

9/

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

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

Tel.: 94-4016704
Fax: 94-4016990

N.I.G. P.V./ IZO EAE: 48.04.3-13/000416

N.I.G. CGPJ / IZO BJKN :48.020.45.3-2013/0000416

Procedimiento Origen / Jatorrizko Prozedura: Proced.abreviado/Prozedura laburtua 72/2013

Medida cautelar ordinaria / Kautelazko neurri arrunta 20/2013

18/7/13

ZONA	...
JUZGADO	...
REF	303A - 7
DIA	...
PROC	...

Demandante / Demandatzailea:
Representante / Ordezkarria:

Administración demandada / Administrazio demandatua: SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN BIZKAIA
Representante / Ordezkarria:

ACTUACION RECURRIDA / ERREKURRITUTAKO JARDUNA:

RESOLUCION QUE ACUERDA DENEGAR LA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA TEMPORAL INICIAL, ENTENDIÉNDOSE LA MISMA CONTRA LA SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN BIZKAIA (EXPEDIENTE 489920120004169), CON DOMICILIO EN BILBAO, GRAN VÍA 50-2º 48071.

CEDULA DE NOTIFICACION

JAKINARAZPEN-ZEDULA

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

Aipatutako administrazioarekiko auzi-errekurtsuan, hurrengo ebazpena eman da:

AUTO

D./Dña. BEATRIZ PEREZ HERNANDEZ

En BILBAO (BIZKAIA), a once de julio de dos mil trece.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso-administrativo, interpuesto por representado por SUNIVA MARTINEZ ESTARTA contra la actuación administrativa referenciada, se ha solicitado por la parte recurrente, la adopción de la siguiente medida cautelar: acceder a la autorización provisional de la autorización solicitada así como la suspensión de orden de salida obligatoria del territorio español.

SEGUNDO.- Formada la correspondiente pieza separada, se ha concedido a la parte demandada un plazo de 10 DÍAS, para que pudieran alegar lo que estimaran

pertinente sobre la medida solicitada , solicitándose por la administración demandada sea deneada la medida cautelar interesanda.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La parte recurrente - al amparo del régimen de medidas cautelares establecido en el Capítulo II del Título VI de la Ley 29/1998, de 13 de julio-, solicita la medida de autorización provisional de la autorización solicitada por [redacted] así como la suspensión de orden de salida obligatoria del territorio español, en relación a la Resolución de 28 de enero de 2013 de la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de 16-08-2012 del mismo órgano en la que se deniega la autorización de residencia temporal segunda renovación, de conformidad con lo previsto en el art. 197 Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Alega el recurrente que goza de un alto grado de integración y arraigo personal en España, sin que se cause con ello una grave perturbación a los intereses generales o de terceros.

El Abogado del Estado se opone a la adopción de la medida cautelar de conformidad con el contenido del escrito presentado.

SEGUNDO.- El nuevo régimen dado a las medidas cautelares por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, supera el anterior sistema de tipo cautelar único (referido a la suspensión de la ejecutividad de la actuación administrativa recurrida) y legitima a las partes procesales para que, de manera abierta, puedan solicitar del órgano judicial la adopción de *"cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia"*.

Esta apertura en el sistema recibe, como inicial contrapeso, la explícita exigencia de que la justicia cautelar se proyecte sobre situaciones reales de peligro para la preservación del objeto litigioso (*periculum in mora*).

En el artículo 130.1 de la Ley Jurisdiccional de 1998, el riesgo de que, durante el tiempo de previsible duración del proceso, vaya a poner en crisis el mantenimiento de la finalidad legítima del proceso, se ofrece, así, como presupuesto material para la viabilidad del incidente en el que se interesan medidas de justicia cautelar - *"...la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso"* -.

Ahora bien, la apreciación de la situación de riesgo en cuanto a la preservación del objeto litigioso, no determina, por sí misma, la pertinencia en la adopción de las medidas de justicia cautelar que interesen las partes. De manera distinta, la apreciación de que concurre el presupuesto del *periculum in mora* es la que abre paso al enjuiciamiento judicial sobre las medidas solicitadas. Para este enjuiciamiento, el órgano judicial ha sido ampliamente habilitado por el legislador para que, de manera flexible, atendiendo al principio indisponible de la justicia rogada, pueda disponer sobre las medidas de aseguramiento de la efectividad de un eventual fallo favorable que resulten adecuadas al concreto caso que se sujeta a enjuiciamiento.

