ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

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

En la ciudad de Valencia, a treinta de noviembre de 2010.

La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, compuesta por los Iltmos. Sres. **D. JOSÉ BELLMONT MORA, Presidente, Dª ROSARIO VIDAL MÁS Y D. FERNANDO NIETO MARTIN, Magistrados,** ha pronunciado la siguiente:

SERVICIO DE NOTIFICACIONES Y TRASLADOS DE COPIAS
27 DIC. 2010
NOTIFICADO AL PROCURADOR

S E N T E N C I A NUMERO 708/2010

En el recurso de apelación número 584/2010,

Es parte apelante **la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO,** representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

Es parte apelada **DOÑA** [redacted] representada por la procuradora Doña María del Carmen Jover Andreu y defendida por el letrado Don Francisco Solans Puyuelo.

Constituye el objeto de la apelación un auto dictado el 19 de enero de 2010 por el juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 6 de Valencia, pieza separada de medidas cautelares del proceso 837/2.009.

Esta resolución judicial incluye, en su parte dispositiva, la siguiente declaración:

"... el mantenimiento de los efectos de la concesión de la tarjeta comunitaria hasta la resolución del fondo del asunto".

GENERALITAT VALENCIANA

PAPEL DE OFICIO

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Ha sido magistrado ponente el Sr. D. Fernando Nieto Martín.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El **auto de diecinueve de enero de 2010,** dictado por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 6 de Valencia, en los autos seguidos por los trámites del procedimiento abreviado y de los que trae causa el presente rollo de apelación, decía literalmente en su fallo:

"Debo acordar y acuerdo haber lugar a la adopción de la medida cautelar interesada, el mantenimiento de los efectos de la concesión de la tarjeta comunitaria hasta la resolución del fondo del asunto".

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación en plazo y forma por la Administración demandada y, admitido en ambos efectos, sin que ninguna de las partes propusiese la práctica de prueba, siendo seguido el recurso con arreglo a los trámites de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, quedando los autos conclusos para dictar sentencia.

Se ha señalado para la votación y fallo del recurso el día treinta de noviembre de 2010.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Administración del Estado cuestiona, en la segunda instancia, la adecuación a Derecho de un auto dictado el 19 de enero de 2010 por el juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 6 de Valencia, pieza separada de medidas cautelares del proceso 837/2.009.

Esta **resolución judicial** incluye, en su parte dispositiva, la siguiente declaración:

"... el mantenimiento de los efectos de la concesión de la tarjeta comunitaria hasta la resolución del fondo del asunto".

GENERALITAT VALENCIANA

PAPEL DE OFICIO

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Las circunstancias que valora el juzgado de instancia para llegar a dicho resultado son las de que:

- *"... sin que por otra parte podamos obviar el principio del fumus boni iuris, y en este caso, el perjuicio de difícil reparación que se le irrogaría al recurrente nos debe llevar a la estimación de la medida cautelar interesada".*
- *"dado que la recurrente se encontraría en territorio español irregularmente y sin posibilidad de trabajar, sin perjuicio de la valoración del fondo del asunto, postura que viene siendo mantenida en supuestos similares por la Sala de lo Contencioso administrativo del TSJ de la Comunidad Valenciana, sentencias de fecha 10-7-09 y 9-6-09 dictadas por la Sección Quinta".*

SEGUNDO.- El **recurso de apelación** mantiene que el resultado judicial contraría lo dispuesto en los *artículos 129 y siguientes de la Ley Jurisdiccional* porque (**a**) la solicitud cautelar incide sobre una actuación administrativa de carácter negativo, *sustituyéndose* – por los juzgados y/o tribunales de lo Contencioso-administrativo, en el caso de que se acceda a la pretensión formulada por la parte actora, del modo declarado por el juzgado de instancia – el *ámbito de decisión* que el ordenamiento jurídico reconoce a los Entes de Derecho público por parte de órganos judiciales.

En términos de las páginas 1ª y 2ª, recurso de apelación:

"... supone que sea el Juez quien otorgue un permiso provisional (...) una reiterada jurisprudencia ha declarado que la suspensión de un acto denegatorio de una autorización equivaldría a conceder provisionalmente la misma, lo que es incompatible con el carácter propio de la medida cautelar".

