

14/10/11

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 3 DE BILBAO (BIZKAIA)(E)KO ADMINISTRAZIOAREKIKO AUZIEN 3 ZK.KO EPAITEGIA

BARROETA ALDAMAR 10-5ª PLANTA - C.P./PK: 48001

Tel.: 94-4016704
Fax: 94-4016990

N.I.G. / IZO: 48.04.3-11/001036

Procedimiento Origen / Jatorrizko Prozedura: Proced abreviado/Prozedura laburtua 181/2011

Medida cautelar ordinaria / Kautelazko neurri arrunta 45/2011

A 15
26891 3
09

Demandante / Demandatzailea

Representante / Ordezkaria: FRANCISCO JAVIER GALPARSORO GARCIA

Administración demandada / Administrazio demandatua: SUBDELEGACION DE GOBIERNO EN BIZKAIA

Representante / Ordezkaria:

ACTUACION RECURRIDA / ERREKURRITUTAKO JARDUNA:

RESOLUCION DE LA SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN BIZKAIA DE 21.02.2011 QUE DENEGABA LA AUTORIZACION DE RESIDENCIA DE LARGA DURACION RECAIDA EN EXPDTE 489920100007568.

CEDULA DE NOTIFICACION.-

En el recurso contencioso - administrativo de referencia, se ha dictado la resolución que a continuación se reproduce:

JAKINARAZPEN-ZEDULA

Aipatutako administrazioarekiko auzi-errekurtsoan, hurrengo ebazpena eman da:

AUTO

Dña. MARGARITA DIAZ PEREZ

En BILBAO (BIZKAIA), a diez de octubre de dos mil once.

HECHOS

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso-administrativo, interpuesto por el letrado Sr. Galparsoro Garcia en nombre de _____, contra la actuación administrativa referenciada, se ha solicitado por la parte recurrente, la adopción de la siguiente medida cautelar: QUE SE CONCEDA LA AUTORIZACION DE RESIDENCIA DE LARGA DURACION CON CARACTER ANTITIPADO Y PROVISIONAL A FAVOR DEL DEMANDANTE.

SEGUNDO.- Formada la correspondiente pieza separada, se ha concedido a la parte demandada un plazo de diez días, para que pudieran alegar lo que estimaran pertinente sobre la medida solicitada, habiendo presentado escrito el Sr. Abogado del Estado solicitando sea mantenida la ejecutividad del acto recurrido y en consecuencia denegada la medida cautelar interesada de contrario.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Mediante escrito fechado el 28 de junio de 2.011, la representación procesal de D. [redacted] interesa, al amparo de lo dispuesto en los art. 129 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción, la adopción de medida cautelar de contenido positivo, consistente en que se conceda autorización de residencia de larga duración, con carácter anticipado y provisional a favor del recurrente, permitiéndole la realización de las actividades laborales, como ha venido desarrollando hasta la actualidad.

Aduce, en síntesis, que de no adoptarse esa medida, y dada la tardanza en el señalamiento de la vista oral, se producirían perjuicios importantes que harían perder su finalidad legítima al recurso, habida cuenta de la existencia de un notable arraigo del Sr. [redacted] en nuestro país, que viene residiendo hace ocho años en España y ha ostentado anteriormente autorización de residencia y trabajo. Y se vería obligado a una situación de marginalidad, ya que al no poder trabajar legalmente en ninguna otra actividad, estaría abocado a la subsistencia a través de prestaciones públicas a las que podría tener derecho.

Hay una probabilidad razonable de estimación del recurso conforme a la reiterada doctrina del denominado "fumus boni iuris", en sintonía con las sentencias del Tribunal Supremo de 28/06/00 o 05/12/00.

Por último, se indica que la medida no perturba ni el orden público ni los intereses de terceros, sino que antes al contrario beneficia al Estado.

SEGUNDO.- El abogado del Estado se ha opuesto a la pretensión actora, arguyendo, en resumen, que la resolución cuya suspensión se pretende es la denegación de una autorización de residencia de larga duración, acto que por tener carácter negativo, no es susceptible de suspensión; y que en todo caso, el

recurrente no ha cumplido con la carga procesal de acreditar el riesgo cierto, real, concreto, determinado, existente e inminente, que le acarrearía la ejecución del acto impugnado.

TERCERO.- El régimen de medidas cautelares establecido por la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, contempla la necesaria concurrencia de una situación de peligro para la preservación del objeto litigioso -periculum in mora- como presupuesto material para la viabilidad del incidente. El art. 130.1 de la Ley Jurisdiccional de 1998 cifra este presupuesto en la apreciación de que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición impugnada pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso jurisdiccional.

