



Jutjat Contenciós administratiu núm.5 de Barcelona

Mesures cautelars

INTERLOCUTÒRIA

Data: 10 de juliol de 2015

Lloc: Barcelona

Jutgessa que la dicta: Montserrat Raga Marimon

PARTS

Demandant:

Demandada: Subdelegació del Govern a Barcelona

Fets

Primer.- La part actora va interposar recurs contenciós administratiu davant la resolució dictada per la Subdelegació del Govern a Barcelona de data 28 de gener de 2015 que resol desestimar el recurs de reposició interposat per l'actor contra la resolució desfavorable de l'autorització sol.licitada per l'actor. I demanava en seu de mesures cautelars la suspensió de l'acte administratiu adoptant la mesura cautelar positiva consistent en autoritzar la pròrroga d'estada per estudis sol.licitada per l'actoro o el seu cas es dicti la suspensió relativa a abandonar el territori espanyol fins que es dicti sentència.

Segon.- Es va donar trasllat a la part demandada que va fer les seves alegacions, manifestant que s'oposa a la suspensió de la mesura per no concórrer els requisits legalment previstos.

Montserrat Raga Marimon 25-1



Finalment van quedar les actuacions concloses per resoldre.

Raonaments jurídics

Únic. - Legislació i jurisprudència aplicable

L'article 129.1 de la llei de la jurisdicció contenciosa administrativa disposa que els interessats poden sol·licitar en qualsevol estat del procés l'adopció de totes les mesures que assegurin l'efectivitat de la sentència. I l'article 130 afegeix que amb l'avaluació prèvia circumstanciada de tots els interessos en conflicte, la mesura cautelar es pot acordar únicament quan l'execució de l'acte o l'aplicació de la disposició puguin fer perdre la finalitat legítima en el recurs. Afegint en el seu apartat segon que la mesura cautelar es pot denegar quan se'n pugui derivar una pertorbació greu dels interessos generals o de tercers que el jutge o el tribunal ha de ponderar en forma circumstanciada.

La part actora ens demana la suspensió de l'executivitat de l'acte administratiu i a la vegada l'adopció d'una mesura cautelar positiva.

Començarem per la mesura positiva. És interessant llegir la sentència dictada per la Sala contenciosa administrativa del TSJ de Castelló i Lleó (Burgos) de 13 de juny de 2014 atès que fa una brillant reflexió sobre aquesta qüestió al dir "QUINTO.- Siendo estos hechos relevantes, también es necesario recordar, como también lo hacíamos en estos términos en la sentencia de fecha 18.10.2013 dictada en el recurso de apelación 132/2013, lo que los Tribunales han venido diciendo y aplicando a cerca de la adopción de medidas cautelares positivas en el ámbito de la extranjería. Así al respecto se ha pronunciado esta Sala en sentencia de fecha 5.3.2010, dictada en el recurso de apelación núm. 306/2009, y lo hace en los siguientes términos, que han sido reiterados en otras muchas sentencias, entre ellas las recordadas por la Administración demandada:

Y sentado lo anterior, en el presente caso debemos de indicar en primer lugar que el Auto apelado es conforme a la jurisprudencia aplicable en los supuestos en los que el acto respecto al cual se solicita la suspensión esta acordando la expulsión del recurrente, pero en el presente caso estamos ante una denegación de la renovación de permiso de trabajo y residencia y en estos casos cuando el acto impugnado es un acto de contenido negativo como es el de la denegación de la renovación del permiso de residencia y trabajo, no es dable por la vía de suspensión conceder el permiso denegado, por que ello no esta autorizado por la Justicia cautelar, distinción entre denegación y permiso



que realiza correctamente la sentencia del Tribunal Supremo de 14-3-2000,
Ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos:

