



Roj: **STSJ CL 4129/2015 - ECLI:ES:TSJCL:2015:4129**

Id Cendoj: **09059330012015100165**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Burgos**

Sección: **1**

Fecha: **11/09/2015**

Nº de Recurso: **93/2015**

Nº de Resolución: **176/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARIA BEGOÑA GONZALEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CASTILLA-LEON SALA CON/AD

BURGOS

SENTENCIA: 00176/2015

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE

CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS

SECCION 1ª

Presidente/allmo. Sr. D. Eusebio Revilla Revilla

SENTENCIA DE APELACIÓN

Número: 176/2015

Rollo de APELACIÓN N° : 93 / 2015

Fecha : 11/09/2015

Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de Soria, pieza separada de medidas cautelares del procedimiento abreviado núm. 89/2015

Ponente D^a. M. Begoña González García

Secretario de Sala : Sr. Sánchez García

Escrito por : FVV

Ilmos. Sres.:

D. Eusebio Revilla Revilla

D^a. M. Begoña González García

D. Luis Miguel Blanco Dominguez

En la ciudad de Burgos, a once de septiembre de dos mil quince.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, ha visto en grado de apelación el recurso núm. 93/2015, interpuesto por la ciudadana de Bolivia Doña Jacinta , representada por el procurador D. Sigfredo Pérez Iglesias y defendida por el Letrado Don José Ángel de Miguel Pérez contra el Auto de fecha 13 de abril de 2.015, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Soria en la pieza separada de medidas cautelares del procedimiento abreviado núm. 89/2015 por el que se acuerda denegar la medida cautelar solicitada; es parte apelada la Subdelegación del Gobierno en Soria, representada y defendida por el Abogado del Estado, en virtud de la representación y defensa que por ley ostenta.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Soria ha dictado en la pieza separada de medidas cautelares del procedimiento abreviado núm. 89/2015, Auto de fecha 13 de abril de 2015, por el que se acuerda denegar la medida cautelar solicitada y ello con expresa imposición de las costas al solicitante.

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución, por el actor se interpuso recurso de apelación mediante escrito de fecha 8 de mayo de 2015, el cual fue admitido a trámite, solicitando se estime el recurso de apelación, revocando el Auto de instancia y en su lugar se dicte otro por el que se estimen íntegramente las peticiones formuladas en la demanda, consistentes en la adopción de medidas cautelares y suspensión de la eficacia del acto administrativo denegatorio de la renovación de la autorización de trabajo y residencia que establece la salida obligatoria del territorio español, durante la sustanciación del presente recurso, así como la autorización expresa que permita a la recurrente residir y trabajar en España en tanto en cuanto se dicte sentencia sobre el fondo de la cuestión.

TERCERO.- De dicho recurso se dio traslado a la parte apelada, que presentó escrito de fecha 22 de mayo de 2015 oponiéndose al mismo y solicitando la desestimación de la apelación confirmando la resolución recurrida, con imposición de costas a la parte apelante.

CUARTO.- Mencionado recurso fue recibido en esta Sala, teniéndose por parte tanto a la apelante como a la apelada. Mencionado recurso ha sido señalado para su votación y fallo el día **diez de septiembre de dos mil quince**. En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Habiéndose designado Magistrado Ponente del presente recurso de Apelación a Doña M. Begoña González García.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se acude ante esta Sala en vía de recurso de apelación interesando la revocación del Auto de fecha 13 de abril de 2015, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Soria en la pieza separada de medidas cautelares del procedimiento abreviado núm. 89/15, por el que se acuerda denegar la medida cautelar solicitada y ello con expresa imposición de las costas al solicitante.

Así, mediante resolución de 5 de marzo de 2015 se confirma en reposición la resolución de 20 de enero de 2015 por la que se acuerda denegar a la actora la solicitud de renovación de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena y ello por aplicación el art. 71.2 del RD 557/2011 por el que se aprueba el Reglamento de Extranjería, y ello porque no se ha trabajado el periodo de seis meses por año y por haber causado baja de forma voluntaria en la relación laboral.

