



Roj: **STSJ BAL 1141/2010 - ECLI: ES:TSJBAL:2010:1141**

Id Cendoj: **07040330012010100827**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **28/09/2010**

Nº de Recurso: **55/2010**

Nº de Resolución: **842/2010**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA CARMEN FRIGOLA CASTILLON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00842/2010

APELACIÓN

ROLLO SALA Nº **55/2010**

AUTOS DE PROCEDIMIENTO ABREVIADO Nº 18/09

JUZGADO CONTENCIOSO Nº 2

SENTENCIA Nº 842

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

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. Gabriel Fiol Gomila

MAGISTRADOS

D. Pablo Delfont Maza

Dª: Carmen **Frigola** Castellón

VISTOS por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears los autos seguidos en el Juzgado de los Contencioso-Administrativo nº 2 de Palma de Mallorca, con el número de PA nº 18/09 y nº de rollo de apelación de esta Sala **55/2010**. Actúa como parte apelante D. Augusto actuando en su propio nombre y en el sus hijos menores de edad Faustino e Benita y de Julia representados por el Procurador Sr. D. José Castro Rabadán y defendidos por el señor Letrado D. Igor Valiente Bastante y como parte apelada la DELEGACIÓN DE GOBIERNO DE LAS ISLAS BALEARES representada y asistida por el Abogado del Estado Sr. D. Ignacio Landa Colomina.

Constituye el objeto del presente recurso:

1.- la desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto por D. Augusto el día 27 de agosto de 2008 contra la Resolución del Delegado del Gobierno de 5 de agosto de 2008 que denegó la segunda renovación de la autorización de residencia temporal y trabajo solicitada por D. Augusto .

2º.- la Resolución de 12 de noviembre de 2008 dictada por la Directora Insular por delegación del Delegado del Gobierno que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de la Dirección Insular de 3 de septiembre de 2008 que deniega la primera renovación de la residencia temporal en régimen general no laboral solicitada por Dña. Julia , esposa del Sr. Augusto ,



3º.- las Resoluciones dictadas por la Directora Insular por delegación del Delegado de Gobierno en fecha 12 de noviembre de 2008 desestimatorias de sendos recursos de reposición interpuestos por D. Faustino y Dña. Benita contra las Resoluciones de la Directora Insular de fecha 10 de septiembre de 2008 que denegó la autorización de primera renovación de autorización de residencia temporal de régimen general no laboral para cada uno de los hijos de D. Augusto .

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

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO: La sentencia núm. 359/2009 dictado por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Palma el que trae causa el presente rollo de apelación decía literalmente en su parte dispositiva:

" PRIMERO : Se acuerda DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto a instancias de Don Augusto , Don Faustino , Doña Benita y Doña Julia , contra la DELEGACION DE GOBIERNO DE ILLES BALEARS, contra las resoluciones impugnadas.

SEGUNDO: Se CONFIRMAN los actos administrativos impugnados por ser conformes con la legalidad del Ordenamiento Jurídico.

TERCERO: Todo ello sin hacer expresa imposición de las costas procesales causadas a ninguna de las partes. "

SEGUNDO: Contra la anterior resolución interpuso la representación procesal del recurrente recurso de apelación en plazo y forma siendo admitida en ambos efectos.

TERCERO: No se ha solicitado práctica de prueba ni trámite de vista o conclusiones.

CUARTO: 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 septiembre de 2010 .

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO: D. Augusto ha visto denegada la segunda renovación del permiso de trabajo y residencia solicitada el 5 de mayo de 2008 así como también la primera renovación de la solicitud de residencia de sus hijos reagrupados Faustino e Benita . Igualmente su esposa Dña. Julia ha visto denegada su primera renovación al depender esa solicitud de la de su esposo que fue denegada.

El motivo de la denegación de la renovación del Sr. Augusto es la existencia de una sentencia condenatoria penal firme en su contra, dictada por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Ibiza en Diligencias urgentes nº 160/2006 en fecha 15 de septiembre de 2006 condenándole como autor de un delito contra la seguridad del tráfico a la pena de dos meses y 20 días de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante este tiempo, a la pena de privación del permiso de conducir por plazo de 2 años y al pago de costas procesales, suspendiéndose la pena privativa de libertad por plazo de 2 años.

