

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID**

Sentencia 1213/2013, de 20 de noviembre de 2013

Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 7.ª)

Rec. n.º 472/2013

SUMARIO:

Extranjería. Denegación de la residencia de larga duración. Impugnación y medidas cautelares. Proceso contencioso administrativo. *El proceso cautelar tiene como fin esencial preservar el derecho a la tutela judicial efectiva, derecho fundamental consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución. Se cuestiona en la sentencia la concesión de autorización provisional de la tarjeta de residencia de larga duración durante la tramitación del procedimiento cuya denegación se impugna. La decisión a adoptar en esta instancia no puede ser genérica ni apriorística, sino fruto de un examen detenido de la situación en pendencia litigiosa. La doctrina del «fumus boni iuris» no puede servir para realizar un enjuiciamiento previo de las cuestiones planteadas en el recurso y que corresponden resolver en Sentencia, pues, de otra forma, se corre el riesgo de prejuzgar la cuestión de fondo por medio de este procedimiento incidental de suspensión. La resolución que se impugna en este caso deniega la solicitud de autorización de residencia de larga duración U.E. que, según la resolución había formulado el hoy apelante, quien, según dice, gozaba de un anterior permiso de residencia de larga duración (antigua permanente). La estimación de la medida cautelar positiva solicitada no supone, la autorización de un permiso «ex novo», sino el mantenimiento provisional de un anterior permiso concedido, para lo cual es exigible que el interesado se encuentre en una situación de arraigo. Como resulta que el hoy apelante ha acreditado indiciariamente el arraigo, la Sala entiende, en contra de la conclusión del Juzgador de instancia, que es razonable en el caso concreto, conceder la medida positiva que permita al apelante continuar residiendo y trabajando provisionalmente en España mientras se concluya definitivamente el proceso de que esta pieza separada trae causa, habida cuenta de que lo denegado es una autorización de residencia de larga duración de quien había venido gozando, de autorización de residencia permanente previa. Con el otorgamiento de la tan citada medida cautelar positiva, no se está autorizando la residencia solicitada, sino acordando una prórroga temporal durante el proceso de lo que, hasta el momento, tenía reconocido, por lo que en caso de un pronunciamiento desestimatorio del procedimiento principal, el mismo se podrá indudablemente ejecutar de inmediato una vez sea firme.*

PRECEPTOS:



www.civil-mercantil.com

Constitución Española, art. 24.1.

PONENTE:

Doña Mercedes Moradas Blanco.

Apelación nº 472/2013

PONENTE SRA. Mercedes Moradas Blanco

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SÉPTIMA

Ilmo. Sr. Presidente:

D. Gerardo Martínez Tristán

Ilmos. Sres. Magistrados

D^a Mercedes Moradas Blanco

D. Santiago de Andres Fuentes

En la Villa de Madrid, a veinte de noviembre de dos mil trece.

VISTOS en grado de Apelación, ante la Sección VII de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, los presentes autos sobre Pieza Separada de Medidas Cautelares de Procedimiento Abreviado 359/12, seguidos en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 21 de los de Madrid, en los que figura como PARTE APELANTE: D. Rosendo , representado por el Abogado D. Julian Lopez Martinez. Y como PARTE APELADA: Delegación de Gobierno, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

En los autos expresados y entre las partes referidas y por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 21 de Madrid, se dictó Auto con fecha 31 de enero de 2013 , cuya parte



www.civil-mercantil.com

dispositiva sigue así: No ha lugar a la medida cautelar interesada por el Letrado D. Julian Lopez Martinez, en nombre y representación de D. Rosendo .

Segundo.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de D. Rosendo , que fue admitido, remitiéndose los autos originales a esta Sala de lo Contencioso Administrativo.

Tercero.

Recibidos los autos en esta Sección Séptima, se acordó la formación del Rollo, al que correspondió el nº 472/2.013 de Registro, quedando pendiente de dictar sentencia, después de votación y fallo señalado el día trece de noviembre del año en curso, en que han tenido lugar.

Cuarto.

En la substanciación de este recurso se han observado las formalidades procesales en vigor artículos 80.3 y 85 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa 29/1.998.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

El presente recurso de Apelación tiene por objeto Pieza Separada de Medidas Cautelares de Procedimiento Abreviado 359/12, seguidos en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 21 de los de Madrid, en las que se dicto auto con fecha 31de enero de 2013 , cuya parte dispositiva acordaba denegar la medida solicitada.

Segundo.

