



**T. S. J. ILLES BALEARS SALA CON/AD  
PALMA DE MALLORCA**

SENTENCIA: 00932/2011  
**APELACIÓN**

**Rollo Sala Nº 337/2011**

**Autos Juzgado Nº PA 141/2011. Pieza separada medida cautelar**

**SENTENCIA Nº 932**

En la Ciudad de Palma de Mallorca a 30 de noviembre de dos mil once.

ILMOS SRS.

PRESIDENTE

D. Gabriel Fiol Gomila

MAGISTRADOS

D. Fernando Socías Fuster

D<sup>a</sup> Alicia Esther Ortuño Rodríguez

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears los presentes autos seguidos ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 1 de Palma de Mallorca, con el número de autos del Juzgado y número de rollo de esta Sala arriba designados; actuando como parte apelante D. xxxxxxxxxxxxxxxx, representado por la Procuradora D<sup>a</sup> MARÍA DEL ROMERO GASPARD DE L'HOTELLERIE y defendido por la Letrada D<sup>a</sup> MARGARITA PALOS NADAL, y como apelada LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y asistida por EL ABOGADO DEL ESTADO.

Constituye el objeto del recurso contencioso administrativo la Resolución dictada el 24 de enero de 2011 por la Subdirección General de Recursos del Ministerio de Trabajo e Inmigración, mediante la cual se desestimó el recurso de alzada formulado contra la Resolución de la Delegación de Gobierno de les Illes Balears de 11 de noviembre de 2008, que denegó la segunda renovación de la

autorización de residencia y trabajo solicitada por D. xxxxxxxxxx en el 8 de agosto de 2008, ante la existencia de un informe gubernativo desfavorable.

En el Auto nº 213/2011, de 12 de mayo, el Juzgado de Instancia denegó la adopción de la medida cautelar positiva solicitada por el recurrente, consistente en la prórroga de la autorización provisional de residencia y trabajo.

Ha sido Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Alicia Esther Ortuño Rodríguez, quien expresa el parecer de la Sala.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** El Auto nº 213/2011, de fecha 12 de mayo, dictado por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Palma de Mallorca, en los autos seguidos por los trámites del procedimiento abreviado y de los que trae causa el presente rollo de apelación, decía literalmente en su fallo:

*"PRIMERO.- SE DESESTIMA LA MEDIDA CAUTELAR POSITIVA interesada por la representación procesal del recurrente.*

*SEGUNDO.- No se hace especial pronunciamiento sobre las costas causadas."*

**SEGUNDO.** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación en plazo y forma por la parte demandante y admitido en ambos efectos, sin que ninguna de las partes propusiese la práctica de prueba, siendo seguido el recurso con arreglo a los trámites de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, quedando los autos conclusos para dictar sentencia, señalándose para la votación y fallo, el día 30 de noviembre de 2011.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** El ciudadano extranjero recurrente impugnó la desestimación del recurso de alzada formulado contra la resolución dictada el 11 de noviembre de 2008 por el Delegado del Gobierno en Illes Balears, mediante la que se denegó la concesión de la segunda renovación de la autorización de residencia y trabajo a D. xxxxxxxx.

Dentro del escrito de interposición del Procedimiento Abreviado, la parte actora interesó la adopción de una medida cautelar positiva, consistente en la prórroga de su autorización para residir y trabajar en España hasta el dictado de sentencia firme, a fin de evitar la situación ilegal del actor que le impida acudir a su puesto de trabajo, unido a la existencia de un hijo menor de edad de nacionalidad española, el cual tiene un grado de minusvalía y convive con su padre.

El Auto apelado, nº 213/2011, de 12 de mayo, denegó la medida cautelar solicitada, al considerar que la concesión cautelar de una medida positiva era excepcional, sin estimar que se ocasionen perjuicios irreparables.

**SEGUNDO.** La parte apelante sostiene en esta alzada, como argumentos revocatorios del Auto denegatorio de la medida cautelar:

1º) Que en el Auto apelado no se han valorado las circunstancias invocadas por la parte actora, ya que cuenta con un hijo menor de edad y discapacitado de nacionalidad española.

2º) No se interesa la concesión de un permiso, sino la prolongación de la autorización que ya dispone.

3º) El recurrente trabaja para las entidades "xxxx Sociedad Limitada" y en "Mallorca xxxx Sociedad Limitada".

El Abogado del Estado interesa la confirmación del Auto apelado.

**TERCERO.** Con arreglo al artículo 129 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (en adelante, LJCA) interpuesto un recurso contencioso administrativo y como excepción al principio de ejecutoriedad de los actos administrativos que resulta de los artículos 94 y 138.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (a continuación, LPAC), los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia, estableciendo el artículo 130 LJCA que previa

valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse por el órgano jurisdiccional únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso.

Tal como recuerda el Auto del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sec. 7ª, de 23 de noviembre de 2004, la jurisprudencia ha delimitado la naturaleza y alcance de las medidas cautelares, y así:

*"a) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en STC 22/84, 66/84, 238/92, 148/93, y la de 13 de octubre de 1998, al resolver el recurso de amparo nº 486/97) ha reconocido el principio de autotutela administrativa, que no es incompatible con el artículo 24.1 de la CE, engarza con el principio de eficacia previsto en el artículo 103.1 de la CE y se satisface facilitando que la ejecución se someta a la decisión de un Tribunal y éste resuelva sobre la suspensión.*

*b) En reiterada doctrina de esta Sala, en torno al principio de eficacia de la actividad administrativa (artículo 103.1 de la Constitución), y al de la presunción de validez de los actos administrativos (artículo 57 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, precepto que no ha sido modificado por la Ley 4/99), la regla general es la ejecutividad inmediata de los actos y disposiciones y la posibilidad de suspensión se produce cuando se originen perjuicios de reparación imposible o difícil.*