Y esta medida cautelar, una vez se recuerda en dicho Auto los requisitos que se exigen para la adopción de medidas cautelares, así como la jurisprudencia que considera de aplicación se deniega con base en apreciar que tratándose de una resolución que deniega la renovación de una autorización, se trata de un acto de contenido negativo por lo que desestima la medida cautelar solicitada.

SEGUNDO.- Frente a dicho auto se levanta la parte actora esgrimiendo los siguientes motivos de impugnación:

Que la ejecución del acto produce unos perjuicios de reparación difícil e incluso imposible, por la pérdida del puesto de trabajo del que se dispone con contrato en vigor, además de la obligación de abandonar el territorio español, citándose jurisprudencia que avala su petición de medidas cautelares.

Se invoca el principio del Fumus boni iuris, a la vista de las circunstancias concurrentes en el presente caso y la solución legal dada para el caso de la solicitud de la renovación que determina la prórroga de la autorización.

Se alega la existencia de un daño irreparable, cual es la marcha del país que supondrá a su vez la pérdida del trabajo y que la suspensión solicitada no causa grave perjuicio para el interés del Estado, ni de terceros.

TERCERO.- A dicho recurso se opone el Abogado del Estado esgrimiendo los siguientes argumentos:

Que el acto recurrido no permite expulsar a la parte actora del territorio español, pues no tiene contenido ejecutivo la mera advertencia de la obligación de abandonar el territorio español.

Que no se causa un perjuicio irreparable como se precisa en la sentencia de esta Sala de 6 de noviembre de 2012 y que si existe perjuicio para el interés público y que la pretensión de la parte actora adolece de falta de apariencia de buen derecho, por lo que se solicita la confirmación del Auto apelado.

CUARTO.- Vistos los términos en que se plantea el presente recurso se hace necesario precisar y recordar los siguientes extremos:



Primero, que la resolución administrativa impugnada es la resolución de 5 de marzo de 2015 que confirma en reposición la resolución de 20 de enero de 2015 por la que se acuerda denegar a la actora la solicitud de renovación de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena y ello por aplicación el art. 71.2 del RD 557/2011 por el que se aprueba el Reglamento de Extranjería, y ello porque no se ha trabajado el periodo de seis meses por año y por haber causado baja de forma voluntaria en la relación laboral. Denegación que en este caso no incluye como resulta del testimonio remitido la advertencia de la obligatoriedad de salir del país ante la falta de autorización para encontrarse en España en el plazo de 15 días, no obstante lo cual ello resulta de la propia denegación del permiso solicitado y segundo, que la actora con ocasión de la impugnación jurisdiccional de sendas resoluciones reclama que se adopte como medida cautelar la concesión de la autorización de residencia solicitada y ello para que durante la tramitación del presente procedimiento se mantenga la autorización de residencia y trabajo que la solicitante ha venido disfrutando.

QUINTO.- Seguidamente se trata de enjuiciar nuevamente si en el presente caso concurren los requisitos legal y jurisprudencialmente exigibles en interpretación y aplicación de los arts. 129 y siguientes de la LRJCA para adoptar la concreta medida cautelar solicitada por la parte apelante, frente a la resolución administrativa impugnada, que no es otra que se acuerde el otorgamiento provisional a la apelante de la autorización temporal de residencia y trabajo hasta que exista una resolución firme en el presente procedimiento, solicitud que basa dicha parte actora en los motivos reseñados en esta sentencia y que damos por reproducidos, y a la que se opone nuevamente la Administración demandada con base en los razonamientos anteriormente recogidos.

Y para valorar esta pretensión hemos de recordar también los siguientes extremos:

Que la apelante ha venido residiendo y trabajando legalmente en España de forma continuada, al haber sido titular de un permiso de trabajo y residencia desde el 25 de noviembre de 2012 hasta el 24 de noviembre de 2014 y que incluso desde el 25 de noviembre de 2011 aparece dada de Alta en la Seguridad Social, como resulta del informe de vida laboral al folio 67 del testimonio remitido, que así mismo cuenta con un contrato de trabajo en vigor desde el 7 de octubre de 2014, al folio 75 a 76.