Constituye pues el objeto del presente recurso de apelación el Auto de 31 de enero de 2013, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 21 de los de esta Villa, por el que se denegó la medida solicitada por el hoy apelante en relación con la concesión de autorización provisional de la tarjeta de residencia de larga duración durante la tramitación del procedimiento cuya denegación se impugna.

La Abogacía del Estado ha impugnado el recurso de apelación y solicita la desestimación del mismo, insistiendo en que el contenido del acto administrativo recurrido es negativo. Planteado así el debate, en la resolución de la cuestión lo primero a señalar es que, el proceso



cautelar tiene como fin esencial preservar el derecho a la tutela judicial efectiva, derecho fundamental consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución . En relación a ello el Tribunal Constitucional en su Sentencia 14/1992, de 10 de febrero , expresa "... la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el debido cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso...", sin que pueda perderse de vista el que "...la medida cautelar a adoptar en cada caso ha de ser la adecuada a la finalidad de garantizar la efectividad de la tutela judicial que en su día se otorgue..." (STC 148/1993).

A este sencillo esquema pretende responder la regulación que de las medidas cautelares que efectúa la Ley 29/1.998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cuya Exposición de Motivos es suficientemente expresiva, en sí misma, de las ideas rectoras con las que se ha regulado esta materia angular del proceso, (número 5 del apartado VI de dicha Exposición de Motivos). Estas ideas rectoras podrían resumirse en las siguientes: a) La justicia cautelar se configura como instrumento al servicio del derecho a la tutela judicial efectiva; b) El criterio que ha de presidir la adopción de cualquier medida cautelar consiste en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición objeto de recurso puedan hacer perder la finalidad legítima al mismo, pero siempre sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto; y, en fin, c) El criterio de que no existe límite en cuanto a las medidas cautelares que pudieran adoptarse, dándose pie incluso a las de carácter positivo.

Tercero.

Partiendo de que la decisión a adoptar en esta instancia no puede ser genérica ni apriorística, sino fruto de un examen detenido de la situación en pendencia litigiosa, y en este caso a tenor de los datos que constan en las actuaciones a los solos efectos indiciarios propios de la medida cautelar de carácter positivo instada, el recurso de apelación formulado debe ser acogido con carácter favorable, habiéndose tenido en consideración todos los datos relevantes en la ponderación de intereses a salvaguardar a través del pronunciamiento respecto a la adopción de la medida cautelar, esto es lo expuesto por el Juzgador "a quo", lo que no nos impide, pese a ello, llegar a una solución contraria a la que se llegó en la Instancia. Ciertamente la resolución impugnada y cuya suspensión se pretende en esta pieza separada, no acuerda la expulsión del hoy apelante del territorio Español, pues la resolución cuestionada deniega la autorización de residencia, en la modalidad de "larga duración" U. E. (el apelante dice que lo que solicito fue la renovación de residencia de larga duración o permanente que ya se había concedido), por constar antecedentes penales y no acreditar recursos fijos y regulares suficientes para su sostenimiento y en su caso, el de su familia, razón por la que no sería suficiente para acceder a una medida como la pretendida la existencia de un eventual riesgo de daño, como pudiera ser

The logo consists of the letters 'CEF.-' in a bold, white, sans-serif font, set against a dark red rectangular background.

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

que en su día se acordara la expulsión del territorio nacional del apelante, pues esta eventualidad dota de incertidumbre a la posibilidad que se aduce, que puede ser nunca se concrete, siendo preciso en cualquier caso para tal concreción el dictado de una nueva resolución administrativa, resolución que sería la que, en su caso, se pudiera suspender. Por otra parte, y como sostiene el Auto apelado, la resolución cuya suspensión se pretende es de claro contenido negativo razón por la que, así se sostuvo por nuestro Tribunal Supremo en innumerables resoluciones (citaremos, a título de mero ejemplo, los Autos de 8 de Enero de 1.993 y 21 de Junio de 2.000), no cabría acceder a la medida cautelar solicitada pues, caso contrario, la suspensión se confirmaría como un acto positivo, obteniéndose a través de ella lo que había sido negado por el acto material del recurso principal.

Es más, la doctrina del "fumus boni iuris" no puede servir para realizar un enjuiciamiento previo de las cuestiones planteadas en el recurso y que corresponden resolver en Sentencia, pues, de otra forma, se corre el riesgo de prejuzgar la cuestión de fondo por medio de este procedimiento incidental de suspensión, con vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, que también constituye un derecho fundamental, (en este sentido Autos del Tribunal Supremo de 19 de Septiembre y 15 de Noviembre de 1.996).