Y la causa de denegación de la renovación del permiso de residencia de su esposa e hijos es el hecho de haber sido denegada la renovación del familiar reagrupante y del que dependen.

La administración considera que la existencia de la sentencia penal impuesta a D. Augusto cuyo cumplimiento se encontraba en curso en el momento del dictado de la Resolución de 5 de agosto de 2008 impedía la segunda renovación de la autorización de residencia y permiso de trabajo, desplegando en cascada esa denegación los efectos correspondientes en los familiares agrupados, cuales eran sus dos hijos menores de edad y su actual esposa.

La demanda planteada por la defensa de los recurrentes sostiene respecto a la impugnación de la denegación de segunda renovación a D. Augusto que la administración resolvió extemporáneamente esa solicitud, ya que presentado el impreso en correos el día 5 de mayo de 2008, no fue hasta el día 12 de agosto de 2008 que se le notificó la denegación de la renovación, por lo que según la parte habían transcurrido más de tres meses desde la fecha de presentación de la solicitud.

La sentencia considera que la resolución se dictó y notificó en plazo pues señala que se notificó el día 5/8/08 conforme a los documentos obrantes a los folios 35 y 36 del expediente y desestima ese argumento. Ello es objeto de impugnación en el recurso de apelación en el que se hace hincapié de que la administración no ha demostrado que se notificara la resolución en fecha diferente al día 12 de agosto de 2008 que es la que sostiene la parte y era carga probatoria que incumbía a esa parte, y considera que la sentencia yerra al tomar



como notificación al recurrente los documentos obrantes a los folios 35 y 36 del expediente que únicamente son el dictado del acto denegatorio de la renovación, por lo que insiste en que se ha producido el efecto de la concesión por silencio positivo de esa renovación.

SEGUNDO: Ciertamente no existe en el expediente constancia de la fecha en que D. Augusto fue notificado del acto denegatorio de la segunda renovación. En ningún caso los documentos obrantes a los folios 35 y 36 del expediente constituyen la notificación de dicho acto, por lo que no queda demostrada la fecha en que recibió tal notificación el interesado, debiendo estar a la que esa parte reconoce, a falta del soporte documental que acredite otra fecha. Así pues debemos partir de que la notificación se recibió el día 12 de agosto de 2008 que es la que la parte indica y reconoce.

En consecuencia debemos valorar si ha existido o no transcurso del plazo de los tres meses de que disponía la administración para tramitar, resolver y notificar esa petición.

Dice la Disposición Adicional Primera en su punto 2 :

Las solicitudes de prórroga de la autorización de residencia, la renovación de la autorización de trabajo, así como las solicitudes de autorización de residencia de larga duración que se formulen por los interesados a tenor de lo dispuesto en la presente Ley Orgánica se resolverán y notificarán en el plazo máximo de tres meses contados a partir del día siguiente al de la fecha en que hayan tenido entrada en el registro del órgano competente para tramitarlas. Transcurrido dicho plazo sin que la Administración haya dado respuesta expresa, se entenderá que la prórroga o renovación han sido concedidas." (la negrita es nuestra)

Por lo tanto el argumento no es válido pues el cómputo de la fecha de presentación ante un registro público o ante correos para iniciar el plazo de esos tres meses, sino la fecha de entrada en el órgano competente para tramitar la renovación o prórroga de autorización. Así las cosas, en el folio 20 del Tomo I del expediente aparece que la fecha de entrada en el registro de la oficina de extranjería de la solicitud remitida por correos el día 5 de mayo de 2009, es el 14 de mayo de 2009. Por lo tanto el plazo de tres meses de que disponía la administración para tramitar, resolver y notificar esa solicitud vencía el 14 de agosto de 2008. Admitiendo la parte que la resolución le fue notificada el día 12 de agosto de 2008, estaría dentro del plazo de tres meses y no es extemporánea.

