



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA
COMUNIDAD VALENCIANA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCION 5

Recurso de Apelación nº: 5 /000478/2009-
N.I.G: 46250-33-3-2009-0005843

NOTIFICACION: En VALENCIA a _____, notifiqué,
leí íntegramente y di copia literal de la anterior sentencia al **Procurador ESTRELLA
VILAS LOREDO**, en representación de **OMAR ZANZANA** con indicación de que es
firme, y contra ella **NO CABE RECURSO ORDINARIO ALGUNO**.

Quedó enterado, se da por notificado y firma conmigo en prueba de todo ello.



GENERALITAT
VALENCIANA



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

ROLLO Nº 478/09

ROLLO DE APELACIÓN NÚMERO 478/09

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION QUINTA

NOTIFICADA AL PROCURADOR

11 MAR. 2010

SENTENCIA NUM. 111/10

En la ciudad de Valencia, a 24 de febrero de 2010.

Visto por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, compuesta por los Ilmos. Sres. don JOSE BELLMONT MORA, Presidente, doña ROSARIO VIDAL MAS y don FERNANDO NIETO MARTIN, Magistrados, el Rollo de apelación número 478/09, interpuesto por el Procurador DOÑA ESTRELLA VILAS LOREDO, en nombre y representación de DON OMAR ZANZANA contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 7 de Valencia, en fecha 24.3.09, en el recurso Contencioso-Administrativo 781/07, siendo Ponente la Magistrada Doña Rosario Vidal Más y a la vista de los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 7 de Valencia, en fecha 24.3.09, en el recurso Contencioso-Administrativo 781/07, a instancias de DON OMAR ZANZANA, recayó Sentencia cuyo Fallo, literalmente, dice: "Desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por DON OMAR ZANZANA contra la





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

ROLLO Nº 478/09

resolución dictada por la Subdelegación del Gobierno en Valencia de fecha 19-7-07 en la que se resuelve desestimar la autorización de residencia permanente presentada por el recurrente, por entender que dicha resolución es conforme a derecho..."

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia se interpuso por la representación de la parte demandante, en tiempo y forma, recurso de Apelación que fue admitido y elevados los autos a esta Sala.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 23.2.10.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTACION JURIDICA

PRIMERO.- Se interpone el presente recurso de Apelación al estimar la Apelante que, en primer lugar, se ha incurrido en incongruencia omisiva ya que nada se dice en la sentencia respecto a las alegaciones relativas a defectos de procedimiento y la vulneración de lo dispuesto en el art. 32 de la ley de Extranjería que regula la autorización de residencia permanente. En segundo lugar, se ha vulnerado igualmente el principio de presunción de inocencia ya que el informe desfavorable se basa en actuaciones penales sin pronunciamiento todavía.

La sentencia apelada se fundamenta en que sí se ha acreditado una condena por sentencia firme del Juzgado de lo Penal 13 de Valencia, sin que conste la cancelación de los antecedentes penales, si bien, la única constancia en el expediente administrativo es la de una detención y la de unas actuaciones penales sin sentencia todavía en el momento de tramitarse aquel.

SEGUNDO.- Conviene, planteada la apelación en estos términos, señalar que en relación con esta cuestión, es decir, la trascendencia de los antecedentes penales y





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

ROLLO Nº 478/09

del informe desfavorable, es de destacar que esta misma Sala (Sección Tercera, sentencia de 1.7.02, recaída en recurso de apelación 119/2002 estableció:

"...Coincide el tribunal con el posicionamiento inicial que ha declarado la Juez de lo Contencioso-administrativo y considera que los argumentos opuestos por la Administración del Estado no constituyen basamento suficiente para anular la sentencia ... y ello en función de lo siguiente:

1.- El informe administrativo determinante del resultado público declarado por la Sra. Delegada del Gobierno en lo que respecta a una solicitud de permiso de trabajo permanente -emitido por la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación- incluye únicamente antecedentes policiales. Estos antecedentes carecen de valor suficiente para impedir el acceso a la autorización administrativa que ha solicitado el Sr... al no desvirtuarse, a su través, el principio constitucional que presume inocente a toda persona física contra la que se dirija una actuación de corte sancionador- penal mientras no exista una resolución judicial que establezca la concreta responsabilidad punitiva que corresponde a una actuación desarrollada por aquél a quien afectan esos antecedentes policiales.

Es decir, y según nuestro entendimiento de la controversia, no cabe excluir un permiso de trabajo por el hecho de que el ciudadano extranjero que lo solicita -que, por hipótesis, respeta la totalidad de los presupuestos normativos formales y materiales que le son exigidos para acceder a tal autorización pública aparezca en la base de datos de la policía afectado por una serie de antecedentes que no han llegado a culminar en condena judicial alguna.