No obstante todo ello, en el caso concreto, es preciso tener en cuenta que el mismo remite a una resolución administrativa que, como decíamos, deniega la solicitud de autorización de residencia de larga duración U.E. que, según la resolución había formulado el hoy apelante, quien, según dice, gozaba de un anterior permiso de residencia de larga duración (antigua permanente). Se aporta un informe de vida laboral a favor del apelante demostrativo de que desde su llegada a España en diez años ha realizado trabajos por cuenta ajena que le proporcionaban ingresos para su manutención, igualmente aporta certificado del Servicio Público de Empleo Estatal que acredita que el apelante ha participado con aprovechamiento en el curso de panadería y bollería desde el 21 de julio de 29 de enero de 2012. Se aporta un recibo-nomina de junio de 2012, con el devengo y liquido percibido, por realización de trabajos penitenciarios, tras haberle sido adjudicado por la Junta de Tratamiento de Centro Penitenciario, puesto de trabajo en el taller de panadería y con efectos desde el 24 de mayo de 2012. Ante estos hechos, indubitados, la estimación de la medida cautelar positiva solicitada no supone, la autorización de un permiso "ex novo", sino el mantenimiento provisional de un anterior permiso concedido, para lo cual es exigible que el interesado se encuentre en una situación de arraigo. Y en el análisis del arraigo en cada caso particular el Tribunal Supremo ha determinado que los vínculos con el lugar en que se reside, ya sean de tipo económico, social o familiar, son relevantes para apreciar la existencia de arraigo en el territorio y determinantes de la prevalencia de tales vínculos frente al interés general (Sentencias de 28 de Diciembre de



1.998 , 4 de Diciembre de 1.999 y 20 de Enero de 2.001 , entre otras). Como resulta que el hoy apelante ha acreditado indiciariamente el arraigo, esta Sala entiende, en contra de la conclusión del Juzgador de instancia, que es razonable en el caso concreto, conceder la medida positiva que permita al apelante continuar residiendo y trabajando provisionalmente en España mientras se concluya definitivamente el proceso de que esta pieza separada trae causa, previsto para marzo de 2016 y habida cuenta de que lo denegado es una autorización de residencia de larga duración de quien había venido gozando, de autorización de residencia permanente previa, y que ha venido trabajando en un dilatado período de tiempo. El no otorgamiento de lo solicitado, por el contrario, podría generar al apelante, efectivamente y como sostiene, perjuicios completamente irreparables. De contrario, y con el otorgamiento de la tan citada medida cautelar positiva, no se está autorizando la residencia solicitada, sino acordando una prórroga temporal durante el proceso de lo que, hasta el momento, tenía reconocido, por lo que en caso de un pronunciamiento desestimatorio del procedimiento principal, el mismo se podrá indudablemente ejecutar de inmediato una vez sea firme, no estimándose que, en el caso concreto, se causen perjuicios ni graves, ni sensibles al interés general. Es por todo ello, en consecuencia, por lo que procede estimar el presente recurso de apelación.

Cuarto.

. De conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 139 de la Ley 29/1.998, de 13 de Julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede efectuar declaración alguna en cuanto a costas.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por D. Rosendo , representado por el Abogado D. Julián López Martínez, contra el Auto dictado, con fecha 31 de enero de 2012, por el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo nº 21 de los de esta Villa y en la pieza separada de Suspensión dimanante del Procedimiento Abreviado seguido ante el mismo con el nº 359/2.012, el cual, por ser contrario a derecho, revocamos disponiendo, en su lugar, que procede acordar, como medida cautelar positiva en la presente pieza separada, el mantenimiento del permiso de residencia que venía disfrutando el Sr. Rosendo hasta la denegación de la solicitud de autorización de residencia de larga duración que formuló, medida que se dilatará hasta que se dicte resolución definitiva y firme en el proceso principal de que esta pieza separada trae causa, y siempre y cuando se cumplan las correspondientes



www.civil-mercantil.com

exigencias laborales, fiscales y de Seguridad Social; y en consecuencia no debe decretarse durante la tramitación del recurso contencioso administrativo la salida obligatoria de nuestro país del Sr. Rosendo . Y todo ello sin pronunciamiento en costas.

Notifíquese esta Sentencia a las partes en legal forma, haciéndoles la indicación de que contra la misma no cabe interponer recurso ordinario alguno.

Y para que esta Sentencia se lleve a puro y debido efecto, remítase certificación de la misma, junto con los autos originales, al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que dictó la resolución impugnada, el cual deberá acusar recibo dentro del término de diez días, y déjese constancia de lo resuelto en el correspondiente rollo.

Contra la anterior Sentencia no cabe interponer Recurso ordinario alguno.

Así por esta Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública, de lo que, como Secretaria, CERTIFICO.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.