La apreciación de la anterior circunstancia no es por sí misma determinante de la adopción de la medida precautoria, sino que, a partir de ella, debe proceder el órgano judicial a la valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, dando lugar a la adopción de la medida solicitada cuando así resulte de la aplicación del método ponderativo dirigido a establecer la prevalencia en la preservación reforzada de alguno de los intereses legítimos en presencia.

A este efecto, también se dispone por el legislador la valoración reforzada del interés referido a la inmediata ejecución de la actuación recurrida, cuando de la medida cautelar pudiera seguirse la perturbación grave de los intereses generales o de tercero, explicitados de manera circunstanciada-art. 130.2 de la Ley 29/1998-.

En caso contrario, -si las medidas precautorias se concedieran sin que exista riesgo que precaver o si su necesidad no resultara de la evaluación ponderativa de los intereses legítimos en presencia- no se estaría ante la adopción de "medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso", como la Exposición de Motivos autoriza cuando "resulte necesario", sino ante una suerte de justicia provisional que la Ley Jurisdiccional no contempla ni permite.

Se sigue de lo anterior que, en la adopción de la medida de suspensión, mantiene toda su vigencia el método de enjuiciamiento deducible de las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1997 y 4 de noviembre de 1997, a cuyo tenor:

1º) Como presupuesto primero y básico, el órgano judicial ha de apreciar que la ejecución del acto administrativo pueda perjudicar el efecto útil de una hipotética sentencia estimatoria, -periculum in mora-; de forma que sólo es necesaria la medida cautelar cuando se constata el riesgo en la preservación del derecho a la efectividad de la sentencia.

2º) La ponderación de los intereses en conflicto afectados por la inmediata ejecución, ha de considerar, exclusivamente, a los que puedan tenerse como intereses calificables de legítimos, y ha de respetar la regla especial referida a las circunstancias de grave afección al interés público comprometido en la ejecución y a los intereses de terceras personas a cuyo favor se derivasen derechos del propio acto impugnado.

3º) En orden a la calificación como legítimos de los intereses en presencia y como factor decantador de las dudas que arroje la evaluación ponderativa de los intereses contrapuestos, sigue resultando pertinente la aplicación del principio de tutela de la apariencia de buen derecho.

Como es práctica usual en nuestra jurisprudencia, no es necesario que el demandante de la medida cautelar pruebe que el perjuicio se producirá de modo inevitable; basta con que acredite la probabilidad razonable de que se produzca si la cautela no se adopta. La apreciación del perjuicio y su valoración ha de hacerse en relación con los derechos litigiosos. Se trata de evitar que éstos se vean menoscabados de una manera tal que se impida o se dificulte sensiblemente el efecto útil de la hipotética sentencia futura.

Toda vez que se interesa medida cautelar de carácter positivo, es obligado significar que la regla general es que no puede otorgarse en vía de la tutela cautelar lo que constituye el objeto del pleito principal, porque supondría anticipar el fallo de la sentencia que en su día recaiga en los autos principales. Así, como acto negativo expreso en que consiste la denegación de los permisos de trabajo y residencia, en la práctica es casi imposible que pueda acordarse como efecto positivo su otorgamiento, porque en caso contrario obtendría por el camino de las medidas cautelares el efecto pretendido en el pleito principal. La STSJ del País Vasco del 13 de junio de 2008 (ROJ: STSJ PV 1457/2008) Recurso: 453/2008 Ponente: ANGEL RUIZ RUIZ, en un supuesto de denegación de la renovación ha declarado: *"La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en relación con medidas cautelares positivas solicitadas, como es nuestro caso, no accede a la concesión provisional del permiso de residencia y de trabajo que se deniega en las*

resoluciones administrativas impugnadas sino que, en su caso, lo que se acepta como medida cautelar positiva es suspender las consecuencias negativas que se derivan del acto administrativo de contenido negativo - denegación de permiso de residencia- y que se traducen en la orden de salida del territorio español derivada de las resoluciones administrativas que deniegan el permiso de residencia y de trabajo.

La conclusión de lo anterior y de las pautas que sigue la Sala al enfrentarse a debates vinculados a medidas cautelares en supuestos análogos al de autos, es el rechazo de medidas cautelares positivas, en concreto de la pedida por el apelante; por ello, procede desestimar el recurso de apelación y confirmar el auto recurrido."