2.- Hacemos aquí aplicación, entonces, de un principio matricial de nuestro ordenamiento jurídico: el de presunción de inocencia, que despliega su virtualidad no sólo en el propio ámbito del Derecho administrativo sancionador sino también cuando el mismo es obviado al materializar una potestad pública que se sitúa extramuros de ese Derecho coactivo.





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Para nosotros, la falta de concesión de un permiso de trabajo por motivos de reproche culpabilístico, a título penal, de una cierta conducta que el legislador ha situado dentro de aquellas que mayor desvalor social y jurídico le merecen (al constituir el Derecho penal la última herramienta de la coacción social y bajo la inspiración del Principio de intervención mínima) ha de identificarse con la tenencia de una sentencia judicial que, tras el seguimiento de un juicio oral con todas las garantías y tras la exhibición en éste de una prueba de cargo certera que desvirtúe esa posición relacional que beneficia a quien queda vinculado por un proceso penal, declare la responsabilidad punitiva de ese solicitante del permiso de trabajo..."

A mayor abundamiento procede que nos remitamos a la reiterada jurisprudencia que se refiere a los supuestos de denegación de autorización inicial 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 aplicación de la causa h) del artículo 74 del Reglamento (Real Decreto 864/01), ahora prevista esta causa en la letra i) del artículo 53.1 del Real Decreto 2393/04 , en aquellos supuestos en que el informe gubernativo previo desfavorable se basa única y exclusivamente en la existencia de detenciones.

Así el T.S., en la S de fecha 8-1-2004 argumenta 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 supone. La motivación del acto administrativo no fue por tanto conforme a Derecho, tanto mas cuanto que 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..."





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

ROLLO Nº 478/09

Y añade "desde luego no puede acogerse el razonamiento del Abogado del Estado, por lo que el recurso debe ser desestimado. Pues dicho razonamiento es el siguiente. Se mantiene que ciertamente asiste la razón al Tribunal a quo cuando afirma que se aplica también a los extranjeros la garantía que supone el principio de presunción de inocencia, pero que ello no es motivación suficiente de la resolución judicial dictada en el caso de autos. El argumento consiste en que los extranjeros no son titulares de un derecho subjetivo a obtener un permiso de trabajo ni su renovación. En el supuesto estudiado, aunque se aplique la presunción de inocencia, según se afirma se había producido una perturbación del orden público imputable al interesado, y ello era razón suficiente para denegar en vía administrativa la renovación del permiso de trabajo.

No obstante, como se ha dicho, este razonamiento no puede acogerse porque el Tribunal a quo, al valorar los hechos, se refirió únicamente a que se iniciaron diligencias penales por presunto delito de estafa y contra los derechos de los trabajadores, diligencias que fueron sobreseídas, considerando ésta la única motivación de los actos administrativos que se remitía al informe policial en este sentido".

Es más, en recientes Ss. de febrero y marzo del corriente año, el propio TS, reiterando el criterio anterior ha establecido que "no existe en el expediente administrativo ningún otro dato sobre la suerte que corrieron esas actuaciones policiales y judiciales, porque la Administración sancionadora no se ha cuidado de averiguarlo. No sabemos, en consecuencia, cuál fue su resultado final, pudiendo ocurrir que éste haya resultado inocuo, bien porque los antecedentes policiales no han desembocado en actuaciones judiciales, bien porque estas han terminado sin ninguna condena, con la consecuencia, en cualquiera de los dos casos, de no poder ser tenidas en cuenta como justificación de la elección de la expulsión, al tratarse de actuaciones administrativas o judiciales que, en sí mismas consideradas y por sí solas, resultan jurídicamente irrelevantes en contra del interesado".

Debemos destacar, abundando en esta línea, que la STS 2089/2008, de 14 de



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

ROLLO N° 478/09

mayo establece incluso "...B).- También alega el Sr. Abogado del Estado, como segundo motivo, al amparo del artículo 88-1-d) de la Ley 29/98, la infracción de los números 4 y 5 del artículo 31 de la Ley Orgánica 4/00, de 11 de Enero , reformada por la Ley Orgánica 8/00, de 22 de Diciembre. Razona que la recta interpretación de esa norma indica que lo determinante, a pesar de su tenor literal, no es que se tengan antecedentes penales en el Registro correspondiente, sino que haya recaído condena por la comisión de un delito, aunque no se haya procedido a la anotación de los antecedentes penales.

Este motivo, tal como ha sido planteado, tampoco puede aceptarse.

El razonamiento del Sr. Abogado del Estado es cierto, pero es inocuo a los efectos que nos ocupan, ya que, al hablar de "antecedentes penales", la norma está exigiendo que la condena sea firme, porque las sentencias penales sólo se ejecutan cuando son firmes (artículos 794, 803, 987 y 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal); sin firmeza no hay propiamente condena, ni hay, por lo tanto, antecedentes penales. Así que el problema sigue siendo, tal como dijo la Sala de instancia, un problema de falta de acreditación de la firmeza de la sentencia penal, sobre lo que el representante de la Administración nada dice en su recurso de casación. Razón por la cual procede también el rechazo de este segundo motivo".

