

TRIBUNAL SUPREMO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Nº de Recurso: 10558/1998

En la Villa de Madrid, a cinco de Marzo de dos mil tres.

Visto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Cuarta por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto por la ADMINISTRACION DEL ESTADO, representada por el Abogado adscrito a sus Servicios Jurídicos contra la Sentencia dictada con fecha 5 de octubre de 1.998 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, en el recurso nº 7/1997, sobre denegación de permiso de residencia; siendo parte recurrida DON Marcelino

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito de 2 de enero de 1.997, Don Marcelino interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de 12 de noviembre de 1.996 de la Dirección Provincial de Murcia del Ministerio de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales por la que se le deniega el permiso de residencia, y tras los trámites pertinentes, el citado recurso contencioso-administrativo terminó por sentencia de 5 de octubre de 1.998, cuyo fallo es del siguiente tenor: 1.- Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Marcelino frente a la resolución de 12 de noviembre de 1996 de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Murcia, y anular este acto administrativo, por no ser conforme a Derecho, a los exclusivos efectos de que se dicte una nueva resolución pronunciándose sobre la solicitud de permiso presentada por el demandante, pero sin valorar como obstáculo o impedimento para su tramitación el Informe de la Brigada de Extranjería y Documentación obrante en el expediente. 2.- No hacer imposición de costas".

SEGUNDO.- El Abogado del Estado por escrito de 15 de octubre de 1.998, manifiesta su intención de preparar recurso de casación, y por Providencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia de fecha 16 de octubre de 1.998, se tuvo por preparado el recurso de casación, ordenándose la remisión de los autos y el emplazamiento de las partes para su comparecencia ante este Tribunal Supremo.

TERCERO.- Emplazadas las partes el recurrente, compareció en tiempo y forma ante este Alto Tribunal, al tiempo que formuló en fecha 18 de enero de 1.999 el escrito de interposición del recurso de casación, en el cual solicitó, estime dicho recurso, revocando la recurrida y declarando ser justos y conformes a Derecho los actos impugnados.

No comparece ante la Sala en concepto de recurrido Don Marcelino.

CUARTO.- Mediante Providencia de la Sala de fecha 22 de diciembre de 1.999 se admitió el recurso de casación interpuesto por la Administración del Estado y, visto que no se ha personado la parte recurrida en el plazo establecido, quedaron los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo cuando por turno correspondiese.

QUINTO.- Acordado señalar para la votación y fallo fue fijado a tal fin el día 26 de febrero de 2.003, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Si bien la postura de la parte recurrente ha de ser congruente con la observada en la instancia anterior, desechando por constituir una cuestión nueva, no planteada al Tribunal de instancia, la exposición argumental que no hubiese sido alegada ante este último, esa regla puede sufrir una excepción en aquellos casos en que se impugne la doctrina sentada en la sentencia objeto de recurso, ya que en tal circunstancia se pretende la revisión casacional de los argumentos jurídicos tenidos en cuenta de manera efectiva en esta última para llegar a la conclusión que en definitiva se combate.

En el caso presente el Abogado del Estado ha basado su oposición al recurso contencioso en una serie de alegaciones genéricas de una cierta vaguedad, pero que parecen concretarse en la falta de acreditación de la ausencia de demostración de la estabilidad, permanencia y arraigo del solicitante en la nación española; cuando lo cierto es que nada tiene que ver esa circunstancia (ni siquiera mencionada por la Administración en la resolución que es objeto de procedimiento) con el motivo de denegación del permiso de residencia, pese a lo cual su representante apoya el recurso de casación en dos motivos que ninguna relación guardan las primitivas alegaciones.

Sin embargo, y desde el momento en que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia sí se refiere específicamente en sus razonamientos a los motivos que realmente dieron lugar a la denegación del permiso, desechando su aplicación a este caso concreto, la Sala entrará a examinar los mismos pese a la evidente discordancia entre lo que ahora se arguye y lo primitivamente sostenido en la contestación a la demanda.

SEGUNDO.- La infracción de la Disposición Transitoria Tercera 1 c) del R.D. 155/96 y de su correlativo apartado en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de abril del mismo año - que se limita a reproducir el texto de la norma primeramente citada- comienza por hacer constar que no es necesario el que se hubiese dictado una resolución de expulsión contra el extranjero demandante para que concurra el motivo de denegación del permiso apreciado, bastando con que se encuentre incurso en las situaciones previstas en los apartados c) y d) del artículo 26 de la Ley Orgánica de 1 de julio de 1.985, aunque el expediente no se hubiese tramitado. En consecuencia se impugna la declaración efectuada en la sentencia de instancia cuando en el tercero de sus fundamentos jurídicos, y después de afirmar que es a la Administración a quien incumbe probar la existencia de hechos determinantes de la falta del requisito del apartado 1 c) de la Disposición Transitoria mencionada, estima la demanda partiendo de la falta de constancia de que el demandante hubiese sido objeto de una resolución de expulsión.

Asiste la razón al Abogado del Estado en este punto. La Disposición Transitoria aludida no condiciona la denegación del permiso de trabajo y residencia a la existencia de una resolución de expulsión, sino a la concurrencia de los motivos que hubiesen podido dar lugar a la misma y que figuran recogidos en los apartados c) y d) del artículo 26 de la Ley Orgánica de extranjería, con lo que resultaría errado el fundar la estimación de la demanda en la inexistencia de dicha resolución. Ocurre sin embargo que esa circunstancia carece de valor casacional, puesto que no constituye la razón determinante del pronunciamiento estimatorio.