*c) La aplicación del principio de efectividad de la tutela judicial (artículo 24.1 de la Constitución) impone el control jurisdiccional sobre la actividad administrativa (artículo 106.1 de la Constitución) y, en todo caso, han de coordinarse y armonizarse la evitación del daño a los intereses públicos que pueda derivarse de la suspensión de la ejecución y que al ejecutarse el acto se causen perjuicios de imposible o difícil reparación para el recurrente, lo que implica un juicio de ponderación, como ha señalado este Tribunal (en Autos de 15 de enero, 21 de febrero, 28 de febrero, 14 y 18 de marzo, 8 de abril, 18 de julio y 8 de noviembre de 1994, 1 de abril, 22 de mayo, 19 de septiembre y 13 de diciembre de 1995, 20 de julio y 7 de noviembre de 1996 y 16 de septiembre de 1997)".*

**CUARTO.** A la vista de los datos aportados por la parte apelante, reiterativos de los utilizados para sustentar su pretensión cautelar en la instancia, no parece que la desestimación de la medidas cautelares deducidas por la representación de D. xxxxxxxxxxxx ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Palma de Mallorca pueda privar de efectividad a la sentencia que en su día recaiga, ni que, por tanto, pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso, pues *"prima facie"* no se revela la apariencia de buen derecho en su doble vertiente de aparente consistencia de la pretensión actora, y de aparente, también, falta de fundamento de la actuación administrativa que se quiere suspender, además de tener en cuenta de que se está en presencia de un acto administrativo de contenido negativo, la desestimación de

un recurso de alzada interpuesto frente a la denegación de la segunda renovación de la autorización de residencia y trabajo en España, vigente hasta el 15 de junio de 2008.

Para justificar la procedencia de las medidas provisionales, la parte actora invocó en el escrito de interposición del recurso contencioso administrativo que residía en España desde hace más de cinco años, aportando un certificado de empadronamiento en el Ayuntamiento de Palma (con alta el 12 de febrero de 2004), unido a la hoja de vida laboral desde el 16 de junio de 2005, así como nóminas de dos contratos de trabajo vigentes en la fecha.

Si bien resulta incontrovertido que reside legalmente en España desde el año 2005, al ser titular de una autorización para residir y trabajar en España, primera renovación, sin embargo la segunda renovación fue denegada por la Delegación del Gobierno en Illes Balears, al existir un informe gubernativo desfavorable, derivado de la constancia de antecedentes policiales por un presunto delito de agresión sexual, tramitándose en el Juzgado de Instrucción nº 11 de Palma.

El actor alega en el recurso que estos antecedentes policiales no son penales, habiéndose aportado en el curso del Rollo de Apelación una copia de la Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Baleares en fecha 31 de mayo de 2011, dentro del Sumario 1/2007, en la cual se absuelve a D. xxxxxxxx del delito de agresión sexual por el que se encontraba acusado, imputación que sirvió de base para el informe gubernativo desfavorable que sustentó la denegación de la segunda renovación de su permiso.

**QUINTO.** En lo que se refiere a la medida cautelar positiva de la obtención de un permiso entretanto se tramita el recurso contencioso-administrativo, esta Sala ha reiterado la improcedencia de la misma, salvo que se invoque identidad del caso con supuesto que ha sido merecedor de sentencia estimatoria, esto es, en supuestos de apariencia de buen derecho que asegure que en aplicación de criterios reiterados en sentencias anteriores, el resultado será el de una sentencia estimatoria.

Para el caso, resulta que el recurrente goza de un indudable arraigo laboral, familiar y social en España, donde reside su hijo menor de edad, aquejado de una

enfermedad por la que se le ha reconocido un grado de minusvalía o discapacidad, con quien convive y se presume que contribuye a su sustento y educación, unido al trascendental dato de su absolución por sentencia del antecedente policial y judicial que se recogió por la Policía en el informe gubernativo desfavorable.

La concesión cautelar de un permiso de trabajo y residencia entretanto se tramita el recurso contencioso-administrativo, concurriendo apariencia de buen derecho en los términos expuestos, es procedente, ya que la adopción de una medida cautelar responde a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional; esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento.

En nuestro caso, ciertamente, una eventual sentencia que reconozca el derecho al permiso permanente no quedará inefectiva ya que se podrá disfrutar del mismo, pero existen razones de *fumus* que aconsejan la concesión de la medida positiva a los efectos que el actor pueda permanecer residiendo y trabajando en España.

**SEXO.** En aplicación del artículo 139.2 LJCA, procede imponer las costas a la parte apelante si se desestima totalmente el recurso -lo que no es el caso-, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecia la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición. En la medida en que el recurso se estima, no procede imponer las costas a ninguna de las partes.

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

## FALLO

1º) ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. xxxxxxxxxx en contra el Auto nº 213/2011, de fecha 12 de mayo, dictado por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 1 de Palma de Mallorca, el cual se revoca en su integridad.

2º) SE ESTIMA LA CONCESIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR CONSISTENTE EN CONCEDER AUTORIZACIÓN PARA RESIDIR Y TRABAJAR EN ESPAÑA AL ACTOR EN TANTO SE TRAMITA EL PRESENTE RECURSO.

3º) Sin imposición de costas.

Contra la presente resolución no cabe recurso ordinario.

Así por esta nuestra sentencia de la que quedará testimonio en autos para su notificación, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por la Magistrada de esta Sala Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Alicia Esther Ortuño Rodríguez que ha sido ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

*Migrar con derechos: es*