

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

AUTO 268/05

COPIA

En Palma de Mallorca a 14 de noviembre de Dos Mil Cinco.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO: La representación procesal de D. Claudio Alejandro Eugenio Merchán interpuso en su día recurso contencioso administrativo contra la Resolución dictada por la Delegación de Gobierno de las Illes Balears de fecha 16/6/05 por la que se deniega la solicitud de permiso de residencia y de trabajo por cuenta ajena solicitada al amparo de la Disposición Transitoria Tercera del RD 2393/2004 de 30 de diciembre de 2004, Y en el otro sí solicitó la medida cautelar positiva de concesión de permiso de residencia y trabajo provisional con vigencia hasta el momento en que recaiga resolución firme en este procedimiento, habiéndose abierto la correspondiente pieza separada en la que por la Abogacía del Estado se presentó escrito en fecha 7 de octubre junio pasado con las alegaciones que en el mismo se contempla. Y la Administración autora del acto también presentó alegaciones oponiéndose a esa medida el 26 de octubre de los corrientes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO: Solicita la parte recurrente la medida cautelar positiva de trabajar por cuenta ajena para los empleadores para los que inicialmente iba a trabajar cuando solicitó la normalización de su situación al amparo de la Disposición Transitoria Tercera del RD 2393/2004 de 30 de diciembre, y de otra la suspensión del efecto positivo de ese acto negativo o sea, la suspensión de la obligación de tener que salir voluntariamente del país en el plazo de 15 días, todo ello porque lo contrario le causaría un perjuicio a esa parte. El motivo de la denegación del permiso de trabajo y residencia ha sido por la existencia de antecedentes policiales.

SEGUNDO: Hay que partir de la base de que el acto administrativo impugnado tiene una doble condición, de un lado es un acto negativo que deniega tanto el permiso de trabajo y la residencia que ello comporta, y de otro el efecto positivo de la obligación de salida del país dimanante de un acto negativo cual es la denegación del permiso de trabajo y residencia.

Debemos empezar por el análisis de la primera cuestión, o sea si procede la suspensión del efecto positivo del acto negativo.

Pues bien, de la documentación aportada por la parte se aprecia que el recurrente es padre de una menor de nacionalidad española llamada Scarlet Alejandra Eugenio Suquilandia nacida en Palma el 20 de noviembre de 2002. Ciertamente existe prueba que acredita un hijo en este país ya que prueba que tiene vínculos familiares asentados en este país, por lo que hay causa suficiente para poder posponer o minuar los efectos positivos del acto negativo impugnado.

Elo por lo tanto es causa para suspender la orden de salida voluntaria del país, esto es, el efecto positivo del acto negativo.

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

TERCERO: Pasemos ahora al análisis de la concesión de la medida cautelar positiva de autorizar provisionalmente la concesión del permiso de trabajo en tanto se tramita este procedimiento.

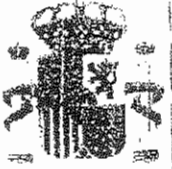
Los Tribunales Superiores de Justicia, el Tribunal Supremo y el propio Tribunal Constitucional de manera resuelta han declarado que el derecho a la tutela judicial efectiva supone no sólo la aplicación de la medida cautelar de suspensión de la ejecución del acto, sino también la concesión de las "medidas que según las circunstancias fuesen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en juicio recayera" lo que ha permitido la concesión de cualquier medida cautelar idónea y eficaz, incluso de contenido positivo. La concesión de una medida cautelar positiva debe venir justificada por un principio de prueba que justifique también el arraigo necesario para poder concederla ya que en caso contrario se podría hacer perder la finalidad del recurso, en caso de que éste prosperase en el momento del dictado de la sentencia, causando con ello un perjuicio irreparable a la parte.

Pues bien, acreditado ese arraigo familiar, no desconocemos la teoría de la imposibilidad de conceder la suspensión de los actos negativos, ya que ello supone conceder judicialmente lo que la administración no ha autorizado. Sin embargo en materia de extranjería predomina hoy en día, tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia, la tesis de la concesión de medidas cautelares positivas para salvaguardar la finalidad del recurso, siempre que exista causa o principio de prueba acreditado, que valorado permita deducir la posibilidad de que, de no aplicarse, se podría hacer perder dicha finalidad en el caso de ver prosperar el recurso. Si se autoriza a la parte a no tener que abandonar el país, por la existencia de ese arraigo y teniendo la posibilidad de un trabajo en el proceso de regularización efectuado, debe estimarse esa petición dado que el arraigo familiar ha de comportar también la posibilidad de la manutención en el país tanto para él como para la menor de nacionalidad española y de la que ostenta la patria potestad.

Así las cosas, y siguiendo la pauta marcada por la Sentencia del TSJ de Catalunya de 23 de Diciembre de 2003 (Ponente Sra Nuria Clares Nerin) procede la concesión de la medida cautelar positiva de que la administración autorice provisionalmente el permiso de trabajo solicitado, puesto que tal y como indica la citada sentencia refiriéndose a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1999 "las medidas cautelares positivas están amparadas en el artículo 24.1 de la Constitución y contempladas en el artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, supletoria de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que permite la adopción de aquellas tendentes a preservar la ejecución de lo resuelto en la sentencia que ponga fin a pleito, ahora expresamente sancionadas en el artículo 129-1 de la ley 29/1998 de 13 de julio reguladora de la jurisdicción Contencioso-administrativa". Por ello atendiendo a los parámetros anteriormente expuestos y visto el arraigo familiar del recurrente, debemos pronunciamos a favor de la autorización de la concesión provisional de permiso de trabajo por cuenta ajena y residencia interesada, si bien ha de limitarse al plazo de un año a contar a partir de la fecha de esta resolución, independiente de lo que pudiera acordarse al vencimiento del citado término.

CUARTO: En materia de costas de conformidad con el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa, no se aprecian motivos que determinen una especial imposición de costas.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación en nombre de S.M. El Rey

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

PARTE DISPOSITIVA:

SE ACUERDA LA SUSPENSIÓN CAUTELAR DE LA OBLIGACIÓN DE SALIDA VOLUNTARIA DEL PAIS que establece la Resolución de 16 de junio de 2005 dictada por la Delegación de Gobierno.

SE ACUERDA LA MEDIDA CAUTELAR POSITIVA DE QUE LA ADMINISTRACIÓN CONCEDA PROVISIONALMENTE AL RECURRENTE D. CLAUDIO ALEJANDRO EUGENIO MERCHAN, UN PERMISO DE TRABAJO POR CUENTA AJENA POR EL PLAZO DE UN AÑO, A CONTAR A PARTIR DE LA FECHA DE ESTA RESOLUCIÓN, con independencia de lo que pudiera adoptarse al vencimiento del citado plazo.

Todo ello sin hacer expresa imposición de costas.

Contra este auto cabe interponer recurso de apelación en un solo efecto para ante la Sala de lo Contencioso en el plazo de quince días que deberá presentarse con escrito razonado y contendrá las argumentaciones en que se fundamente el recurso.

Así lo acuerda manda y firma Dña. Carmen Frigola Castillon, Magistrada Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Palma de Mallorca; doy fe.