Respecto a la petición formulada por la esposa Sra. Julia , esta la presentó el 13 de mayo de 2008 ante la oficina de la administración competente y sin embargo fue resuelta el día 3 de septiembre de 2008, sin que conste en el expediente cuando fue notificada a la interesada, por lo que hay que estar a la fecha en que la parte admite y reconoce que recibió esa comunicación, y esa fecha es el 15 de septiembre de 2008. Por otro lado tuvo entrada el día 9 de septiembre de 2008 escrito en el que solicitaba certificado de silencio positivo señalando en él que no había recibido notificación alguna sobre su solicitud. A pesar de que en ese supuesto el tiempo transcurrido desde la fecha de la presentación de la solicitud hasta el momento de la notificación de la denegación de esa renovación es superior a tres meses, hay que tener en cuenta que desde el día 5 de agosto de 2008 estaba denegada la renovación del marido reagrupante, lo que se le notificó al Sr. Augusto el día 12 de agosto conociéndolo desde ese momento su esposa Dña. Julia , y desde esa misma fecha, un día anterior al vencimiento del plazo para resolver su solicitud, era ya imposible para ella la obtención de un permiso de residencia sin permiso de trabajo, pues no existía el soporte básico e imprescindible para aquella renovación. A tal efecto, el artículo 41 del Reglamento condiciona los permisos de residencia sin permiso de trabajo a la efectividad de la autorización de residencia que se conceda al familiar reagrupante. Y contempla específicamente los supuestos de autorización de permiso independiente, que no se dan en el presente caso, motivo por el cual, la administración obviamente debió denegar esa petición. En consecuencia desde el momento de la denegación de la renovación al esposo reagrupante, es imposible que los familiares reagrupados obtengan su renovación, porque no se dan ya las circunstancias precisas para que puedan obtener esas renovaciones.

El mismo razonamiento fundamenta también la denegación de las solicitudes de renovación de autorización de residencia sin permiso de trabajo presentadas por los hijos el 11 de junio de 2008, motivo y fundamentación que ha de ser plenamente concordada y confirmada.

TERCERO: Dicho ello, y resuelta la cuestión de la no operatividad del silencio positivo que denuncia la parte apelante, analicemos ahora si el hecho de la existencia de la sentencia penal es causa suficiente para denegar a D. Augusto la segunda renovación de permiso de trabajo y residencia. Pues de no ser así, las denegaciones de sus familiares acordadas por aquella denegación quedarían sin motivo que las justificara.

El artículo 31-4 de la LO en la redacción dada por Ley Orgánica 14/2003 aplicable a tenor de la fecha del dictado del acto impugnado decía:



Para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido. 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.

A su vez el Reglamento de Extranjería aprobado por RD 2393/2004 de 30 de diciembre en su artículo 54-9 en la redacción aplicable en la fecha de los hechos dispone:

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 esta sección, excepto el recogido en el apartado 1.b) del artículo anterior. Se valorará, en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar la autorización de residencia y trabajo a los extranjeros que hubieran 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.

En el supuesto de autos la administración ha valorado la existencia de una sentencia penal que se dictó el 16 de septiembre de 2006 por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Ibiza condenando al recurrente a la pena de 2 meses y 20 días de prisión y a 2 años de privación del permiso de conducir. Consta en el expediente un auto de puesta en libertad de fecha 16 de septiembre de 2006, y en la sentencia consta que se le concedió en el mismo la suspensión provisional de la condena privativa de libertad. En cambio en cuanto a la pena de privación del permiso de conducir, consta que el Juzgado de Instrucción nº 3 el 16 de septiembre de 2006 le requirió para entrega del permiso a lo que respondió Don. Augusto que carecía de ese permiso de forma que se le requirió en esa misma fecha para en vez de entregarlo que durante dos años a partir de ese día, se abstuviera para obtener el permiso.

Por lo tanto aun cuando la pena privativa de libertad estaba en suspensión por remisión condicional, sin embargo la pena privativa del derecho a obtener el permiso de conducir se estaba cumpliendo al momento del dictado del acto administrativo y tal y como correctamente recoge la sentencia apelada D. Augusto no cumplía los requisitos previstos en el artículo 54-9 del Reglamento de Extranjería para poder obtener la renovación del permiso de trabajo y residencia.

Llegados a este punto cumple desestimar la apelación y confirmar la sentencia que desestimó el recurso.

CUARTO: En materia de costas la desestimación del recurso determina que se haga pronunciamiento de costas a la parte recurrente.

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

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general aplicación

FALLAMOS:

1º) DESESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto contra la Sentencia nº 359/2009 dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 debiendo confirmarla íntegramente.

2º) Con imposición de las costas causadas en esta segunda instancia a la parte apelante.

Contra la presente sentencia no cabe recurso ordinario.

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.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

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