

Fecha Notificación, según Protocolo de LexNet: 21/01/2014

**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
NUMERO 5 DE GRANADA**

PROCEDIMIENTO ABREVIADO 238/13

SENTENCIA N.º 8/2014

En Granada, a quince de enero de dos mil catorce.

Visto por el Ilmo. Sr. D. Javier Ruiz Casas, Magistrado Juez en comisión de servicio del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 5 de Granada, el **PROCEDIMIENTO ABREVIADO N.º 238/13, sobre EXTRANJERÍA, de cuantía indeterminada; siendo partes, como demandante, D.ª [redacted]**, representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Moya Marcos y asistida por la Letrada Sra. Morales Ibáñez; **y como demandada, la SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN GRANADA**, representada y asistida por el Abogado del Estado Sr. León Medialdea.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo se inició por demanda que la representación procesal de la parte demandante presentó en el Decanato de estos Juzgados el 18.06.13 y en la que se consignaron con la debida separación los hechos, fundamentos de derecho y la pretensión ejercitada.

SEGUNDO.- Mediante decreto de 08.07 se admitió a trámite la demanda y su traslado a la parte demandada, citándose a las partes para la celebración de vista el día 08.01.14. En la misma resolución se ordenó a la Administración demandada que remitiera el expediente administrativo. Recibido el expediente administrativo, se remitió al actor y a los interesados personados para que pudieran hacer alegaciones en el acto de la vista.

TERCERO.- Comparecidas las partes se celebró la vista el día señalado por el Juzgado, que comenzó con la exposición por la parte demandante de los fundamentos de lo que pedía o ratificación de los expuestos en la demanda. Acto seguido, la parte demandada formuló las alegaciones que a su derecho convinieron. Fijados con claridad los hechos en que las partes fundamentaban sus pretensiones y al no haber conformidad sobre ellos, se propusieron las pruebas y, una vez admitidas las que no fueron impertinentes o inútiles, se practicaron seguidamente. Tras la práctica de la prueba y de las conclusiones se declaró el juicio visto para sentencia.

La fecha notificada que aparece en el encabezado de la presente Resolución ha sido añadida por el Procurador remitente con el único fin de facilitar su conocimiento al destinatario de la notificación

CUARTO.- En la tramitación y substanciación de las presentes se han seguido y observado las prevenciones legales en materia de procedimiento con inclusión del plazo para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto del presente recurso contencioso-administrativo la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Granada de 08.04.13 dictada en el expediente n.º 1 que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 14.01.13 por la que se deniega la renovación solicitada de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena por constarle a la solicitante un informe policial desfavorable según el artículo 38 de la LO 4/00, y los artículos 71.8 y 69.1.e) del RD 557/11.

La recurrente se alza contra la anterior resolución, cuya anulación pretende, alegando que concurren todos los requisitos necesarios para la renovación de la autorización de residencia temporal y de trabajo por cuenta ajena de la que era titular; que el informe policial desfavorable que tiene en cuenta la Administración para denegar esa renovación se basaba en la situación de prisión de la recurrente a la espera de la petición de extradición formulada por su país de origen (Colombia), extradición que fue finalmente denegada por la Audiencia Nacional por auto de 13.05.13; que, por lo tanto, el informe policial desfavorable carece ya de toda validez, sin que tampoco pueda considerarse la existencia antecedentes penales en el extranjero por los mismos motivos que la Audiencia Nacional denegó la extradición; y que la Administración no ha tenido en cuenta el arraigo laboral y el esfuerzo de integración de la recurrente, que sigue trabajando con el mismo empresario que le ofreció el contrato de trabajo que motivó la concesión de la autorización inicial de residencia temporal y de trabajo por cuenta ajena por circunstancias excepcionales.