SEXTO.- Siendo estos hechos relevantes, también es necesario recordar 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 Don 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. Romeo , 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. Romeo , 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 concurra 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 Don 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, nº 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 cohonesta 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, 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 ámbito del recurso de amparo por el artículo 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). 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 , 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, nº 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, nº 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, nº 1216/2010, rec. 359/2010 . Pte: Sáez Doménech, Abel Ángel.

Y mas 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>>.

SÉPTIMO.- Sentados mencionados criterios jurisprudenciales y aplicando los mismos al concreto supuesto de autos, donde resulta que la apelante viene residiendo de forma legal y continuada en España desde al menos el año 2.011, 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 que se recoge en el folio 67 de autos, durante el cual ha estado dada de alta, que en el momento de solicitar dicha autorización y de resolverse la misma, tenía contrato de trabajo en vigor y que la denegación de la autorización de residencia viene motivada en el dato esgrimido por la Administración de que durante dicho período no se ha trabajado el tiempo mínimo, circunstancia ésta que se trata de justificar en el recurso, invocando las razones que le obligaron a salir del territorio nacional para atender a su madre, 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 la 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 la recurrente en el momento de formular la solicitud de la renovación de la autorización, hasta que recaiga sentencia firme en el procedimiento principal, se causarían al solicitante daños de imposible o muy difícil reparación, que en cierto modo harían 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 la 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 dada 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 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, 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 beneficiario de una previa autorización, estando la última en vigor cuando formuló la solicitud de renovación.

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 la 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 expresa que permita a la recurrente residir y trabajar en España, sino que acuerda como medida cautelar la prórroga de la vigencia de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena que venía disfrutando en el momento de formular su solicitud de renovación de dicha solicitud, prorroga que se acuerda hasta que recaiga sentencia firme en el procedimiento principal; y ello es así porque de este modo se permite a la 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 ha^oya disfrutado con anterioridad la apelante y con ello se impide además la efectividad de cualquier apercibimiento o salida del territorio nacional que la denegación conlleva.

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

ÚLTIMO.- Estimándose parcialmente el recuso de apelación y también la medida cautelar solicitada, procede en aplicación del art. 139.1 y 2 de la LRJCA , no hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes, tanto por las causadas en primera como en segunda instancia.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, ha dictado el siguiente

FALLO

Estimar parcialmente el recurso de apelación núm. 93/2015, interpuesto por la ciudadana de Bolivia Doña Jacinta , representada por el procurador D. Sigfredo Pérez Iglesias y defendida por el Letrado Don José Ángel de Miguel Pérez contra el Auto de fecha 13 de abril de 2.015, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Soria en la pieza separada de medidas cautelares del procedimiento abreviado núm. 89/2015 por el que se acuerda denegar la medida cautelar solicitada.

Y en virtud de dicha estimación parcial se revoca dicho auto para en su lugar dictar nueva resolución en la que, tras estimar parcialmente la solicitud de medida cautelar formulada por la parte actora frente a las resoluciones administrativas impugnadas en autos, la Sala acuerda como medida cautelar la prórroga, hasta que recaiga sentencia firme en el procedimiento principal, de la vigencia de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena que venía disfrutando la recurrente Doña Jacinta , en el momento de formular su solicitud de renovación de la autorización de residencia y trabajo y ello sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes, tanto por las causadas en primera como en segunda instancia.

Notifíquese la presente resolución a las partes.

Esta sentencia es firme, y contra ella no cabe recurso ordinario alguno.

Devuélvase la presente pieza separada de suspensión al Juzgado de procedencia, con certificación de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, debiendo acusar recibo.

Así por este Sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos, los Ilmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala al inicio indicados, de todo lo cual, yo el Secretario, Doy fe