De nuevo, esta apertura a un régimen marcadamente casuístico y judicialista, aparece delimitada por dos órdenes de normas. La primera de ellas es de carácter adjetivo y se dirige a establecer el método de ponderación de intereses lícitos en presencia como cauce obligado a practicar por el órgano judicial: tomando como referente la situación de riesgo a conjurar, el órgano judicial ha de proceder a la valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, dando lugar a la adopción de la medida solicitada cuando así resulte necesario para la preservación reforzada de los concretos intereses legítimos invocados por la parte solicitante que se hayan visto calificados como prevalentes a resultas del previo balanceo con los demás intereses legítimos contrapuestos. A este efecto, en el segundo orden de regulaciones, 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 solicitada pudiera seguirse perturbación grave de los intereses de generales o de tercero, siempre que éstos aparezcan explicitados de manera circunstanciada (artículo 130.2 de la Ley Jurisdiccional 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, para la nueva justicia cautelar, 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.

y 3º) En orden a la calificación como legítimos de los intereses en presencia y como factor de decantación de las dudas que arroje la evaluación ponderativa de los intereses contrapuestos, sigue resultando pertinente la aplicación del principio de prevalencia en la tutela de la apariencia de buen derecho. En relación con esto último, el artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 fue objeto de una reinterpretación jurisprudencial, cuyo punto de inflexión cabe hallar en los autos del TS de 20 de diciembre de 1990 y 17 de febrero de 1991, a impulsos del principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico (art. 5.1 LOPJ) y concretamente del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama su artículo 24, conforme a la cual las medidas cautelares responden a la necesidad de asegurar la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional e integran el derecho a la tutela judicial efectiva, y, aun partiendo de la regla general de ejecutividad del acto administrativo, autorizan su suspensión si concurre un auténtico peligro para los intereses del recurrente en la demora del proceso que, ponderado junto a los intereses públicos y de terceros que exijan su ejecución, resultara prevalente y digno de tutela. Sentado como presupuesto básico de su adopción, dicho juicio de ponderación, es asimismo lícito tomar en consideración el principio de apariencia de buen derecho que aboga por la tutela cautelar favorable a la parte que aparentemente litiga con razón.

Pese a que el Proyecto de reforma de la Ley de la Jurisdicción de 1995 manifestó expresamente su oposición al juego del principio de apariencia de buen derecho, que el Proyecto de 1998 lo incluía expresamente en su artículo 14 y pese a ello desapareció durante la tramitación parlamentaria y en el proyecto definitivamente aprobado, el actual marco legal diseñado por los artículos 129 y siguientes de la Ley 29/98, de 13 de julio, se sustenta en los mismos fundamentos que dieron lugar a la reinterpretación del artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción de 1956, si bien admite la adopción de medidas cautelares distintas de la suspensión del acto.

En definitiva, en auxilio del juicio ponderativo cabe acudir a la apariencia de buen derecho *-fumus boni iuris-* que exige otorgar la tutela cautelar a quien litiga aparentemente con razón. Desde luego, cabe acudir a él cuando se trate de la aplicación del Derecho comunitario, pero también en aplicación del Derecho interno, y ello pese a que este criterio del *fumus* no aparece explícitamente en el texto normativo. Y ello porque: a) No está expresamente excluido en el texto legal, ni en su Exposición de motivos; b) Cabe reconocerlo como principio general del derecho, en cuanto ha sido reconocido expresamente por la Jurisprudencia, por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y ha sido positivizado en el artículo 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; es de preceptiva aplicación cuando se trata de aplicar el Derecho comunitario -sentencia favorable del Tribunal Superior de Justicia de Luxemburgo, de 19 de junio de 1990 (TJCE 1900/12)-; el propio artículo 136 lo recoge en los supuestos de los artículos 29 y 30 de la ley.

TERCERO.- El acto administrativo impugnado desestima el recurso de reposición frente a la Resolución previa que deniega la autorización de residencia temporal segunda renovación de la recurrente, al no acreditar que cuenta con los medios económicos que el art. 197.2 RD 557/2011 exige -100% del IPREM (532,51 euros)-. No se desconoce que dicho acto coloca a la misma en una situación de irregularidad en nuestro país que podría incluso desembocar en una orden de expulsión y le impide desarrollar en nuestro país trabajo alguno con el que poder sustentarse.