El Abogado del Estado se opone a la estimación del recurso alegando que no es cierto que el informe policial desfavorable haya perdido su vigencia tras la denegación de la extradición pasiva de la recurrente; que obra ésta con mala fe al huir de su país para eludir ser juzgada por unos hechos ocurridos el 22.12.00 y sobre los que recayó sentencia en rebeldía el 30.11.09 tras varios intentos de localización por las autoridades colombianas; que los hechos por los que ha sido condenada -tentativa de homicidio agravado, hurto agravado y concierto para delinquir- a la pena de 14 años y 2 meses de prisión son lo suficientemente graves como para justificar la denegación de la renovación; que no concurren las

Fecha Notificación, según Protocolo de LexNet: 21/01/2014

circunstancias que autorizarían la renovación no obstante la existencia de antecedentes penales -existencia de indulto, remisión condicional de la pena, suspensión de la pena privativa de libertad o cumplimiento de la condena-; y que debe distinguirse el procedimiento de extradición, sujeto a las garantías propias del Derecho Penal, y el procedimiento de concesión de una autorización de residencia en el seno del Derecho de Extranjería.

SEGUNDO.- Para centrar el objeto del debate conviene tener presente que la resolución administrativa deniega la renovación de la autorización de residencia temporal y de trabajo por cuenta ajena de la recurrente, no porque ésta tenga antecedentes penales en su país de origen, sino por constarle un informe policial desfavorable, según los artículos 71.8 y 69.1.e) del RD 557/11. En efecto, el artículo 71 del RD 557/11, que regula la renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, dispone en su apartado 8 que "Será causa de denegación de las solicitudes de renovación, además del incumplimiento de algunos de los requisitos previstos en este artículo, la concurrencia de alguno de los supuestos de denegación previstos en el artículo 69 de este Reglamento (...)", y el artículo 69.1.e) incluye entre esos supuestos la existencia de un informe policial desfavorable, previa valoración por el órgano competente para resolver. La Administración bien podría haber denegado dicha renovación, en base al artículo 71.8 en relación con los artículos 69.1.a) y 64.2.b), por la existencia de antecedentes penales en su país anterior de residencia durante los últimos cinco años, por delitos previstos en el ordenamiento español, pero lo cierto es que no lo ha hecho. No se trata, por lo tanto, como argumenta la Abogacía del Estado, de comprobar si efectivamente la solicitante cuenta con antecedentes penales en su país de origen, sino, dado el carácter revisor de esta jurisdicción, de examinar si el informe policial desfavorable obrante en el expediente es suficiente para denegar la renovación, pues es ése, y no otro, el único motivo en el que la Administración fundó tal denegación.

Si la Administración del Estado quiere verse condicionada de forma absoluta por un determinado informe gubernativo en lo que hace a la situación personal propia del solicitante de un permiso de residencia temporal y trabajo en España (o de su renovación), ello entraría dentro de sus potestades administrativas y de los criterios públicos que se sigan a la hora de establecer si quienes formulan esas solicitudes de residencia y trabajo conforman su petición a la totalidad de las exigencias legales aplicables. Pero ese criterio administrativo no impone ni condiciona, desde luego, la respuesta que haya de darse al conflicto por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa. Ésta tiene plena

La fecha notificada que aparece en el encabezado de la presente Resolución ha sido añadida por el Procurador remitente con el único fin de facilitar su conocimiento al destinatario de la notificación

Fecha Notificación, según Protocolo de LexNet: 21/01/2014

libertad para estimar que el criterio administrativo -tenga el mismo su origen en una decisión de la Policía o parta éste, en cambio, de la decisión autónoma de la correspondiente Subdelegación de Gobierno- no es conforme con el molde legal aplicable. Es decir, si bien el referido artículo 71.8 en relación con el artículo 69.1.e) autoriza la denegación de la renovación cuando conste al existencia de un informe policial previo desfavorable, no lo es menos que dicho informe es susceptible de someterse a revisión jurisdiccional, al objeto de evitar arbitrariedades no conformes a derecho.

Son numerosas las resoluciones que se refieren a los supuestos de denegación de la renovación de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena cuando esta denegación se basa única y exclusivamente en la constancia de un informe gubernativo previo desfavorable. En tales resoluciones la cuestión que se plantea es si es o no conforme a derecho la denegación de tal renovación del permiso de trabajo por el solo y exclusivo motivo de obrar un informe desfavorable de la Policía, y sobre todo si el carácter desfavorable del informe se apoya de forma exclusiva en el hecho de haber sido detenido el interesado por su presunta participación en un delito y por la mera existencia de diligencias penales, no archivadas, pero en las que tampoco ha recaído sentencia firme condenatoria.