"El primer motivo por el que el auto recurrido acuerda desestimar la petición de suspensión del acto recurrido radica en que se trata de un acto negativo al que resulta, en principio, aplicable la doctrina jurisprudencial a cuyo tenor no puede suspenderse la ejecución de un acto de tal naturaleza. Sin embargo, en este punto debemos partir de que la resolución del Gobierno Civil de Alicante de 27 de enero de 1997, la suspensión de cuya ejecución ha sido denegada por el auto impugnado, contiene dos pronunciamientos diferentes: la denegación de la Tarjeta de Residencia de Ciudadano de un Estado miembro de la Comunidad Europea solicitada por D. Jesús Ángel, de nacionalidad británica y la orden de expulsión del territorio nacional. En lo que se refiere a la denegación de la Tarjeta de Residencia de Ciudadano Comunitario ha de afirmarse, como ya ha verificado esta Sala en anteriores resoluciones (autos de 3 de junio de 1991 y 16 de julio de 1991, entre otros), que, por regla general, los actos denegatorios de licencias, autorizaciones o permisos no admiten la suspensión de su ejecución, ya que, dado su contenido negativo, la referida suspensión implicaría la concesión, siquiera sea con carácter temporal (mientras dura la sustanciación del proceso), de la licencia, autorización o permiso denegado por el órgano administrativo"

Continua esta sentencia precisando que: " Una consideración distinta merece la orden de expulsión, con la consiguiente obligación de abandonar el territorio nacional que se impone por la resolución del Gobierno Civil de Alicante de 27 de enero de 1997 al ciudadano británico D. Jesús Ángel, dado que se trata de una medida de carácter positivo que, por su propia naturaleza, admite la posibilidad de que se acuerde la suspensión de la ejecución necesaria para llevarla a cabo."

Por ello el Auto apelado en cuanto a la conclusión que en el mismo se recoge si bien indicando que no porque se trate de un supuesto donde se impugna una resolución de expulsión, sino por que se trata de un acto de contenido negativo y expresamente se esta solicitando como medida cautelar y ello se reitera en el recurso de apelación, a la página 42 del testimonio remitido a la Sala, que se conceda la autorización temporal, lo que ello no esta permitido por vía cautelar, como esta Sala ha reiterado en numerosas ocasiones como las sentencias dictadas en los recursos de apelación 80/2009 de 29 de mayo de 2009, en el recurso 168/2008 con la sentencia de 12 de diciembre de 2008 y 12/2008, sentencia de 30 de abril de 2008 entre otros, sin que en este caso ni siquiera conste que la denegación del permiso adicione el apercibimiento de abandonar España en el plazo que en ella se señala en este extremo en concreto también ha reconocido el Tribunal Supremo la posibilidad de adoptar medidas cautelares, pero limitadas a la materialización de la expulsión, aquí no consta tal apercibimiento y en caso de que así fuere, los razonamientos del Auto serían plenamente aplicables y ajustados a derecho para denegar la medida en cuanto a dicha expulsión, ya que hemos de considerar, que para apreciar la existencia invocada por el recurrente de arraigo, el mero hecho de encontrarse empadronado y haber desarrollado una actividad laboral, no puede significar una situación de arraigo en el sentido indicado de especiales vínculos



familiares sociales y económicos, por lo que no cabe apreciar el mismo sin que tampoco concorra el supuesto de pérdida de la finalidad legítima del recurso, en cuanto a la imposibilidad de reponer las cosas a su estado para el caso de que recayera sentencia estimatoria, todo ello en base a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo entre otras la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 7 mayo 2003, Ponente D. Enrique Lecumberri Martí, por lo que el Auto apelado debe ser confirmado, si bien es cierto que por los Fundamentos de Derecho de esta resolución, ya que en el presente caso la resolución recurrida deniega el permiso de trabajo y residencia solicitado por el recurrente.

En términos similares respecto a la concesión por vía cautelar del permiso de trabajo se pronuncia la sentencia del TS Sala 3ª de 9 enero 2008, de la que ha sido Ponente D. Enrique Cáncer Lalanne, cuando al respecto señala lo siguiente:

"Además el acto administrativo cuya suspensión se insta, es de naturaleza negativa (denegación del permiso de residencia y trabajo), y la adopción de la medida cautelar sería tanto como conceder jurisdiccionalmente el permiso denegado en vía administrativa."