Ha de tenerse presente que si bien la LJCA no establece limitación, conforme a la doctrina tradicional no podrá acordarse la suspensión respecto de actos negativos, porque no innovan ni modifican la situación jurídica existente. Ahora bien, en el presente caso, el acto recurrido si supone una innovación o, al menos, modificación de la situación jurídica preexistente, en la medida en que se declara extinguido o no renovado un permiso de residencia y trabajo preexistente, por lo que la referida doctrina no sería de aplicación al presente caso. No obstante, la reciente STSJ Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, de 27-02-2013, entre otras, señala que "(...) *El actual marco legal diseñado por los arts. 129 y siguientes de la Ley 29/98, de 13 de julio, en lo que aquí importa, supone un giro importante respecto al régimen previsto por art.122 de la Ley de la Jurisdicción de 1956 a la anterior interpretación jurisprudencial, toda vez que permite la adopción de medidas cautelares distintas de la mera suspensión del acto, al autorizar "...cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia...". Su exposición de motivos es elocuente, al afirmar que el "espectacular desarrollo de estas medidas en la jurisprudencia y práctica procesal de los últimos años ha llegado a desbordar las moderadas previsiones de la legislación anterior" y que "la nueva Ley actualiza considerablemente la regulación de la materia, amplía los tipos de medidas cautelares posibles" añadiendo que "la suspensión de la disposición o acto recurrido no puede constituir ya la única medida cautelar posible. La Ley introduce en consecuencia la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar, incluso las de carácter positivo". Así, el nuevo régimen legal supone que ha perdido vigencia la doctrina jurisprudencial anteriormente citada según la cual no es posible la suspensión cautelar de actos negativos, tal y como dispone, entre otras, la STS 17-04-2001. Dicha doctrina se continúa en las SSTS de 8-05-2003, 22-02-2006, 21-07-2009, si bien, parecen pronunciarse en sentido contrario la STS 13-03-2008 y la STS 25-05-2007, sentencias que, sin embargo, no conforman doctrina jurisprudencial por no ser esa la razón de decidir de las mismas. Así las cosas y aún cuando desde la perspectiva legal nada impida la adopción de una medida cautelar de carácter positivo tras haber perdido vigencia la anterior doctrina jurisprudencial, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia en la Sentencia anteriormente reseñada dice que "*en supuestos de recursos dirigidos contra resoluciones denegatorias de renovaciones de autorizaciones de residencia y trabajo –como ocurre en el objeto del recurso principal de la presente pieza separada- en los que se interesa la medida cautelar positiva de concesión provisional de la autorización denegada, se viene pronunciando reiteradamente en el sentido de que no cabe acceder a la medida de autorización provisional de residencia y trabajo con fundamento en que la efectividad de la resolución denegatoria impide al interesado trabajar y por consiguiente acceder a medios de vida que le permitan atender sus necesidades básicas, ya que ello**

conduciría a un automatismo en la concesión cautelar de la medida que es incompatible con la regulación de los flujos migratorios que resulta necesaria por mor del cumplimiento de los compromisos asumidos en el seno de la Unión Europea, y constituye un interés público igualmente digno de tutela.” Añade que “además, puesto que en supuestos de resoluciones denegatorias de renovación de autorizaciones previas, el arraigo del interesado –que también se alega el supuesto de autos- es un presupuesto de partida de la renovación que se solicita, su sola toma en consideración tampoco proporciona un criterio definitivo para la adopción de la medida cautelar, ya que de ser ello así se produciría nuevamente un automatismo en la concesión de la medida cautelar que es incompatible con la ordenada regulación de los flujos migratorios.”

Sin embargo y partiendo de tal premisa de que nada impediría, de darse los requisitos exigidos por la LJCA, la adopción de una medida cautelar de carácter positivo, la representación procesal de D. . solicita la autorización provisional de la autorización solicitada, así como la suspensión de orden de salida obligatoria del territorio español. Habrá, por tanto, de analizarse si la no adopción de la medida positiva solicitada haría perder al recurso su finalidad al causar perjuicios de difícil reparación o crear situaciones irreversibles, si la medida positiva resulte necesaria para preservar el efecto útil de la sentencia, y si el interés que con la medida positiva se trate de proteger resulte prevalente respecto del interés público en presencia. Asimismo y conforme a la doctrina jurisprudencial de la que son exponentes las SSTS 8 de Noviembre de 2007 y de 8 de Noviembre del 2007, en los supuestos de expulsión de extranjeros, o de órdenes de salida obligatoria consecuentes a una denegación de un permiso de residencia, no cabe acordar la suspensión al resultar prevalente el interés general encarnado en la regulación de los flujos migratorios que prevalece sobre el interés particular del extranjero de permanecer en España, por lo que, “so pena de convertir la suspensión en una medida automática, la jurisprudencia la limita a los supuestos de arraigo familiar, económico o social.” De conformidad con la jurisprudencia de nuestro Tribunal Superior de Justicia (por todas STSJ País Vasco sección 3 del 23 de Junio del 2011), el arraigo es una situación real de vinculación del extranjero con nuestro país, por razones personales, familiares, económicas o sociales, no meramente formal y que no se presume sino que la parte que pide la suspensión ha de invocar qué concretos perjuicios irreparables se le producirían en caso de no accederse a la suspensión, probar éstos al menos de modo indiciario.

Así las cosas, aceptando que concurre el requisito de la pérdida de la finalidad legítima del recurso, en la medida en que la resolución denegatoria podría causar perjuicios de difícil reparación tomando en consideración la previa estancia regular del interesado en virtud de una previa autorización, es asimismo incuestionable que el interés público en presencia es importante y, en consecuencia, procede realizar el juicio de ponderación de ambos intereses desde la perspectiva de la apariencia de buen derecho.