La parte actora evitó justificar, en el seno de la pieza separada de medidas cautelares del recurso, la vigencia de (**b**) perjuicios de difícil o imposible reparación causados por la falta de concesión de la medida cautelar positiva que ha pedido en la controversia. Y es que – en criterio de esa parte procesal -:

"... hay que señalar que es jurisprudencia consolidada el exigir que sea la

GENERALITAT VALENCIANA

PAPEL DE OFICIO

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

parte recurrente quien acredite los perjuicios de imposible o difícil reparación que se le vayan a causar y que van en íntima conexión con el arraigo que se acredite, debiendo por ello probar la existencia de intereses familiares, sociales y económicos que se verían seriamente perjudicados al no acceder a la medida cautelar solicitada de contrario" (páginas 3ª y 4ª).

TERCERO.- No accedemos a la revocación del auto de 19 enero 2010.

La decisión del tribunal parte de estos razonamientos:

1.- El "cumplimiento de la norma" no equivale a que los órganos judiciales adscritos a lo Contencioso-administrativo carezcan de potestad suficiente para comprobar si – y en función de los singulares perfiles fácticos que presente cada litigio –, el interés público defendido por la Administración del Estado tiene/no tiene mayor fuerza frente al que ofrece el peticionario de la heterotutela cautelar.

A ello cabe adicionar la circunstancia de que el reconocimiento de una medida cautelar positiva sí se encuentra dentro de la órbita de poderes que el ordenamiento jurídico y la doctrina jurisprudencial aplicable ponen en manos de la jurisdicción así como que en la atribución de la misma por parte del Juzgado nº 6 de Valencia no ha existido *exceso* alguno que afecte al *legítimo ejercicio de las competencias propias* que el Derecho concede al órgano administrativo a quien atribuye el poder para resolver, en el *fondo*, sobre una solicitud como la que formuló Doña [redacted]

Y es que:

- La falta de concesión de una tarjeta de residente de familiar comunitario sí ocasiona (parece obvio) un menoscabo a quien formula dicha petición, sin que éste quede excluido porque la actuación procedente de una fuente de poder público frente a la que se plantea el contencioso tenga un contenido "negativo".

- Ese carácter "negativo" tampoco basta para rechazar la medida cautelar que planteó la Sra. [redacted] cuando existe reiterada doctrina jurisprudencial (tanto del Tribunal Constitucional como de la Sala 3ª del Tribunal Supremo) que recuerdan la *extensión y amplitud de miras* propias de la vertiente "cautelar" del derecho a la tutela judicial efectiva.

GENERALITAT VALENCIANA

PAPEL DE OFICIO

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

2.- En cuanto al análisis y consideración de los intereses públicos/privados en juego, el escrito de apelación señala que existe una prevalencia de los primeros, así como que:

"...es jurisprudencia consolidada el exigir que sea la parte recurrente quien acredite los perjuicios de imposible o difícil reparación que se le vayan a causar y que van en íntima conexión con el arraigo que se acredite" (página 3ª, apelación).

En esta sede – tal como hemos adelantado en el encabezamiento del Tercer Fundamento de Derecho -, la respuesta del tribunal es discrepante con aquélla por la que aboga la Abogacía del Estado.

Y ello es así en función de que:

a.- El *molde genérico* donde se deben examinar las circunstancias propias del/de la solicitante de la tarjeta de residente de familiar comunitario viene conformado por la doctrina de esta Sección 5ª, doctrina a tenor de la que *sólo en supuestos muy excepcionales y que muestren un especial arraigo familiar/personal* cabrá reconocer el derecho a lograr la concesión de una medida consistente en la renovación del permiso de residencia y trabajo – aquí, tarjeta de residente comunitario - durante el tiempo al que alcance el contencioso-administrativo.

Ese especial arraigo familiar/personal requiere, en la mayor parte de los casos – en criterio de la Sección 5ª del tribunal -, la *tenencia de hijos menores de edad que dependan económicamente, de forma absoluta/mayoritaria del progenitor* que haya solicitado la medida cautelar.

El *arraigo social* tiene, en esta sede, una relevancia secundaria. No obstante, sus rasgos propios, específicos de cada supuesto, deben ser visualizados y ponderados en el caso de que el peticionario de la heterotutela cuente con un trascendente arraigo familiar/personal.

b.- Este molde es sustancialmente diverso al mantenido por la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ Comunidad Valenciana, Sección que

GENERALITAT VALENCIANA

PAPEL DE OFICIO

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

disponía de la competencia para conocer de los recursos de apelación sobre materias vinculadas con la extranjería hasta el mes de enero de 2009.