Este criterio ha sido reiteradamente aplicado por esta Sala y por otras Salas del mismo nombre de los demás Tribunales Superiores de Justicia, y se ha hecho porque con base en la citada Jurisprudencia del T.S. era norma general no adoptar una medida cautelar positiva frente a una resolución de carácter negativo, es decir que frente a una resolución que denegaba la autorización o renovación de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, la regla general era no adoptar como medida cautelar la autorización provisional o prorroga de dicha autorización mientras durase la tramitación del correspondiente procedimiento jurisdiccional por considerar que se trataba de una medida cautelar positiva. Sin embargo, también hemos de recordar que este criterio reseñado del T.S. en lo que atañe a la materia de extranjería no ha podido ser corroborado o reformado en tiempos más recientes por dicho T.S. y ello por tratarse de una materia no susceptible de poder ser recurrida en casación, circunstancia esta que ha obligado a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia a entrar (sin el amparo del a unificación del TS) en el examen de la posibilidad o no de poder adoptar en determinados casos medidas cautelares positivas en materia de extranjería, y sobre todo cuando la resolución recurrida deniega la renovación de la autorización de un permiso de trabajo y residencia a un extranjero que ha venido disfrutando con anterioridad de sucesivos permisos de esta naturaleza.

Y para recordar estos nuevos pasos que al respecto van abriendo diferentes sentencias de las Salas de lo Contencioso- Administrativo de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia, reseñamos la sentencia de la Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sec. 2ª del TSJ de Madrid de fecha 13.12.2012, num. 1713/2012, dictada en el rec. 1039/2011 (siendo ponente Cruz Mera, Fátima B. de la) que al respecto ofrece el interesante criterio sobre esta cuestión:



En el presente supuesto nos hallamos ante la denegación de un permiso de residencia de larga duración cuyos efectos jurídicos y ejecutivos, según sostiene el apelante, no se solicita que sean suspendidos, sino que lo que pretende es que como medida cautelar positiva se acuerde la prórroga de la vigencia de un anterior permiso de residencia (segunda renovación).

El juzgador a quo consideró que en esta pieza de medidas cautelares no es posible acordar una medida que prorrogue los efectos jurídicos de un acto administrativo distinto a aquel que es objeto del recurso principal y que además agotó su vigencia el día 30 de agosto de 2010.

No obstante lo anterior, en atención al contenido positivo de la medida cautelar solicitada y para su debida resolución, debemos partir de la premisa de que la redacción dada al artículo 129.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción no excluye, desde luego, que el órgano jurisdiccional pueda acordar medidas cautelares positivas, pues el precepto utiliza una formulación amplia en cuya virtud los interesados pueden solicitar "... la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia" (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2011), así como de la doctrina expuesta en la Sentencia de la Sección 4º de esta Sala de fecha 7 de noviembre de 2008 (rec. 1216/2008), según la cual, cuando existen posibilidades de que prospere el recurso de fondo, obligar al recurrente a soportar la tardanza del pleito tiene el efecto de afectar a la eficacia del fallo que en su día se pueda dictar, por lo que la medida que se acuerda cohonestada de manera certera los intereses en conflicto. Así lo entiende el Tribunal Supremo en la sentencia de 8 de mayo de 2003, en la que se dice: "Habida cuenta que el contenido del acto recurrido es la denegación de visado de entrada a una ciudadana extranjera residente fuera del territorio nacional, el carácter negativo del acto recurrido parece innegable pero no lo es menos que la recurrente en vía contenciosa de forma expresa ha solicitado una medida cautelar positiva y que en el caso que nos ocupa el esposo de aquella se encuentra residiendo legalmente en España, supuesto éste que es uno de los previstos como justificativos de la concesión de visado de residencia en el Real Decreto 155/96 EDL 1996/14005, en consecuencia tal y como señala la sentencia de instancia, este Tribunal Supremo, por todas auto de 20 de diciembre de 1.990, ha señalado que el derecho a la tutela judicial efectiva "implica, entre otras cosas, el derecho a una tutela cautelar", conclusión que viene impuesta por el principio general del Derecho que se resume en que "la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene razón". Ello "significa el deber que tienen tanto la Administración como los Tribunales de acordar la medida cautelar que sea necesaria para asegurar la plena efectividad del acto terminal (resolución administrativa o, en su caso, judicial)". En definitiva se trata de evitar que el proceso contencioso-administrativo se convierta, para quien se ve obligado a instarlo, en un instrumento inútil y, a la postre, gravoso para la defensa de sus derechos e intereses legítimos, que la eventual sentencia estimatoria resulte ineficaz; en otras palabras, se trata de eludir que la ejecución del acto administrativo impugnado haga perder al recurso contencioso-administrativo su finalidad (fórmula utilizada en el