En el supuesto de autos, no consta aún unido el expediente administrativo que le fue requerido a la Administración mediante Decreto de 3-06-2013, si bien, de los datos que obran puede concluirse que se trataría de una denegación de una autorización previa obtenida cuando [redacted], nacional de [redacted] era menor de edad. Dice la demanda que la Diputación Foral de Bizkaia asumió su tutela, procediendo a realizar la solicitud de la autorización pretendida dada su situación de menor extranjero no acompañado tutelado por la Administración. Según consta en el Informe Social acompañado a la demanda (Documento nº 2), [redacted]; participa en la actualidad del Programa Hemen, es receptor de la ayuda especial para la inclusión social y cuenta con el apoyo del mencionado programa para el pago de la habitación en la que vive compartiendo piso. Asimismo realiza el segundo curso de PCPI en la especialidad "Corte y Confección", formación de dos cursos lectivos con prácticas en empresas, tras el cual adquirirá titulación oficial de su formación. Simultanea tal formación con el aprendizaje de castellano acudiendo a clases en el Centro de Cualificación Profesional Inicial al que acude, junto con las actividades de castellanización del programa Hemen.

A pesar de lo manifestado por la Abogacía del Estado, tales datos permiten concluir un arraigo social, proyectado a la incorporación en el mercado laboral, que se frustraría, con evidentes perjuicios irreparables para el recurrente, de no accederse a aquéllas, lo que, a la postre, haría perder su finalidad legítima al recurso, sin que, en modo alguno, se haya acreditado en que pueda verse dañado el interés general o de terceros. Por todo ello, procede su concesión en los términos solicitados.

CUARTO.- En materia de costas, resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 139.1 LJCA se impondrán las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho, por lo que procede su imposición a la Administración demandada.

En razón a lo expuesto, este Juzgado

PARTE DISPOSITIVA

ESTIMAR la petición de medida cautelar formulada por la representación procesal de [redacted], en la presente pieza separada nº 20/2013 del recurso contencioso-administrativo nº 72/2013, acordando autorizar provisionalmente su residencia temporal, así como suspender la orden de salida obligatoria del territorio español, hasta que recaiga sentencia firme o resolución que ponga fin al proceso, imponiendo las costas a la Administración demandada

Notifíquese esta resolución a las partes personadas, advirtiéndole que contra la misma cabe RECURSO DE APELACIÓN en un solo efecto, dentro de los quince días siguientes a su notificación (art. 80.1 LJCA).

Para interponer el recurso será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en la entidad BANESTO en la Cuenta Expediente correspondiente con nº 47590000850072-13, consignación que deberá ser acreditada al interponer el recurso (Disposición Adicional 15ª LOPJ tras la reforma por LO 1/2009, 3 de noviembre.)

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y los organismos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito.

Líbrense testimonio de este Auto para su unión a las presentes actuaciones, quedando el original en el Libro de Sentencias y Autos Definitivos de este Juzgado.

Así por este Auto, lo manda y firma Dª BEATRIZ PÉREZ HERNÁNDEZ, MAGISTRADA del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Bilbao; Doy fe.

Y para que sirva de notificación a quien figura al pie de esta cédula, extendiendo la presente en BILBAO (BIZKAIA), a doce de julio de dos mil trece.

Zedula honen beheko aldean zehaztuta dagoenari jakinarazteko balio izan dezan, idazki hau egiten dut, BILBAO (BIZKAIA)(e)n, bi mila eta hamahiru (e)ko uztailaren hamabi(e)an.

EL SECRETARIO JUDICIAL

IDAZKARI JUDIZIALA

LETRADA SUNIVA MARTINEZ ESTARTA

Calle CRISTO nº 9 B, 5
48007 - BILBAO



Personación e Informe

Pieza Separada de Medida Cautelar Ordinaria nº 20/13

Procedimiento abreviado nº 72/13

700

AL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 3 DE BILBAO.

El Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta, en la Medida Cautelar Ordinaria nº 20/13, dimanante del recurso contencioso-administrativo nº 72/13, promovido a instancia de _____ contra resolución dictada por la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia, denegatoria de la autorización de residencia temporal inicial, ante el Juzgado comparece y, como mejor en derecho proceda, dice:

Que por medio del presente escrito se persona como representante legal de la Administración del Estado, demandado en el presente recurso contencioso-administrativo, ex. Art. 551 L.O.P.J. y Ley 52/97 de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas.

Que habiéndosele concedido plazo de diez días para la evacuación del informe de medidas cautelares solicitadas por la parte actora, por medio del presente escrito se da cumplimiento al mismo, interesando se mantenga la ejecutividad del acto administrativo recurrido con base en los siguientes fundamentos jurídicos.

Primero.- En el caso de autos, la resolución cuya suspensión se pretende es la denegación de una solicitud de autorización de residencia, acto que por tener carácter negativo no es susceptible de suspensión, criterio reiteradamente sostenido por los Tribunales de Justicia.



