

Roj: STSJ BAL 1483/2010
Id Cendoj: 07040330012010101038
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Palma de Mallorca
Sección: 1
Nº de Recurso: 292/2010
Nº de Resolución: 1081/2010
Procedimiento: Recurso de apelación
Ponente: MARIA CARMEN FRIGOLA CASTILLON
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

EXTRANJERIA

T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 01081/2010

APELACIÓN

ROLLO SALA Nº 292/2010

PIEZA SEPARADA DE AUTOS DE PROCEDIMIENTO ABREVIADO Nº 117/2010

JUZGADO CONTENCIOSO Nº 3

SENTENCIA Nº 1081

En Palma de Mallorca a treinta de noviembre de dos mil diez.

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. Gabriel Fiol Gomila

MAGISTRADOS

D. Pablo Delfont Maza

D^a: Carmen Frigola Castellón

VISTOS por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears la pieza separada de medidas cautelares de los autos de procedimiento abreviado seguido en el Juzgado de los Contencioso- Administrativo nº 3 de Palma de Mallorca, con el número de autos nº 117/2010 y nº de rollo de apelación de esta Sala 292/2010. Actúa como parte apelante la representación procesal de D. Pascual representado por la Procuradora Sra. Dña. María del Romero Gaspar de l'Hotellerie de Fallois y defendido por la Letrada Sra. **Margarita Palos** y como parte apelada la ADMINSTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO representada y defendida por la Abogada del Estado Dña. María López-Frías López-Jurado.

Constituye el objeto del recurso contencioso la resolución de la Delegación de Gobierno de 14 de diciembre de 2009 que inadmite a trámite el recurso extraordinario de revisión interpuesto contra la Resolución de la Oficina de Extranjeros de 23 de enero de 2008 que archivó la petición de solicitud de

residencia permanente del recurrente, confirmada por Resolución de 26 de enero de 2009. El auto apelado de 13 de julio pasado dictado en la pieza separada de medidas cautelares deniega la medida cautelar positiva de autorizar provisionalmente al recurrente un permiso de trajo y residencia temporal durante la tramitación del recurso contencioso.

Ha sido Magistrado Ponente la Ilma. Sra. Dña. Carmen Frigola Castellón, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO: El auto nº 214/2010 dictado por el Ilmo Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Palma en la pieza separada de medida cautelar de los autos seguidos por los trámites de procedimiento abreviado y de la que trae causa el presente rollo de apelación en su fallo acuerda denegar la medida cautelar de conceder un permiso de trabajo y residencia durante el tiempo de tramitación del presente recurso.

SEGUNDO: Contra la anterior resolución interpuso el recurrente recurso de apelación en plazo y forma siendo admitida en ambos efectos. Por su parte la administración general del Estado se opone a la apelación y solicita la confirmación del auto apelado.

TERCERO: Se ha seguido el recurso con arreglo a los trámites de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa, quedando los autos conclusos para dictar sentencia, señalando para la votación y fallo el día 30 de noviembre de 2010.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO: No se aceptan los del auto apelado.

La actuación administrativa que constitucionalmente tiene recogido en su *artículo 103 la obligación de actuar bajo* el principio de eficacia, determina que sus actos, nazcan al mundo jurídico con vocación de inmediata ejecutividad, de forma que estos producen efectos desde la fecha en que se dictan (*art. 57-1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas* y del Procedimiento Administrativo Común) y esa ejecutividad encuentra su fundamento y razón de ser en el interés general al que la administración sirve con objetividad y eficacia.

Ahora bien, ello no impide que la Administración pueda ser objeto de fiscalización y control jurisdiccional en el desarrollo de esa ejecutividad (*art. 106-1 de la CE*), pues así lo demanda el principio constitucional de derecho de tutela judicial efectiva al amparo del *artículo 24-1 de la CE* lo que nos lleva inexorablemente a ponderar la medida en que el interés público exige la ejecución del acto impugnado.

En efecto, para la solución de la cuestión planteada ha de tomarse en consideración que, lo que ha de comportar la posibilidad de adopción de la medida cautelar de suspensión de la ejecución del acto, no es otra que constatar que la ejecución de ese acto comporta "la pérdida de la finalidad del recurso". Así el *artículo 130 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa* nos dice que "previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recuso", si bien se añade que "la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales de tercero que el Juez o tribunal ponderará de forma circunstanciada". En consecuencia y conforme al dictado del *artículo 130 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, la pérdida de la finalidad del recurso nos lleva no sólo al examen de la "gravedad o irreparabilidad de los daños" que la ejecución del acto impugnado cause, sino a la ponderación de tres elementos distintos: en primer lugar la intensidad que el interés general demanda de la ejecución inmediata del acto; en segundo lugar la intensidad del perjuicio o daño que causa esa medida al destinatario; y por último, la apariencia de buen derecho o *fumus bonis iuris* en el solicitante.