Sobre el particular la STS, Sec. 4ª, de 08.01.04, rec. 2581/01 (LA LEY 3812/2004) afirma lo siguiente: «Ahora bien, el recurrente alegó que debe aplicarse la presunción de inocencia y que las diligencias penales fueron objeto de sobreseimiento provisional y ante ello el Tribunal Superior de Justicia estudia esta alegación y la acoge. Se mantiene, siguiendo la jurisprudencia de este Tribunal Supremo que la mera detención no es motivo suficiente para la denegación de la renovación del permiso de trabajo. Pues dicha detención y las sospechas de haberse cometido un delito sin que haya recaído sentencia penal condenatoria no bastan para destruir la presunción de inocencia, encontrándose los extranjeros amparados como los españoles por la garantía que dicha presunción de inocencia supone. La motivación del acto administrativo no fue por tanto conforme a Derecho tanto más cuanto en el caso de autos el Tribunal de la jurisdicción penal acordó el sobreseimiento provisional de las actuaciones por no haberse acreditado los hechos constitutivos de delito».

Esta resolución y la STS, Sec. 4ª, de 08.01.04, rec. 2581/01 (LA LEY 3812/2004) llevan a algunos TTSSJJ a concluir que el informe policial desfavorable no puede apoyarse de forma exclusiva en el hecho de existir un proceso judicial penal en trámite, ni tampoco en la existencia de antecedentes policiales, puesto que, al proceder así, la Administración no respetaría el principio de presunción de inocencia, sino que **La fecha notificada que aparece en el encabezado de la presente Resolución ha sido añadida por el Procurador remitente con el único fin de facilitar su conocimiento al destinatario de la notificación**

Fecha Notificación, según Protocolo de LexNet: 21/01/2014

tiene que haber constancia documental de que al tiempo de dictarse la resolución administrativa denegatoria del permiso de residencia y trabajo haya recaído sentencia penal condenatoria firme. Es el caso, por ejemplo, de las SSTSJ de la Comunidad Valenciana, Secc. 1ª, de 18.06.09, rec. 2115/07, y Secc. 5ª, de 19.07.11, rec. 800/10, o de la STSJ de Castilla y León de Burgos, Sec. 1ª, de 29.09.06, rec. 120/06.

Sin embargo lo anterior no debe entenderse de tal forma que en la práctica quede vacía de contenido la posibilidad legal de denegar la renovación de la autorización de residencia por existencia de un informe policial desfavorable. Así lo entiende, por ejemplo, la STSJ de Navarra, de 09.12.08, rec. 154/08 (LA LEY 303458/2008), que razona de la siguiente forma: «Ciertamente la mera existencia de un informe gubernativo desfavorable no debe llevar automáticamente (y ciegamente) a la denegación de la autorización. La existencia de tal informe desfavorable exige una valoración del contenido del mismo que nos lleve a la conclusión de que la naturaleza desfavorable del mismo es razonable, razonada y proporcionada para determinar la denegación». Y añade que «La motivación y proporcionalidad del informe gubernativo desfavorable -ex art 54.9 y 53 i) RD 2393/2005- no exige una condena penal firme (ni siquiera, como ha señalado esta Sala y reiterado ut supra, la existencia de una Sentencia Penal: STJN 28-11-2006), sino la existencia de unos datos negativos (acreditados, de suficiente entidad, razonables y proporcionados) que justifiquen proporcionadamente tal informe gubernativo y por ende la denegación de la renovación de la autorización; y es que tales datos no constituyen *per se* el presupuesto de hecho de la denegación sino un criterio de valoración del sentido desfavorable o no del informe y consiguiente ponderación en la resolución administrativa (lo que no significa, reiteramos, que no deban estar acreditados, ser de entidad suficiente, razonables y proporcionados). Tal exigencia de condena penal constituye la causa de expulsión del artículo 57.2, pero este no es el supuesto del presente caso.»