Se interesa por la parte actora que por ese Juzgado se adopte medida cautelar consistente en autorizar provisionalmente la residencia en España. Es decir, pretende el recurrente que el Juzgado ordene a la Administración actuante la adopción de la medida consistente en la concesión provisional de la autorización para residir en España, cuya denegación es objeto del asunto principal, debiendo destacarse la improcedencia de la misma, al exceder con mucho de las previsiones del art. 130 L.J.C.A. y de los criterios jurisprudenciales recogidos para admitir, excepcionalmente, estas medidas positivas.

Segundo.- En cualquier caso, las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo, como reiteradamente pone de manifiesto la jurisprudencia, tienen como presupuesto fundamental para su adopción el hecho de que a través de la ejecución del acto se hiciera perder su finalidad legítima al recurso, causando daños de difícil o imposible reparación.

La medida cautelar se considera como una excepción al régimen general de ejecutividad del acto administrativo que debe adoptarse únicamente en los supuestos específicamente determinados en el art. 130 de la Ley 29/1998 cuando la ejecución del acto hiciera perder su finalidad legítima al recurso interpuesto causando daños no susceptibles de reparación.

El art. 129.1 LJCA autoriza a los interesados la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia; añadiendo el art. 130.1 que la medida cautelar sólo podrá acordarse previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto.

De ello deviene consecuencia obligada que la adopción de cualquier medida cautelar exige la apreciación de tres presupuestos básicos:

1º. Periculum in mora, esto es, la adopción de la medida tiende a evitar que la demora del proceso perjudique la resolución que en su día se dicte, ello exige de un lado, la



alegación y acreditación de los perjuicios, que habrán de ser reales y efectivos, y de otro lado la valoración de los intereses en juego, ponderación que ha de realizarse ad casum.

2º. Apariencia de buen derecho o fumus boni iuris, de lo que se desprende que el derecho que se pretende cautelar debe presentarse con unas ciertas dosis de razonabilidad jurídica, de forma que ante una pretensión insostenible la adopción de medida cautelar habría de ser rechazada.

3º. La previsión e posibles daños que la medida cautelar pudiera producir a los intereses confrontados, requisito del que deriva la posibilidad de establecer contratutelas.

A pesar de las manifestaciones vertidas de adverso, no dándose ninguno de los presupuestos referidos en el presente caso es procedente denegar la adopción de la medida cautelar solicitada.

Tercero.- Lo anterior implica en todo caso que la parte que solicite la medida cautelar de suspensión habrá de alegar la posibilidad de concretos perjuicios resultantes de la ejecución del acto impugnado y sobre la imposibilidad o dificultad de reparación de los mismos, todo ello con una mínima cobertura probatoria que permita con carácter indiciario apreciar la realidad de los perjuicios y el nexo causal con la ejecución del acto recurrido y la dificultad o imposibilidad de su reparación.

En el presente caso, el recurrente traslada en Otrosí del escrito de demanda la normativa y jurisprudencia existente en materia de medidas cautelares y sostiene que goza de arraigo en España pero no concreta y menos acredita cuál es el arraigo que invoca, como tampoco manifiesta que la ejecución de la resolución que recurre le pueda causar perjuicio alguno, ni siquiera alude al que resulta consustancial a la propia denegación, ex art. 28.3.c) LOEX.



A efectos de determinar si procede o no la adopción de la medida cautelar solicitada, conforme sostiene reiterada jurisprudencia en esta materia, hemos de estar a lo manifestado en el Otrosí del escrito de demanda, en el que el ciudadano extranjero se solicita la suspensión de la ejecución del acto administrativo que recurre, sin que corresponda en este momento procesal hacer una investigación en el expediente y tampoco en la demanda, de datos a favor de la medida, sentido en el que se pronunciaba la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJPV en la reciente Sentencia nº 188/2013, de quince de marzo, sosteniendo que *"es a la parte a quien corresponde en el cuerpo del escrito de la petición de la medida exponer sus razones y su acreditación"*.

Pues bien, en el presente caso las alegaciones contenidas en la petición de la medida cautelar son meramente rituarías, carentes de la suficiente carga alegatoria, pues se limita a solicitar la adopción de la medida cautelar positiva, sin siquiera concretar dialécticamente un mínimo perjuicio que le pudiera causar la ejecución del acto recurrido.

Por otro lado, el interesado pudo, pero no lo hizo, haber solicitado la suspensión de las consecuencias negativas que se puedan derivar del acto administrativo de contenido negativo y que se traducirían en la orden de salida de España –que no ha sido impuesta en la resolución impugnada–, pues la jurisprudencia únicamente viene aceptando tal medida positiva en supuestos como el presente, sentido en el que se pronunciaba, entre otras muchas: STSJPV nº 403/2008, de 13 de junio; la STSJPV de fecha 1.11.2011 que, denegando la medida cautelar positiva solicitada, señalaba que el sistema de las medidas cautelares no permite pronunciamientos anticipatorios de fondo, como el que resultaría implícito en la concesión de la medida positiva de concesión provisional de los permisos de residencia y trabajo.