La casi totalidad de las sentencias de esta Sección dictadas en el seno de las medidas cautelares positivas en supuestos de renovación de autorizaciones de residencia y trabajo niegan el reconocimiento estas medidas. Y lo hacen sin analizar y tomar en consideración, de forma alguna, el supuesto de hecho, de vinculación familiar, afectiva y laboral con el territorio español, que caracterice la solicitud cautelar formulada por la parte actora.

c.- Éstas son las alegaciones que, vinculadas con la temática del arraigo familiar, incluye el escrito de oposición a la apelación:

"... Se trata de una ciudadana madre de menor española a su cargo, como así se demuestra en los documentos aportados junto al escrito de demanda (certificado de nacimiento de la menor, sentencia de divorcio, certificado de empadronamiento conjunto), que lleva cinco años en España como residente legal (...) y con trabajo (...) le causaría perjuicios graves de imposible o difícil reparación, como también se acreditó en el escrito de demanda: quedarse sin trabajo al verse extinguido su permiso le haría muy difícil poder seguir manteniendo a su hija, de nacionalidad española" (Alegación Cuarta).

d.- Siguiendo el criterio genérico del tribunal, estimamos que la tenencia de un importe *"arraigo familiar"* en la parte actora sí dispone de significación bastante como para determinar el resultado de concesión de la medida cautelar positiva que la Sra. [redacted] ha pedido en el recurso 837/2009.

Y ello es así en función de que esta parte procesal acreditó, en primera instancia, una serie de datos de esencial relevancia a la hora de concluir que la petición de esta persona física queda incardinada dentro del *criterio legal* que, al respecto, mantiene la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJCV (Sección 5ª) para acceder a la concesión de una medida cautelar de índole positivo consistente en el reconocimiento del derecho a lograr una renovación de un permiso de residencia y trabajo/tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión Europea durante el tiempo de despliegue de la controversia judicial:

GENERALITAT VALENCIANA

PAPEL DE OFICIO

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

- En el momento de formular la solicitud cautelar se había dictado ya una sentencia de divorcio de los progenitores del menor de edad que, en su caso, puede avalar el reconocimiento de la medida cautelar positiva de que se trata.

- La contribución económica mensual del padre al mantenimiento del menor, cuya guarda y custodia fue concedida a la recurrente, es únicamente la de 120 €/mes.

- Es, entonces, ineludible que la Sra. [redacted] pueda desarrollar una actividad laboral durante el tiempo de pendencia del conflicto si se quiere asegurar, durante ese tiempo, la protección y tutela de un menor de edad (que, además, cuenta con la nacionalidad española).

Para comprobar la coincidencia entre declaraciones judiciales y datos de hecho que recoge el procedimiento de primera instancia, reproducimos aquí los siguientes apartados de la sentencia de divorcio.

Se trata de una *sentencia del Juzgado*

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el *artículo 139.2 Ley Jurisdiccional,* se imponen las costas procesales causadas en esta segunda instancia a la parte apelante.

La cuantía de la mismas se fija, según el criterio continuado que mantiene el tribunal, en un importe de 508,75 €, correspondiendo de este importe 375 € por honorarios de letrado y 133,75 € en concepto de derechos de procurador.

FALLAMOS

1.- DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO contra un auto dictado el 19 de enero de 2010 por el juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 6 de Valencia, pieza separada de medidas cautelares del proceso 837/2.009.

Esta resolución judicial incluye, en su parte dispositiva, la siguiente declaración:

GENERALITAT VALENCIANA

PAPEL DE OFICIO

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

"... el mantenimiento de los efectos de la concesión de la tarjeta comunitaria hasta la resolución del fondo del asunto".

2.- ESTABLECER la conformidad a Derecho de esta resolución judicial

3.- IMPONER la totalidad de las costas procesales causadas en la segunda instancia a la parte apelante.

Así por esta nuestra sentencia de la que quedará testimonio en autos para su notificación, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Fernando Nieto Martín que ha sido ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El Secretario, rubricado.

GENERALITAT VALENCIANA

PAPEL DE OFICIO