

16/10/13

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: 48.04.3-13/001049

N.I.G. CGPJ / IZO BJKN :48.020.45.3-2013/0001049

Procedimiento Origen / Jatorrizko Prozedura: Proced. abreviado/Prozedura laburtua 175/2013

Medida cautelar ordinaria / Kautelazko neurri arrunta 32/2013

Handwritten notes in a box:

A12
343
3071-5

Demandante / Demandatzailea:
Representante / Ordezkarria:

Administración demandada / Administrazio demandatua: SUBDELEGACION DE GOBIERNO EN VIZCAYA
Representante / Ordezkarria:

ACTUACION RECURRIDA / ERREKURRITUTAKO JARDUNA:
CONTRA RESOLUCIÓN DE FECHA 2 DE MAYO DE 2013 DICTADA POR LA SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN BIZKAIA QUE DESESTIMA RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA RESOLUCIÓN DE 21 DE ENERO 2013.

CEDULA DE NOTIFICACION

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

JAKINARAZPEN-ZEDULA

Aipatutako administrazioarekiko auzi-errekurtsoan, hurrengo ebazpena eman da:

AUTO

Dña. BEATRIZ PEREZ HERNANDEZ

En BILBAO (BIZKAIA), a nueve de octubre de dos mil trece.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso-administrativo, interpuesto por , contra la actuación administrativa referenciada, se ha solicitado por la parte recurrente, la adopción de la siguiente medida cautelar: la suspensión de la salida obligatoria impuesta como consecuencia de la denegación de la autorización cursada por contar con arraigo en este país.

SEGUNDO.- Formada la correspondiente pieza separada, se ha concedido audiencia a la parte demandada, para que pudiera alegar lo que estimara pertinente sobre la medida solicitada, presentando la representación procesal de la Administración demandada escrito de alegaciones que consta unido a los autos.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

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 como medida cautelar la suspensión de orden de salida obligatoria del territorio español, en relación a la Resolución de fecha 2 de mayo de 2013 de la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de 21-01-2013 del mismo órgano en la que se deniega la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales por razones de arraigo, de conformidad con lo previsto en el art. 124 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 se le causaría un perjuicio de difícil reparación dado el tiempo que lleva residiendo en España, gozando de un acreditado arraigo social.

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 afcción 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 por circunstancias excepcionales al no acreditar que la empleadora contratante tenía medios económicos suficientes para sufragar los gastos de la contratación (art. 124.2.b), 69.1.a) y 64.3.e) en conexión con el art. 66 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).

No se desconoce que dicho acto coloca al recurrente 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, si en el presente caso, el acto recurrido supusiese una innovación o, al menos, modificación de la situación jurídica 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 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 nada impediría, de darse los requisitos exigidos por la LJCA, la adopción de una medida cautelar de carácter positivo, solicitando la representación procesal de la suspensión de la salida obligatoria impuesta como consecuencia de la denegación de la autorización cursada por contar con arraigo en España. Sin embargo y como ya se apuntó, en el presente caso el acto recurrido no supone una innovación o, al menos, modificación de la situación jurídica preexistente, ya que no nos hallamos ante un supuesto de renovación de autorización de residencia y trabajo, sino de una solicitud *ex novo* de residencia temporal -en relación con lo dispuesto en el art. 31.1 LOEX y art. 124 RD 557/2011- de quien ya se halla en situación irregular en nuestro país, por lo que la primera premisa no se da en el supuesto de autos.

Habrà, 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 del 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 presente caso y sin entrar en fondo del asunto, se aporta Informe favorable de arraigo social emitido por el Departamento de Empleo y Servicios Sociales del Gobierno Vasco en fecha 17-07-2012. En éste, además del compromiso de contratación firmado por la persona empleadora y el solicitante y la posibilidad de contar con alojamiento durante el tiempo que dure la autorización solicitada, se hace referencia a una serie de cursos que acreditarían, *prima facie*, el arraigo sociolaboral y cultural de , y de los que el solicitante aporta documentación acreditativa de los mismos (Documento nº 9 de la demanda).

A pesar de lo manifestado por la Abogacía del Estado, tales datos permiten concluir un mínimo 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,

PARTE DISPOSITIVA

ESTIMAR la petición de medida cautelar formulada por la representación procesal de D. en la presente pieza separada nº 32/2013 del recurso contencioso-administrativo nº 175/2013, acordando suspender la orden de salida obligatoria del territorio español, en tanto 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 4759-0000-85-0175/13, 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.

Líbrese 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.

LA MAGISTRADA

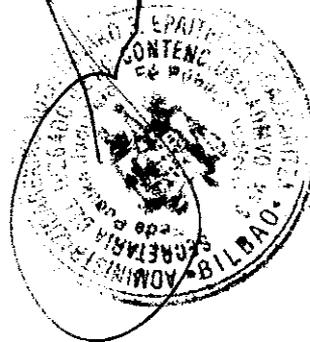
EL SECRETARIO JUDICIAL

Y para que sirva de notificación a quien figura al pie de esta cédula, extendiendo la presente en BILBAO (BIZKAIA), a once de octubre 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 urriaren hamaka(e)an.

EL SECRETARIO JUDICIAL

IDAZKARI JUDIZIALA



Calle IBAÑEZ DE BILBAO nº 13, ENTRESUELO
- BILBAO PEY ABOGADOS