El ámbito del recurso de amparo por el artículo 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional EDL 1979/3888). Es evidente que tal efecto pernicioso para los derechos e intereses de quien impugna ante esta Jurisdicción un acto o disposición de la Administración sólo se producirá cuando la situación creada por su ejecución resulte irreversible o, no siendo así, sitúe al recurrente en una situación tal que los daños o perjuicios que por ello se le ocasionen sean de una entidad y naturaleza que el ulterior reconocimiento de su derecho en sentencia y la ejecución de ésta, pese a la reversibilidad de la situación creada con la ejecución de la actuación administrativa impugnada, resulten vanos. Resulta, pues, que para conceder a quien la solicita la tutela cautelar, no es suficiente con que, mediante sus alegaciones, acredite que ostenta una apariencia de buen derecho en su pretensión, sino que, además, es preciso que la ejecución del acto administrativo que pretende se suspenda, que, en principio, goza de presunción de legalidad, haya de crear una situación irreversible o que, no siendo tal, cause al interesado daños o perjuicios de difícil o imposible reparación. En definitiva, volvemos al principio, de manera que en cualquier caso han de tenerse presente los criterios del artículo 122.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa EDL 1998/44323, sin olvidar nunca la medida en que el interés público demanda la ejecución (Exposición de Motivos de la misma Ley). Resulta, pues, que en el caso de autos existe, al menos, una apariencia de que la pretensión de la parte actora puede prosperar, éxito de su acción que resultaría precario si teniendo a su cónyuge en España tuviera que esperar a la resolución del recurso para obtener la reagrupación familiar esperada, por lo que, de acuerdo con la doctrina expuesta, procede acordar la medida cautela positiva por cuya virtud durante la sustanciación del presente litigio no será exigible al (a la) recurrente la obtención del visado a que se refiere el acto impugnado"

La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2012, en relación con la adopción de medidas cautelares positivas, nos enseña, recordando la Sentencia de dicho Alto Tribunal 17 de enero de 2011 (recurso 1452/10), que "la redacción dada al artículo 129.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción no excluye, desde luego, que el órgano jurisdiccional pueda acordar medidas cautelares positivas, pues el precepto utiliza una formulación amplia en cuya virtud los interesados pueden solicitar "... la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia". A lo que añade que "cuando se postula una medida cautelar positiva la valoración de las circunstancias concurrentes para determinar su procedencia reviste un perfil singular, en particular en lo que se refiere a la apreciación del periculum in mora, y ello porque la adopción de la medida no supone el mantenimiento de la situación existente sino su modificación, de manera que puede ser precisamente la adopción de la medida - y no su denegación- la que haga perder al litigio su finalidad"...".

Por otra parte, resulta también conveniente traer a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional 148/1993, de 29 de abril, donde formula la siguiente doctrina: "Aunque el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que



corresponde resolver en el proceso principal, sí ha de verificar la concurrencia de un peligro de daño jurídico para el derecho cuya protección se impetra derivado de la pendencia del proceso, del retraso en la emisión del fallo definitivo ("periculum in mora") y la apariencia de que el demandante ostenta el derecho invocado con la consiguiente probable o verosímil ilegalidad de la actuación administrativa ("fumus boni iuris") y, de otro lado, valorar el perjuicio que para el interés general (en este caso asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales) (se trataba de un caso relativo al ejercicio del derecho de huelga en los servicios públicos) acarrearía la adopción de la medida cautelar solicitada".