SEGUNDO: El acto impugnado es la Resolución de la Delegación de Gobierno de 14 de diciembre de 2009 que inadmite a trámite el recurso extraordinario de revisión interpuesto contra la Resolución de la Delegación de Gobierno de 23 de enero de 2008 que archivó la petición de solicitud de residencia permanente del recurrente. Esa resolución que fue recurrida en reposición fue resuelta en resolución de 26 de enero de 2009 confirmatoria del archivo.

Los efectos de la estimación de ese recurso, dicho ello sin prejuzgar la cuestión, sería la tramitación

del expediente de revisión y el dictado de la resolución correspondiente, obligando a pronunciarse, en su caso, sobre la Resolución de 26 de enero de 2009 que confirma la de 23 de enero de 2008.

Constituye el punto de partida una falta de autorización de residencia legal que no la determina la resolución combatida, sino otra anterior que es firme en derecho y cuya revisión se pretende, resolución que no entró a valorar el fondo de la solicitud sino que se archivó.

A todo ello consta también que el recurrente es padre de un menor de nacionalidad española y que su esposa y su hija tienen residencia legal en España por Resolución de la Delegación de Gobierno de 15 de junio de 2010.

TERCERO: La Sala ha resuelto en Sentencia 1043/2010 de 23 de noviembre dictada en apelación a propósito de una solicitud de medida cautelar positiva que el Juzgado denegó en su día, en donde el acto impugnado era el archivo de una solicitud de residencia permanente, que ha de tenerse en cuenta la naturaleza de la solicitud planteada, de forma que en esa clase de permisos, la presencia de antecedentes penales no obstaculizan la obtención de esa autorización sino únicamente cuando afecta a los conceptos de orden público y seguridad pública -a ese respecto puede verse, entre otras, la sentencia de la Sala número 208/10 -.

En el supuesto de autos donde al parecer también aparecen unas responsabilidades penales del recurrente que en su día no fueron valorados ya que la solicitud se archivó, lo que constituye el objeto de conocimiento del debate es la revisión de una resolución que archivó la petición de residencia permanente.

Así las cosas considera la Sala que el Juzgador no ha valorado el arraigo que el recurrente tiene en nuestro país y la situación en la que se le coloca de denegarse esa medida cautelar positiva teniendo en cuenta que la administración ni valora la petición de revisión de la resolución de 23 de enero de 2008 ya que acuerda su inadmisión, y tampoco valoró la solicitud de residencia permanente porque también fue archivada y no se pronunció sobre la documentación aportada por la parte ni con la solicitud inicial ni con el recurso de reposición. De lo que se infiere que sin analizar sustantivamente el derecho que el recurrente tenía a obtener o no aquella solicitud, se ha colocado al recurrente en situación de ilegalidad al haber perdido su permiso de residencia y trabajo sin haberla valorado y sin concederle tampoco el derecho a tramitar la revisión de aquella decisión.

En consecuencia y ante la situación creada la Sala considera que la constatación en autos de los vínculos familiares del recurrente en nuestro país, pues su esposa y su hija son residentes legales, así como el menor hijo del recurrente, nacido en España y que ostenta nacionalidad española, visto el innegable arraigo que este tiene, el interés del recurrente se convierte en prioritario y debe ser tutelado con carácter preferente por encima del interés general, pues al fin no ha obtenido el actor ninguna resolución de fondo que le denegara la solicitud de residencia permanente, a pesar de que con la inadmisión de aquella perdió la autorización de legal de que disponía en nuestro país. Y esa situación continua con el dictado que es objeto de impugnación en autos.

Por ello y en tanto se tramita el presente procedimiento en el que ha de verse la procedencia del derecho a la revisión de aquel acto, debe concederse esa medida cautelar positiva para no hacer perder la finalidad al recurso.

CUARTO: En materia de costas la estimación del recurso determina que no se haga declaración de costas en esta alzada.

Vistos los preceptos legales mencionados y demás de general y pertinente aplicación,

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general aplicación

FALLAMOS:

1º) ESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto contra el auto nº 214/2010 dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 que revocamos íntegramente y dejamos sin efecto.

2º.- ACORDAMOS LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR POSITIVA solicitada por la parte en el otrosí de su escrito de demanda de que le sea concedida al recurrente un permiso de trabajo y residencia durante la sustanciación del presente procedimiento.

3º) Sin costas.

Contra la presente sentencia no cabe recurso alguno.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por la Magistrada de esta Sala Ilma. Sra. Dña. Carmen Frigola Castellón que ha sido ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El Secretario, rubricado.