Se sigue de lo expuesto que, al corresponder al solicitante la acreditación de un riesgo cierto, real, concreto, determinado, existente e inminente, no habiendo cumplido con



dicha carga procesal, no procede la estimación de la medida cautelar solicitada, y en este sentido se manifiesta igualmente el Tribunal Supremo en Auto de 24 de enero de 1995 disponiendo que *"... sin embargo la concesión de la suspensión del acto administrativo sólo puede otorgarse cuando la ejecución del acto hubiese de producir daños o perjuicios de reparación imposible o difícil, circunstancia ésta que ha de acreditar suficientemente en el instante de la suspensión de conformidad con las reglas generales de la carga de la prueba ex art. 1214 C.C...."*

A todo lo anterior hemos de añadir que si se concediera con carácter general la suspensión de la ejecución de actos como el impugnado, se frustraría prácticamente la finalidad de la Ley de Extranjería.

Cuarto.- Al hilo de lo expuesto en los anteriores razonamientos, a continuación trasladamos la reiterada postura que viene manteniendo la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJP en esta materia.

TSJPV. Sentencia dictada el 21.12.10, desestimando recurso de apelación interpuesto contra Auto denegatorio de solicitud de medida cautelar, dictado por el Juzgado de lo contencioso-Administrativo nº 5 de Bilbao, en procedimiento abreviado nº 13/2010:

"(...) No puede concluirse, en fin, que la ejecución inmediata de la orden de expulsión produzca un perjuicio de difícil o imposible reparación si no afecta a un interés merecedor de protección en este trámite so pena de que se frustre la finalidad legítima del recurso (art. 130.1 LJCA).

Es por esa razón que el interés del apelante en permanecer en España ha de confrontarse con el interés público en que se cumpla sin demora la medida de expulsión, más cualificado cuando esa medida tiene carácter sancionador (art. 57 LOEX) que en los supuestos de orden de salida a causa de la denegación del permiso (art. 28.3 misma Ley).

En ningún caso la medida cautelar en cuestión se puede acordar automáticamente, sino de conformidad con el régimen establecido por el art. 129 y sgtes de la LJ. En caso contrario la medida se aplicaría por su sola solicitud y en atención únicamente a los efectos materiales de la expulsión del territorio sin ponderar como es de rigor el interés jurídico del recurrente en su adopción en contraposición con el interés general en el cumplimiento inmediato de sanción.



La apelante no acredita una situación de arraigo familiar y/o laboral como las definidas en el art. 45.2 Rº... por lo que debe entenderse preferente el interés público en el cumplimiento inmediato de la resolución recurrida respecto al interés privado de la recurrente en permanecer en España no obstante su situación irregular."

12.6.10. TSJPV. Jº 4 Bilbao. PA 541/09:

"SEGUNDO.-*La tutela cautelar responde a la necesidad de asegurar la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional e integra el derecho a la tutela judicial efectiva, y, aun partiendo de la regla general de ejecutividad del acto administrativo, autoriza su suspensión o la adopción de otra medida paliativa si concurre un auténtico peligro para los intereses del recurrente en la demora del proceso periculum in mora, ponderado junto a los intereses públicos y de terceros que exijan su ejecución, resultara prevalente y digno de tutela..*

El régimen jurídico de la tutela cautelar introducido por la L. 29/98, de 13 julio, tiene como condición necesaria, aunque no suficiente la pérdida de la finalidad legítima del recurso en el caso de no adoptarse la medida cautelar que se interese, medida que ya no tiene porque ser necesariamente la de suspensión del acto, sino cualquiera, positiva o negativa, que sea necesaria para preservar el efecto útil de la sentencia, ya que como reza literalmente el art. 130.1 LJCA "la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso".

Es por ello que todo análisis de una pretensión de tutela cautelar ha de comenzar necesariamente por verificar la concurrencia de dicha condición necesaria aunque no suficiente, puesto que de no concurrir, procede su denegación y deviene ocioso todo otro comentario, pese a que, con una deficiente técnica legislativa, el art. 130.1 LJCA parece dar a entender que resulta previa la valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, conclusión errónea, ya que es manifiesto que dicha ponderación de intereses es ociosa si no concurre la condición necesaria de la pérdida de la finalidad legítima del recurso, y por tanto dicho juicio de ponderación de intereses, por exigencias de la lógica y razones de economía, debe seguir necesariamente a la verificación de la condición necesaria.

La pérdida de la finalidad legítima del recurso ha sido equiparada por la doctrina jurisprudencial (STS 18.11.2002 y las que en ella se citan) a la creación de situaciones irreversibles con merma del principio de identidad entre lo dispuesto en el fallo y la ejecución posible del mismo, o bien a la causación de perjuicios irreparables o difíciles de reparar.

Justificada la pérdida de la finalidad legítima del recurso han de ponderarse los intereses en conflicto, pudiendo ser denegada la medida cuando con ella se cause grave perturbación de los intereses generales o de tercero que el Tribunal debe ponderar circunstanciadamente.