Teniendo en cuenta las concretas circunstancias del caso, en que el apelante tiene trabajo, está dado de alta en la Seguridad Social y está casado y con un hijo menor de edad, habiendo extinguido por completo las responsabilidades penales y civiles del delito cometido contra la seguridad vial, no resulta proporcionado denegar la medida solicitada, o dicho en otras palabras, como ha afirmado este Tribunal (siguiendo el criterio expuesto en las Sentencias de esta Sala, Sección 7ª, dictadas el 10 de febrero de 2012 (recurso de apelación 2.235/2.011) y 13 de julio de 2012 (recurso de apelación 420/2012) es razonable en el caso concreto conceder la medida positiva solicitada por el recurrente-apelante, 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 autorizaciones temporales de residencia y trabajo previas, con familia, domicilio conocido y trabajando regular y continuadamente en España, cotizando por ello a la Seguridad Social. El no otorgamiento de lo solicitado, por el contrario, podría generar al apelante, efectivamente y como sostiene, perjuicios completamente irreparables, pues la falta de autorización para residir y trabajar le supondría no poder prestar la debida atención a las necesidades, de todo orden, y sustento propio, así como cumplir con las obligaciones económicas que pudiera haber contraído previamente. 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.

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 7ª del TSJ de Madrid de 13.7.2012, num. 911/2012, dictada en el rec. 420/2012 (siendo ponente: Andrés Fuentes, Santiago de) cuando al respecto señala que:

Bien pudiera ser esta última la situación en la que hoy nos encontremos, y por ello precisamente y como ya señaló esta propia Sección en su reciente Sentencia de 10 de febrero de 2.012 (recurso de apelación 2.235/2.011), en la



que confirmamos una medida cautelar positiva otorgada por un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo en un supuesto análogo al hoy analizado, es razonable en el caso concreto conceder la medida positiva que permita a la 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 como dijimos de autorizaciones temporales de residencia y trabajo previas, con familia reagrupada, domicilio conocido, y que está trabajando regular y continuadamente en España en un dilatado período de tiempo, cotizando por ello a la Seguridad Social. El no otorgamiento de lo solicitado, por el contrario, podría generar a la apelante, efectivamente y como sostiene, perjuicios completamente irreparables, pues la falta de autorización para residir y trabajar le supondría no poder prestar la debida atención a las necesidades, de todo orden, y sustento propio, así como cumplir con las obligaciones económicas que pudiera haber contraído previamente. 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.

Parecido criterio acoge la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Murcia, Sec. 2ª, de fecha 30.9.2010, num. 849/2010, dictada en el rec. 33/2010 (siendo ponente: Alonso Díaz-Marta, Leonor), reiterado en cuando al respecto esgrime lo siguiente:

Por ello y, sin prejuzgar el fondo de la cuestión principal, esta Sección entiende que procede confirmar el auto apelado y conceder la medida cautelar positiva, pero no en cuanto conceder la autorización de trabajo y residencia solicitada, ni siquiera provisionalmente mientras se tramita el recurso, porque con ello se está ejerciendo una competencia o potestad que solamente corresponde a la Delegación del Gobierno. Por lo tanto aunque es correcta la medida cautelar adoptada, la misma debe ser matizada en el sentido de suspender la eficacia de la denegación de los permisos solicitados, lo que supone que no se deba expulsar al interesado mientras se tramita el recurso y que sigan teniendo eficacia mientras tanto los permisos inicialmente concedidos.

En sentido similar se pronunció esta Sección entre otras en sentencia 101/07, de 16 de febrero, en el que ante las circunstancias alegadas (el solicitante tenía un hijo nacido en España y en el acto administrativo se acordaba la salida obligatoria de nuestro país) se accedía a la adopción de la medida cautelar, eso sí, dejando claro en el último fundamento jurídico que ello no suponía que se accediera a conceder provisionalmente los permisos de residencia y de trabajo denegados en el acto impugnado; criterio que posteriormente ha seguido manteniéndose en la sentencia 763/2009, de 17 de septiembre. Este mismo criterio ha sido reiterado en TSJ de Murcia Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 2ª, S 30-12-2010, num. 1216/2010, rec. 359/2010. Pte: Sáez Doménech, Abel Ángel.



Más recientemente esta Sala en sentencia de 11 de septiembre de 2013, dictada en el recurso de apelación 151/2013 se ha pronunciado sobre similar medida cautelar positiva en materia de extranjería con el siguiente tenor:

Por todo ello, es procedente acordar la suspensión de la resolución en cuanto a la expulsión.