Debe recordarse en este punto la STS, Sec. 5ª, de 25.09.07, rec. 2/07 (LA LEY 139820/2007), que al conocer de la cuestión de ilegalidad planteada, entre otros preceptos, en relación con el artículo 74.1.h) del RD 864/01, equivalente al actual artículo 69.1.e) del RD 557/11, afirmaba que «no cabe tachar de ilegales los preceptos cuestionados. Es así, de un lado, porque las normas jurídicas contenidas en ellos no mandan, no ordenan, de modo explícito, de modo inequívoco, que aquella autorización sea denegada cuando su destinatario tenga abiertas unas diligencias o un procedimiento penal; y, de otro, porque dada la casi inimaginable variedad de supuestos, de situaciones, que pueden llegar a plantearse en la vida real, no cabe excluir a priori, con certeza, con seguridad, la fecha notificada que aparece en el encabezado de la presente Resolución ha sido añadida por el Procurador remitente con el único fin de facilitar su conocimiento al destinatario de la notificación

Fecha Notificación, según Protocolo de LexNet: 21/01/2014

posibilidad de que se detecten razones de seguridad pública o se emitan informes gubernativos desfavorables o se aprecien motivos suficientes en resolución debidamente motivada, cuyo sustento final, y además jurídicamente apto o suficiente para denegar autorizaciones como aquéllas, sea algo que, siendo distinto a la existencia de antecedentes penales, lo sea, también, a la mera existencia de un procedimiento penal en curso. La depuración del ordenamiento jurídico mediante la expulsión de las normas reglamentarias ilegales y la consecuente seguridad jurídica, a cuyos fines sirve el instrumento procesal de la cuestión de ilegalidad, no demandan más que la aclaración de que la recta interpretación de los preceptos cuestionados no permite incluir en su ámbito un mandato de denegación de la concesión inicial de la autorización de trabajo por cuenta ajena y de la residencia temporal consiguiente que esté basada en la mera existencia de un procedimiento penal en curso.»

De acuerdo con dicha posición jurisprudencial, que es la que seguimos en esta resolución, el informe policial no es vinculante, puede ser contradicho y debe estar suficientemente motivado, como debe ser igualmente motivada, valorando las circunstancias concurrentes, la decisión del órgano competente para resolver cuando basa en dicho informe su decisión de denegar la renovación de la autorización de residencia. Asimismo debe rechazarse una interpretación que permitiera entender que la mera existencia de un procedimiento penal en curso, conlleve necesariamente la denegación de la concesión inicial de trabajo por cuenta ajena y de la residencia temporal consiguiente. Se trata, como señala la antes citada Sentencia del TSJ de Navarra, de examinar si la naturaleza desfavorable del informe policial es razonable, razonada y proporcionada para determinar la denegación.

Ciertamente aquí nos encontramos ante un caso singular, pues el informe desfavorable de la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras (f. 27) se basa, no en una detención o en la existencia de actuaciones penales en las que no ha recaído sentencia, sino en la situación de la recurrente como interna en un Centro Penitenciario para proceder a su extradición a Colombia donde tiene pendiente el cumplimiento de una condena de 14 años y 2 meses de prisión por delitos de tentativa de homicidio agravado, hurto agravado y concierto para delinquir.

Conforme a la anterior doctrina la existencia de este informe desfavorable no supone la automática denegación de la renovación de la autorización administrativa de trabajo y residencia, sino que las normas citadas imponen una valoración de las concretas circunstancias del supuesto contemplado. Concretamente el artículo 69.1.e) exige para denegar la renovación un informe policial desfavorable cuando así se **La fecha notificada que aparece en el encabezado de la presente Resolución ha sido añadida por el Procurador remitente con el único fin de facilitar su conocimiento al destinatario de la notificación**