Resta por decir que el fumus boni iuris, pese a que el Proyecto de reforma de la Ley de la Jurisdicción de 1995 manifestó expresamente su oposición al juego de dicho principio, y a que el Proyecto de 1998 lo incluía expresamente en su art. 124 y pese a ello desapareció durante la tramitación parlamentaria y en el proyecto definitivamente



aprobado, constiuye, sin embargo, una técnica a la que, si bien el legislador de 1998 no le ha reservado un papel determinante, seguramente, porque como dice la STS de 7.7.2004 con cita de numerosas sentencias precedentes no es el incidente de suspensión el lugar idóneo para decidir la cuestión de fondo, no queda excluida del proceso de decisión cautelar, y ello porque a) no está expresamente excluido en el texto legal -ni en su Exposición de motivos-; b) cabe reconocerlo como principio general del derecho en cuanto ha sido reconocido expresamente por la Jurisprudencia, por el TC y por el TJ de las CU, y ha sido positivizado en el art. 56 LOTC, y art. 1428 LEC; c) es de preceptiva aplicación cuando se trata de aplicar el Derecho Comunitario -sentencia Factortame, del TJ Luxemburgo, de 19.6.1990 (TJCE 1990/12)-; d) el propio art. 136 lo recoge en los supuestos de los arts. 29 y 30 de la Ley; y e) lo reconoce y aplica la doctrina jurisprudencial más reciente (STS 7.7.04), si bien limitado a supuestos de ilegalidad palmaria y evidente como en los supuestos de disposiciones o actos previamente anulados por sentencia firme, o de actos contrarios a una doctrina jurisprudencial consolidada, en los que se aprecia sin necesidad de complejos argumentaciones jurídicas, y como dice el auto TS de 12.7.04 con cita de los autos de esta Sala de 19.5 y 12.11.98 y la sentencia de 10.7.98, puede ser importante para dilucidar la prevalencia del interés que podría dar lugar a la procedencia de la suspensión, siempre que concurra la existencia de daños o perjuicios acreditados.

Por lo que se refiere a los actos negativos, a los actos denegatorios de autorizaciones y permisos, constituía una doctrina clásica bajo la vigencia de la Ley Jurisdiccional de 1956 que no cabía la suspensión de actos de contenido negativo. De ella es exponente el ATS 25.9.98, según el cual "es doctrina jurisprudencial muy reiterada que no procede acceder a la suspensión de actos negativos que en nada modifican o innovan una situación jurídica preexistente (AATS de 20.5 y 19.7.1991, 2.12.1993, 9.2 y 14.7.1995).

En efecto, la jurisprudencia recaída en interpretación del régimen de tutela cautelar contemplado por la anterior Ley de la Jurisdicción de 1956, apartándose de aislados pronunciamientos iniciales, negó constante y uniformemente la posibilidad de suspensión de los actos denegatorios de autorizaciones o permisos, argumentando que, dado su contenido negativo, la referida suspensión implicaría la concesión, siquiera con carácter temporal durante la sustanciación del proceso de la licencia o permiso denegados (Autos de 3.6 y 16.7.91 -RJ/1991/4604 y RJ/1991/5846- 24.1.1994 -RJ/1994/230-, 31.1.1995 -RJ 1995/259-, 15.10.1996 -RJ/1996/7737-, 2.6.1997 -RJ/1997/4858, y 27.2.1998 -RJ/1998/2889).

El actual marco legal diseñado por los arts. 129 y siguientes de la Ley 29/98, de 13 de julio, en lo que aquí importa, supone un giro importante respecto al régimen previsto por art. 122 de la Ley de la Jurisdicción de 1956 a la anterior interpretación jurisprudencial, toda vez que permite la adopción de medidas cautelares distintas de la mera suspensión del acto, al autorizar "... cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia...". Su exposición de motivos es elocuente, al afirmar que el "espectacular desarrollo de estas medidas en la jurisprudencia y práctica procesal en los últimos años ha llegado a desbordar las moderadas previsiones de la legislación anterior" y que "la nueva Ley actualiza considerablemente la regulación de la materia, amplía los tipos de medidas cautelares posibles" añadiendo que "la suspensión de la disposición o acto recurrido no puede constituir ya la única medida cautelar posible. La Ley introduce en



consecuencia la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar, incluso las de carácter positivo"

El nuevo régimen legal supone que ha perdido vigencia la doctrina jurisprudencial anteriormente citada según la cual no es posible la suspensión cautelar de actos negativos. Así lo expresa con rotundidad la STS 17.4.2001 (recurso: 8183/1998)

"SEGUNDO.-Ciertamente, el deber de abandonar el territorio español como consecuencia de la denegación del derecho de silo es susceptible de suspensión cautelar por tener un evidente contenido positivo, sin perjuicio, incluso, de la posibilidad de adoptarse cualquier otra medida cautelar durante la sustanciación del proceso, como ha declarado esta Sala del TS en sus SS 13.3, 28.4 y 4.12.1999, 13.11.2000 y 20.1.2001, al expresar que la antigua y tradicional doctrina jurisprudencial acerca de la no suspensión de los actos negativos ha sido superada, estando permitida la adopción de medidas cautelares positivas, con arreglo a lo dispuesto por los arts. 24.1 CE y 1428 LEC, supletoria de la LJCA, tendentes a preservar la ejecución de lo resuelto en la sentencia que ponga fin al pleito, y ahora expresamente sancionadas tales medidas en el art. 129.1 de la Ley 29/1998, de 13.7, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, razón por la que los dos motivos de casación deben ser estimados.