En cuanto a considerar la prórroga de la autorización de residencia de larga duración, permitiendo que realice trabajo, parece lo más acertado teniendo en cuenta que tiene un contrato en vigor, que se ha suspendido en virtud precisamente de dictarse esta resolución de expulsión, y a la vista de que la empresa contratante muestra su conformidad con volver a contratarle como continuación del contrato que con la misma había celebrado en fecha 23 de mayo de 2013. Por este motivo, teniendo en cuenta que no se trata de concederle un derecho que antes no tenía, sino de seguir manteniendo un derecho que ya tenía reconocido hasta diciembre del año 2017, procede suspender también la resolución administrativa en este aspecto.

Y el pronunciamiento más reciente en el que esta Sala acepta una medida cautelar positiva en materia de extranjería se recoge en la sentencia de 18.10.2013 dictada en el recurso de apelación num. 132/2013 en el que con base en el criterio jurisprudencial arriba transcrito llega a la siguiente conclusión:

"Sentados mencionados criterios jurisprudenciales y aplicando los mismos al concreto supuesto de autos, donde resulta que el extranjero apelante viene residiendo de forma legal y continuada en España desde el año 2.003, que también desde este año hasta la fecha en que se le ha denegado en vía administrativa la autorización de residencia de larga duración ha desempeñado una actividad laboral por el tiempo próximo a los cinco años durante los cuales estuvo dado de autos, que en el momento de solicitar dicha autorización y de resolverse la misma tenía contrato de trabajo en vigor con la empresa "Failde Arroyo José- Carlos" con la que con anterioridad había venido trabajado con cierta frecuencia y regularidad, y que además dicho contrato tenía una duración de un año que vencía el día 17 de junio de 2.013, y que la denegación de la autorización de residencia de larga duración viene motivada en el dato esgrimido por la Administración de que durante los cinco últimos años anteriores a su solicitud se ha ausentado del territorio nacional durante más de un año, circunstancia esta que trata de negar o justificar el apelante en el recurso, teniendo en cuenta todas estas circunstancias, considera la Sala que la denegación de dicha solicitud con la consiguiente caducidad de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena ha provocado la extinción del citado contrato de trabajo y que el apelante no pueda trabajar legalmente en España, amen de que tampoco pueda recibir la asistencia sanitaria con normalidad, consecuencias todas ellas que llevan a la Sala a considerar que en el presente supuesto de no adoptarse la medida cautelar positiva consistente en prorrogar la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena que venía disfrutando el apelante en el momento de formular la solicitud de la autorización de residencia de larga duración hasta que recaiga sentencia firme en el procedimiento principal se causarían al solicitante daños de imposible o muy difícil reparación que en cierto modo

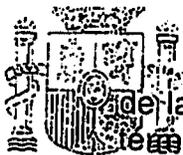


han perder al menos en parte al recurso su finalidad legítima; e insiste la Sala en que de no adoptarse dicha medida se causarían tales perjuicios porque el solicitante no solo perdería el contrato de trabajo que tenía en vigor, sino que además no podría trabajar legalmente en ningún otro trabajo no pudiendo percibir ingresos para atender a sus sustento, ni podría estar dado de alta en la seguridad social con el consiguiente perjuicio en el ámbito de su asistencia sanitaria.

La Sala al adoptar esta medida cautelar de naturaleza positiva lo hace teniendo en cuenta la prórroga automática que contempla el art. 71.1 del RD 557/2011 EDL 2011/36564 por el que se aprueba el nuevo Reglamento de Extranjería para cuando se solicita la renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, considerando que situación similar a la producida en vía administrativa se produce en vía jurisdiccional cuando se impugna una resolución que deniega la autorización de residencia de larga duración, autorización que de facto, en el caso de concederse permitiría continuar con la residencia legal del extranjero en España; y también ha tenido en cuenta la Sala que al acordar dicha prórroga no está concediendo una "autorización ex novo", primero porque no estamos ante un supuesto en que lo denegado en vía administrativa fuera una autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, sino ante un caso en el que el extranjero había sido beneficiado de sucesivas autorizaciones, estando la última en vigor cuando formuló la solicitud de autorización de larga duración.