Fecha Notificación, según Protocolo de LexNet: 21/01/2014

valore por el órgano competente para resolver. Esta valoración de las circunstancias concurrentes remite a un cierto grado de discrecionalidad, y es aquí donde ni el informe de la Policía Nacional ni la Subdelegación del Gobierno se han adecuado a la previsión reglamentaria, pues, además de tal condena (hecho desfavorable) también debieron ser valoradas otras circunstancias favorables, tales como el tiempo transcurrido desde que ocurrieron los hechos juzgados, el 22.12.00, es decir, doce años antes de la solicitud de renovación; el que la condena de 14 años y 2 meses de prisión se haya dictado sin la presencia de la recurrente en el acto del juicio, pues según la STC, Pleno, n.º 91/00, de 30.03, rec. 3868/98 (LA LEY 71407/2000) «de ningún modo resulta compatible con el contenido absoluto del derecho a un juicio justo (art. 24.2 CE) (...) [la] condena *in absentia* sin la aludida posibilidad ulterior de subsanar las deficiencias que la falta de presencia haya podido ocasionar en los procesos penales seguidos por delitos muy graves»; la denegación por parte de la Audiencia Nacional de la extradición solicitada, en base al artículo 2 de la Ley 4/85 de extradición pasiva, por no haber ofrecido las autoridades colombianas garantías suficientes de que la recurrente será sometida a nuevo juicio en el que deberá estar presente y debidamente defendida, denegación que fue posterior al informe policial; el arraigo laboral acreditado durante la vigencia de la autorización de residencia, en la que la recurrente ha continuado trabajando para el empresario que le ofreció el contrato que motivó la concesión de dicha autorización; y la ausencia de actuaciones policiales o judiciales contra la recurrente desde que se encuentra en España, aparte de la detención motivada por la citada condena y otra que tuvo lugar en el año 2003 por estancia ilegal. Por último, si bien es cierto, como señala la Abogacía del Estado, que no pueden confundirse los principios del Derecho Penal y los propios del Derecho de Extranjería, no puede tampoco ignorarse que mediante la denegación de la renovación de la autorización de residencia, probablemente seguida de un expediente de expulsión, se acabaría produciendo un efecto perverso, cual es el regreso de la recurrente a su país de origen donde tendría que cumplir una pena de 14 años de prisión, sorteando de esta forma la resolución de la Audiencia Nacional que denegada la extradición por no ofrecer las autoridades colombianas garantías suficientes de que la interesada iba a ser juzgada de nuevo con asistencia letrada, y sin que la misma pueda gozar de protección internacional al no concurrir los requisitos exigidos en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, alcanzándose así un resultado difícilmente admisible desde el punto de vista constitucional.

Todo lo cual nos permite concluir que el informe policial no es, por sí mismo, suficiente para denegar la solicitud de la La fecha notificada que aparece en el encabezado de la presente Resolución ha sido añadida por el Procurador remitente con el único fin de facilitar su conocimiento al destinatario de la notificación

Fecha Notificación, según Protocolo de LexNet: 21/01/2014

recurrente de renovación de la autorización de residencia temporal, anulando así la resolución recurrida por no ser conforme a Derecho y debiendo, en consecuencia, concederse dicha renovación al concurrir los requisitos previstos en el artículo 71 del RD 557/11.

TERCERO.- Según el artículo 139.1 de la LJCA y puesto que la demanda va a ser estimada íntegramente, procede condenar a la demandada al pago de las costas procesales causadas.

En atención a lo expuesto, y vistos los preceptos legales invocados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

QUE ESTIMO ÍNTEGRAMENTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D.^a _____ contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Granada de 08.04.13 dictada en el expediente n.º _____ que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 14.01.13, declarando la misma no ajustada a Derecho, anulándola y dejándola sin efecto. Asimismo reconozco como situación jurídica individualizada de la recurrente su derecho a que por la Administración demandada se le conceda la primera renovación solicitada de la autorización de residencia temporal y de trabajo por cuenta ajena de la que es titular. Se imponen las costas a la parte demandada.

Llévese la presente resolución al Libro de Sentencias y únase certificación de la misma a los autos de su razón.

Notifíquese la anterior resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe RECURSO DE APELACIÓN, en el plazo de QUINCE DÍAS desde su notificación ante este Juzgado para su conocimiento por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada. Para la admisión a trámite del recurso será necesaria la constitución en la cuenta de consignaciones de este Juzgado del depósito para recurrir previsto en la DA 15.^a LOPJ, así como la aportación del justificante del pago de la tasa que corresponda según la Ley 10/2012, de 20 de noviembre con arreglo al modelo oficial.

Así por esta mi Sentencia, la pronuncia, manda y firma, D. Javier Ruiz Casas, Magistrado Juez en comisión de servicio del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 5 de Granada.- **Doy fe.**

Fecha Notificación, según Protocolo de LexNet: 21/01/2014

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Juez que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública el día de su fecha, de lo que yo, el Secretario, doy fe.-

La fecha notificada que aparece en el encabezado de la presente Resolución ha sido añadida por el Procurador remitente con el único fin de facilitar su conocimiento al destinatario de la notificación