No obstante, la más reciente doctrina de la Sala, de la que es exponente la sentencia de 20 de enero de 2.010 (citada en posteriores, como la de 26 de octubre de 2.010) partiendo del régimen legal de las medidas cautelares configurado por la Ley de 1998 y con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo reconoce la viabilidad de las medidas cautelares positivas en los siguientes términos: *"Pues bien, aun cuando desde la perspectiva legal nada impida la adopción de una medida cautelar de carácter positivo tras haber perdido vigencia la anterior doctrina jurisprudencial, lo que resulta inexcusable en el nuevo régimen cautelar, es que (1) la no adopción de la medida positiva haga perder al recurso su finalidad al causar perjuicios de difícil reparación o crear situaciones irreversibles, (2) que la medida positiva resulte necesaria para preservar el efecto útil de la sentencia, y (3) que el interés que con la medida positiva se trate de proteger resulte prevalente respecto del interés público en presencia."*

Efectivamente, no puede invocarse automáticamente la vieja doctrina jurisprudencial pues el hecho de que con la medida cautelar se obtenga precisamente lo que se pretende en el pleito principal no constituye un obstáculo insalvable para el otorgamiento de medidas cautelares positivas. No es contrario a la esencia o naturaleza de las medidas cautelares que las mismas puedan anticipar preventivamente el sentido de lo querido con la demanda.

Ahora bien, lo cierto es que el uso de tales medidas cautelares, que usualmente reciben el nombre de anticipatorias, debe ser muy moderado y ponderado, en cuanto que suponen un triunfo provisional de la pretensión principal.

Lo que es incontestable es que las medidas cautelares están enderezadas a evitar que el recurso principal pueda perder su legítima finalidad en la medida en que su no adopción pueda producir perjuicios irreparables o de difícil reparación y esto es lo primero que debe ser comprobado.

Si la respuesta es positiva, el tipo de medida solicitada y el hecho de que suponga obtener provisionalmente lo pedido con carácter definitivo no pueden convertirse en argumentos suficientes para denegar la medida pues, en ocasiones, son estas medidas anticipatorias del fallo las únicas útiles y efectivas en orden de conjurar los riesgos de inutilidad de la eventual sentencia estimatoria.

Y es lo que sucede en el presente caso, donde, sin necesidad de la práctica de la prueba instada, resulta que el ciudadano extranjero lleva más de cinco años viviendo en España y haciéndolo de forma legal. Esto ha determinado la existencia de unos vínculos sociales y, sobre todo, profesionales -según acredita la "vida laboral" incorporada a los autos, que refleja una situación de alta de 2.088 días- que se podrían truncar de denegarle la autorización solicitada. No basta por ello con conjurar el efecto de una posible expulsión o salida obligatoria, pues si de verdad queremos asegurar la eficacia de una sentencia estimatoria, que a buen seguro tardará en llegar, es preciso mantener el status quo existente con anterioridad a la resolución denegatoria. Y ese estado de cosas no se conserva sólo con permitir al solicitante la posibilidad de vivir en España, sino que es preciso dar un paso más y permitirle, no solo vivir, sino también residir y trabajar legalmente. En caso contrario, de suspender únicamente el efecto de una posible expulsión o salida obligatoria, se estaría abocando al recurrente a una situación de ilegalidad, si bien consentida, que lo conduciría a buen seguro a la marginalidad pues, para poder mantenerse en España debería, o bien vivir de la ayuda social pública o privada, o bien trabajar en la economía sumergida. Ambas posibilidades suponen, sin ninguna duda, un paso atrás en la situación de arraigo social y profesional de la que goza actualmente.

Dicho esto, ninguna perturbación grave se causa a los intereses generales o de tercero. Por el contrario, mayores perjuicios se causan a la sociedad o al interés público general de desarrollar una política inmigratoria ordenada y legal, que facilite la integración, permitiendo que una persona que residió y trabajó legalmente en nuestro país continúe viviendo en España, pero sin poder trabajar legalmente, convirtiéndola así en presa fácil de la explotación y de la delincuencia.

CUARTO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA, no procede hacer un especial pronunciamiento sobre las costas causadas en el presente incidente.

En atención a lo expuesto,

PARTE DISPOSITIVA

PRIMERO.- ACCEDER A LA MEDIDA CAUTELAR INSTADA EN EL PRESENTE INCIDENTE Y, EN CONSECUENCIA, CONCEDER PROVISIONALMENTE LA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA SOLICITADA.

SEGUNDO.- NO SE HACE ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO EN CUANTO A LAS COSTAS.

Llévese testimonio de esta resolución a los autos principales.

MODO DE IMPUGNAR ESTA RESOLUCIÓN: mediante RECURSO DE APELACIÓN EN UN SOLO EFECTO, por escrito presentado en este Juzgado en el plazo de QUINCE DÍAS, contados desde el siguiente a su notificación (artículo 80.1 de la LJCA), y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito), con nº 47590000850181-11, de un **depósito de 50 euros**, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

Lo acuerda y firma la MAGISTRADO, doy fe.