Dicha doctrina se continúa en las SSTS de 8.5.2003 (Recurso: 3836/2000), de 22.2.2006 (Recurso: 5805/2003), de 21.7.2009 (Rec. 1211/2008), si bien parecen pronunciarse en sentido contrario la STS de 13.3.2008 (Rec. 8143/2004), y la STS 25.5.2007 (Rec. 1916/2004), sentencias que, sin embargo no conforman doctrina jurisprudencial por no ser la razón de decidir de las mismas.

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.

Resta por decir que una clásica doctrina jurisprudencial de la que son exponentes las SSTS 8.11.2007 (recurso 6428/2003) y de 8.11.2007 (Recurso: 8074/2002), concluye que en los supuestos de expulsión de extranjeros, o de órdenes de salida obligatoria consecuentes a una denegación de un permiso de residencia, no cabe acordar la suspensión al resultar prevalente el interés general encarnado en la regulación de los flujos migratorios que prevalece sobre el particular de permanecer en España-. So pena de convertir la suspensión en una medida automática, la jurisprudencia la limita a los supuestos de arraigo familiar, económico o social.

TERCERO.- En el supuesto de autos el auto apelado acuerda la suspensión del deber legal de salida obligatoria inherente a la denegación de la autorización de residencia, pronunciamiento al que se aquieta el Abogado del Estado, pero además dispone la concesión provisional o cautelar del permiso solicitado, a lo que se contrae el presente recurso.

Pues bien, así como el deber de salida obligatoria entraña un claro perjuicio para quien ha de cumplirlo, y acreditado su arraigo, procede la suspensión del mismo, no ocurre lo



mismo con la denegación de la autorización de residencia temporal inicial denegada, pues ni el escrito de solicitud de la medida deja constancia de los perjuicios irreparables que le pueda irrogar al interesado el carecer de dicha autorización durante el proceso, más allá del deber legal de salir obligatoriamente de España que ello conlleva, ni el auto apelado alude a ellos, por lo que resulta obligado concluir que la concesión provisional o cautelar de la autorización denegada no guarda relación alguna con los perjuicios que la denegación pudiera originar al interesado, supone anticipar el fallo en una suerte de tutela provisional, en la medida en que la autorización inicial tiene una duración de un año y constituye una anticipación del fallo que desborda el régimen legal de la tutela cautelar.”

10.2.10. TSJPV. Jº 2 SS. PA 649/09. *“Concurre arraigo laboral suficiente p/justificar la suspensión del deber de salida obligatoria inherente a la denegación de la autorización solicitada. No concurre lo mismo con la denegación de la autorización de residencia permanente, pues ni el escrito de solicitud de la medida deja constancia de los perjuicios irreparables que le pueda irrogar al interesado el carecer de dicha autorización durante el proceso, más allá del deber legal de salir obligatoriamente de España que ello conlleva, ni el apelado alude a ellos, más allá de mencionar la resolución denegatoria le impide desarrollar un trabajo con el que sustentarse. Sin embargo, el extranjero solicitante de una autorización de residencia y trabajo, o de residencia permanente, no tiene con anterioridad a su concesión derecho alguno a residir o trabajar en España por lo que no cabe atribuir a la resolución denegatoria la imposibilidad de hacerlo. Por lo demás, ha de tenerse en cuenta que el hecho de que se vea imposibilitado de trabajar durante el proceso, no puede determinar la concesión cautelar de la autorización, puesto que ello determinaría un automatismo incompatible con el interés público que subyace a la regulación de autorizaciones previsto por la LO 4/2000”*

Quinto.- Entiende esta representación que el interés general implícito en el cumplimiento de las leyes administrativas hace imposible la adopción de la medida cautelar solicitada, por lo que SE OPONE a la suspensión solicitada..

Por lo expuesto,

SUPLICA AL JUZGADO que, habiendo por presentado este escrito con su copia, se sirva admitirlo, tener por evacuado el trámite conferido y de conformidad con lo en él manifestado



-se tenga por personado al Abogado del Estado como representante legal de la Administración del Estado.

-sea mantenida la ejecutividad del acto recurrido y en consecuencia, sea denegada la medida cautelar interesada de contrario.

Por ser de justicia que pide en Bilbao a seis de junio de dos mil trece.