Por último, debemos destacar igualmente la STS de 9 de enero 2007 en la que se establece:

"SEXTO.- Ataca también el art. 53.1. letra i) del Reglamento EDL 2004/184566 relativo a que la autoridad competente denegará las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena "cuando conste un informe gubernativo previo desfavorable" por entender conculca los arts. 9.1 (jerarquía normativa), 24 (tutela judicial efectiva), 25 (tipicidad de las infracciones administrativas), y 103 CE EDL 1978/3879 q. (sometimiento de la administración a la ley y al derecho). Le niega presunción de certeza al no venir así establecido por norma legal alguna e imputa falta de contradicción.

El Abogado del Estado recuerda, por un lado, el contenido del art. 53.2 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 EDL 2004/184566 , conforme al cual toda



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

ROLLO N° 478/09

denegación de una autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena habrá de ser motivada y, por otro, del art. 35. a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común LRJAPAC EDL 1992/17271 , de acuerdo con el cual los ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, tienen derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos. Adiciona que el recurrente se equivoca al considerar que la sola emisión del informe gubernativo desfavorable determina, necesariamente, la denegación. Defiende que el art. 53 EDL 2004/184566 no establece la necesidad de denegación de la autorización de residencia y trabajo cuando conste un informe gubernativo desfavorable sino que solamente fija la posibilidad de que se deniegue aquella cuando exista tal informe, que habrá de explicitar sus razones y sin perjuicio de la posible revisión por la autoridad judicial.

Asimismo aquí asiste razón al Abogado del Estado, pues ni estamos ante un informe vinculante ni ante un dictamen que no pueda ser contradicho. Como todo informe que limita intereses legítimos habrá de estar motivado conforme a lo establecido en el art. 54 de la LRJAPAC EDL 1992/17271 y, concretamente en el ámbito de los derechos y libertades de los Extranjeros en España, de acuerdo con el art. 20.2 de la LODYLE EDL 2000/77473 . La autoridad gubernativa que emita el susodicho informe negativo habrá de explicitar las razones en que se apoya pues no basta una conclusión negativa sino que debe argumentarse mediante la exposición razonada de los motivos que conducen al resultado desfavorable.

De no respetarse las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, a su vista podrán interponerse los correspondientes recursos administrativos y jurisdiccionales. Corresponderá, por tanto, a la jurisdicción contencioso administrativa dilucidar si la administración ha ejercitado o no correctamente las potestades establecidas en el Reglamento. Pero, de entrada, no cabe limitarla en su ejercicio. Será, con ocasión de la eventual impugnación de la denegación de las autorizaciones de trabajo y residencia pretendida donde podrá alegarse, y, en su caso probar, lo pertinente para desvirtuar el contenido del informe negativo."





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

ROLLO Nº 478/09

Aplicando todos estos criterios al caso de autos la sentencia de instancia debe ser revocada por cuanto ni en el expediente administrativo ni tampoco en los autos jurisdiccionales existe constancia de la sentencia firme que se afirma en la misma, procediendo en consecuencia estimar el recurso de apelación y, con él, el recurso contencioso-administrativo.

TERCERO.- Dispone el artículo 139.2 de la Ley 29/98 de 13 de Julio, reguladora de esta Jurisdicción, que en las demás instancias (es decir, salvo las resoluciones dictadas en primera o única instancia) se impondrán las costas al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que se aprecien circunstancias para su no imposición, lo que no concurre en el presente caso, por lo que no procede imponerlas al mismo.

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y de general aplicación

FALLAMOS

1) La estimación del recurso de Apelación interpuesto por el Procurador DOÑA ESTRELLA VILAS LOREDO, en nombre y representación de DON OMAR ZANZANA contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 7 de Valencia, en fecha 24.3.09, en el recurso Contencioso-Administrativo 781/07, que se revoca y en consecuencia, debemos estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por DON OMAR ZANZANA contra la resolución dictada por la Subdelegación del Gobierno en Valencia de fecha 19-7-07 en la que se resuelve desestimar la autorización de residencia permanente presentada por el recurrente, que se anula y deja sin efecto, debiendo la Administración conceder la autorización solicitada.

2) La no imposición de las costas causadas en el presente expediente.





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

ROLLO N° 478/09

A su tiempo y con certificación literal de la presente, devuélvase los Autos a su procedencia.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Iltna. Sra. Magistrada Ponente que ha sido para la resolución del presente recurso, estando celebrando audiencia pública esta Sala en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretaria de la misma, certifico.

