el caso sometido a nuestro estudio y decisión la renovación del permiso fue denegada, según reza la resolución del recurso de alzada, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 54.9 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 EDL2000/77473 , antes citado, en relación con el art. 53.1 .a) de la misma norma, se denegará la solicitud de renovación cuando consten antecedentes penales del trabajador en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español.

Sucede que el recurrente había sido condenado como autor de un delito de falsificación en documento oficial (artículos 390.1.20 y 392 del Código Penal EDL1995/16398) a la pena de seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de seis meses con cuota diaria de 3 euros (540 euros en total), por sentencia firme dictada el 30 de noviembre de 2005, en el procedimiento 75/2004, por el Juzgado de lo Penal núm. 5 de Alicante.

En su solicitud de medidas cautelares, el ahora apelante acentuaba que la condena pecuniaria fue abonada íntegramente y que la pena privativa de libertad fue suspendida en aplicación del artículo 81 del Código Penal EDL1995/16398 , por Auto de fecha 2 de noviembre de 2006, con fundamento en la ausencia de peligrosidad criminal y las circunstancias personales, así como en las propias características del hecho delictivo y en la duración de la pena impuesta, siendo las circunstancias personales tenidas en cuenta por el Juez para proceder a la suspensión de la pena la existencia de vinculación laboral continuada y estable y la no comisión de otros hechos delictivos, así como la consideración de que el objetivo perseguido con los hechos que dieron lugar a la condena, era la obtención de un trabajo en España, aunque se hubieran perseguido por medios ilícitos, sin existir daño a terceros o ánimo de lucro.

El artículo 31 párrafo 5º de la LO 4/2000 EDL2000/77473 establece que "se valorará, en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar la autorización de residencia a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la condena, los que han sido indultados, o que se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena. Es idéntica la dicción del segundo inciso del art.54. 9 del Reglamento de Extranjería .

A la vista de esa regulación, se presenta con sencillez natural que la renovación del permiso de trabajo no puede denegarse automáticamente, a diferencia de lo que ocurre con el permiso inicial, por la existencia de antecedentes penales. Por ello, sin necesidad de mayores razonamientos, el fundamento de la resolución no se cohonestaba con las disposiciones aplicables y, tal es así, que no contiene ninguna valoración sobre los antecedentes penales.

En una suerte de paréntesis, debemos señalar que la expresión "se valorará, en función de las circunstancias de cada supuesto" incluidas en los pasajes normativos aplicables, remiten, como canon hermenéutico, a los principios generales recogidos en el artículo 6 de la Directiva 2003/109 / CE, de 25 de noviembre: "la gravedad o el tipo de delito contra el orden público o contra la seguridad pública, o el peligro que representa la persona en cuestión, teniendo también debidamente presente la duración de la residencia y la existencia de vínculos con el país de residencia" .

En suma, de la regulación legal y reglamentaria citadas resulta con claridad que la Administración debe valorar, en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar la autorización de residencia y de trabajo de la persona extranjera que hubiere sido condenada por la comisión de un delito y haya cumplido la condena, o que haya sido indultado o, en su caso, que se encuentre en situación de remisión condicional de la pena o se le haya aplicado otra medida de suspensión de la ejecución de la pena, de modo y manera que al tomar la decisión sin ninguna consideración sobre esos datos, existe apariencia de buen derecho en la pretensión del acto y por ello, con revocación del auto recurrido, procede acordar la medida positiva solicitada."

QUINTO.- Constituye el acto cuya suspensión se postula la denegación de RENOVACIÓN DE PERMISO DE RESIDENCIA A LARGA DURACIÓN.

La parte recurrente aporta prueba absolutamente relevante a efectos de acordar la medida que se postula pues presenta certificado de antecedentes penales en el que

consta la cancelación (sentencia de 8.5.2007, del Juzgado de Getafe, causa 24/2007

Todos estos indicios determinan la adopción de la medida cautelar que se postula, al concurrir clara apariencia de buen derecho.

SEXTO.- En materia de costas no se aprecian motivos que determinen su imposición a ninguna de las partes (art. 139 LJCA).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

Ha lugar a la medida cautelar solicitada por el Letrado D. PEDRO FERNANDEZ BERNAL en nombre del recurrente D. JOHAN OCTAVIO PINEROS GOMEZ, consistente en prórroga PROVISIONAL de la autorización durante la sustanciación del recurso, en tanto recaiga sentencia.

Sin imposición de costas.

Comuníquese esta resolución al órgano administrativo correspondiente, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 134 L.J.C.A.

Expídase testimonio de la presente resolución para su unión a los autos principales y a la presente pieza de medidas cautelares.

Notifíquese la presente resolución haciendo constar que contra la misma se podrá interponer RECURSO DE APELACION ante este juzgado, en el plazo de QUINCE DIAS desde su notificación.

Lo acuerda y firma la Ilma MAGISTRADA D^a Cruz Lobón del Río.

LA MAGISTRADA

Diligencia de constancia.- En Madrid, a veintiseis de junio de dos mil doce.

La extiendo yo, la Secretaria, para hacer constar que conforme a la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre, complementaria de la Ley De Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio del Poder Judicial, para interponer RECURSO DE APELACIÓN, el recurrente deberá consignar en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" de este Juzgado, nº 2898 de la entidad bancaria BANESTO, la cantidad de 50.-Euros, con aportación de documentación acreditativa del ingreso, **sin cuyo requisito no se admitirá a trámite**. Seguidamente se cumple lo acordado. Doy fe.