Y la Sala también es consciente de que con el criterio aquí adoptado modifica su criterio anterior de no adoptar medida cautelar positiva en materia de extranjería; y este cambio de criterio que lleva también a revocar el auto apelado lo adopta la Sala a la vista de las concretas circunstancias que concurren en el supuesto de autos y de los evidentes perjuicios irreparables o de muy difícil reparación que se derivarían para el apelante de no adoptarse dicha medida. Además, considera la Sala que en este cambio de criterio que no se verifica con carácter general sino enjuiciando caso por caso y tras acreditarse de forma bastante esos perjuicios de imposible reparación, tiene también mucho que ver los importantes cambios tanto jurídicos como sociales que concurren en el ámbito de la extranjería en España, jurídicos desde el momento en que legal y reglamentariamente se les ha limitado ciertos derechos entre ellos el de la normal asistencia sanitaria cuando carecen de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, y sociales por cuanto que muchos de los extranjeros que acuden demandando tutela judicial, como en el caso de autos, no son personas que acaban de entrar en territorio español sin ningún tipo de permiso ni de arraigo en España, sino ciudadanos extranjeros que no solo llevan mucho tiempo en España, sino que además durante este tiempo han venido trabajando y residiendo de forma legal y continuada por lo que también concurre en ellos un verdadero arraigo laboral y social.

Todas estas consideraciones son las que han llevado a la Sala a volver a enjuiciar el alcance de las llamadas medidas cautelares positivas en el ámbito



de la extranjería, y por ello a resolver el presente recurso de apelación en los términos dichos, es decir estimando parcialmente dicho recurso de apelación para revocar el auto apelado y en su lugar dictar nueva resolución que estimando parcialmente la medida cautelar solicitada se acuerde, no que se conceda un autorización provisional de residencia y trabajo por cuenta ajena como literalmente reclama la parte actora hoy apelante, sino que acuerde como medida cautelar la prórroga de la vigencia de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena que venía disfrutando el anterior en el momento de formular su solicitud de autorización de residencia de larga duración, prórroga que se acuerda hasta que recaiga sentencia firme en el procedimiento principal; y ello es así porque de este modo se permite al apelante que pueda seguir trabajando para poder atender sus necesidades y que pueda seguir recibiendo asistencia sanitaria como lo había venido haciendo con anterioridad.

Por otro lado, considera la Sala que la adopción de esta prórroga temporal no causa perjuicios a los intereses generales ni a terceros, ya que en definitiva lo que se está permitido con dicha prórroga es que continúe durante el proceso la situación jurídica ya preexistente y que ha perdurado con normalidad durante varios años, sin que por otro lado se haya introducido autorizaciones inexistentes o novedosas que no haya disfrutado con anterioridad el apelante.

Por lo expuesto procede estimar parcialmente el presente recurso de apelación y también parcialmente la medida cautelar solicitada en los términos ya reseñados".

Tenint en compte aquesta jurisprudència, ens trobem davant d'una ciutadà que demana una pròrroga d'estada per estudis, aportant matrícula de l'Escola Tècnica Superior d'arquitectura del Vallès i assegurança d'assistència sanitària.

Per tan, entenc que l'execució de l'acte causaria perjudicis irreparables, com seria la pèrdua de la possibilitat de cursar aquest estudis. Existint, doncs, aquesta aparença de bon dret, que fa que hagi possibilitats de que prosperi el recurs interposat, el que fa necessari adoptar aquesta mesura cauletar per tal d'assegurar l'efectivitat de la mateixa, i evitar que el recurs perdi la seva finalitat.

I respecte a l'acte consistent en abandonar el país, el fet de concedir la pròrroga de l'estada fa que quedi sense efecte.

Part dispositiva

ACORDO estimar la mesura cautelar instada per la part actora en el sentit de suspendre l'execució de l'acte impugnat i prorrogar, fins que recaigui sentència en el procediment principal, la vigència de l'autorització d'estada per estudis



de la qual gaudia d'actora en el moment de demanar la seva pròrroga i suspendre els efectes de l'obligació d'abandonar el territori espanyol.

Notifiqueu aquesta resolució a les parts, i feu-los saber que contra la mateixa hi poden interposar un recurs d'apel·lació davant d'aquest Jutjat en el termini de 15 dies i que serà resolt per la Sala contenciosa administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya.

Així ho acordo i ho signo.