En el fundamento jurídico tercero se consigna, ciertamente, la inexacta afirmación que se acusa; pero también se completa el razonamiento con la declaración de la falta de datos en el expediente administrativo que permitan apreciar la concurrencia de la existencia de los supuestos de expulsión de los apartados c) y d) del artículo 26.1, a pesar de la inexistencia de una orden de expulsión o de una condena penal que pudiese justificar por sí misma la denegación del permiso; es decir: que junto con la inexistencia de la orden de expulsión que se alega por la Administración se aduce la no concurrencia de los motivos incluidos en los apartados mencionados, aunque el expediente no existiese, razón esta última que es la que da lugar a la estimación de la demanda.

TERCERO.- Desde una segunda perspectiva el Abogado del Estado se esfuerza por demostrar que la simple existencia de dos diligencias penales, archivadas y sobreesidas las primeras y pendientes de juicio las segundas, son motivos suficientes para apreciar que el demandante se encuentra incurso en una conducta contraria al orden público incluida en el apartado 1 c) del artículo 26 de la L.O. de 1 de julio de 1.985 que justifica, por sí misma, la denegación del permiso solicitado. Y ese argumento es la única base del recurso interpuesto, ya que el segundo motivo alegado se limita a citar como infringida la doctrina jurisprudencial interpretativa del precepto.

Pues bien: este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente en estos últimos tiempos sobre la correcta interpretación del concepto de "orden público" en relación con la denegación de permisos de trabajo y residencia a extranjeros (Sentencias de 8 de febrero de 1.999, 4 y 14 de marzo, 18 de abril, 9 de octubre de 2.000, 27 de noviembre de 2.002 y 17 de febrero de 2.003), huyendo tanto de incluirlo en definiciones preconstitucionales y trasnochadas como de la excesiva laxitud que supone el limitarlo a las conductas más graves y directamente atentatorias contra la tranquilidad pública.

En realidad ese concepto jurídico indeterminado se circunscribe al mantenimiento del normal ejercicio de los derechos fundamentales y de la convivencia social, que indudablemente se puede ver alterada por una conducta reiterativa en cualquier tipo de infracciones legales, siquiera éstas no lleguen a revestir el carácter de delitos graves o merezcan una sanción penal.

Por sí sola, la comisión de una simple infracción delictiva cuya penalidad prevista no exceda del tope fijado en el apartado d) del artículo 26, no tiene por qué merecer la denegación del permiso de residencia y trabajo, ya que entonces resultaría superflua la prevención contenida en el mismo; pero eso no significa que carezca de relevancia la constancia de una conducta que ponga en riesgo la normal convivencia ciudadana, siempre que por su reiteración o por las circunstancias específicas concurrentes ponga de manifiesto un probable peligro de alteración de ese orden público que se trata de preservar, siquiera desde el punto de vista restringido que ha quedado expuesto, como equivalente al mantenimiento de la "tranquilidad en la calle".

En el caso contemplado los argumentos del representante de la Administración - formulados un tanto genéricamente- no pueden desvirtuar los razonamientos de la sentencia impugnada, siquiera estos últimos adolezcan de una más completa exposición de los argumentos en que se sustentan, Consta únicamente la existencia de unas diligencias penales archivadas y sobreesidas cuyo origen y motivación se ignora, junto con otras diligencias pendientes de juicio por supuesto robo en el interior de un automóvil; pero al lado de esa circunstancia consta igualmente que el demandante había obtenido permiso de trabajo durante varios años seguidos, y que incluso la renovación de éste le había sido concedida a fines de 1.994, sin que aparezca ningún otro antecedente hasta la

solicitud de regularización amparada por la Disposición Transitoria Tercera del R.D. 155/96 que dio lugar al informe desfavorable de la Dirección General de Policía, expedido en julio de 1.996; a lo que ha de añadirse que el expediente de expulsión incoado por la Delegación de Gobierno de Murcia a fines de 1.994 (pendiente de resolución del Juzgado en el que se seguían las diligencias penales todavía abiertas) lo fue por el apartado f) del artículo 26.1, cuando precisamente se le otorgaba en aquel entonces el permiso de trabajo solicitado.

Con tan escasos y, en parte, contradictorios elementos no puede sustentarse válidamente un recurso de casación contra la sentencia de instancia, en la medida en que ésta acuerda retrotraer las actuaciones para que la Administración resuelva la solicitud prescindiendo del informe policial aludido.

Se desestiman ambos motivos.

CUARTO.- Ciertamente que la solución correcta sería la de reconocer directamente el derecho del demandante a obtener el permiso solicitado, al no haberse acreditado la existencia de causa alguna que lo impida, y no requerirse cualquier otra actuación complementaria. No obstante, debiendo pronunciarnos dentro de los límites que autoriza el recurso de casación, no habiendo impugnado la sentencia el actor y no siendo lícito reformar la sentencia recurrida en perjuicio de la Administración, la única solución admisible es la desestimación del recurso, con expresa imposición de las costas causadas en este trámite (artículo 102.3 de la Ley jurisdiccional).

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 5 de octubre de 1.998, imponiendo a la recurrente las costas causadas en este trámite.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa , lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente de la misma, Excmo. Sr. D. Rodolfo Soto Vázquez, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico.