

# JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 3 DE VITORIA - GASTEIZ(E)KO ADMINISTRAZIOAREKIKO AUZIEN 3 ZK.KO EPAITEGIA

AVENIDA GASTEIZ 18-1ª planta - C.P./PK: 01008

Tel.: 945-004936  
Fax: 945-004941

N.I.G. P.V. / IZO EAE: 01.02.3-13/000633  
N.I.G. CGPJ / IZO BJKN :01.059.45.3-2013/0000633  
Procedimiento Origen / Jatorrizko Prozedura: Proced.abreviado/Prozedura laburtua 209/2013  
**Medida cautelar ordinaria / Kautelazko neurri arrunta 209/2013**

Demandante / Demandatzailea  
Representante / Ordezkaría



Administración demandada / Administrazio demandatua: SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN ALAVA - NEGOCIADO DE  
EXTRANJEROS y ABOGADO DEL ESTADO  
Representante / Ordezkaría:

**ACTUACION RECURRIDA / ERREKURRITUTAKO JARDUNA:**  
FRENTE A RESOLUCION DE FECHA 10.06.2013, DICTADA POR LA SUBDELEGACION DEL  
GOBIERNO.

## AUTO Nº129/13

D./Dña. MONICA BASURTO GARRIDO

En VITORIA - GASTEIZ, a veintinueve de octubre de dos mil trece.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En el presente recurso contencioso-administrativo, interpuesto por D. \_\_\_\_\_, contra la actuación administrativa referenciada, se ha solicitado por la parte recurrente la adopción de medida cautelar consistente en que se conceda la autorización de residencia temporal hasta el pronunciamiento de una sentencia firme (conceder vigencia a la autorización de residencia temporal por razones de arraigo social concedida a D. Muhammad Imran).

**SEGUNDO.-** Formada la correspondiente pieza separada, se ha concedido a la parte demandada un plazo de DIEZ DÍAS, para que pudieran alegar lo que estimaran pertinente sobre la medida solicitada, siendo que la Administración demandada se ha opuesto a la adopción de la referida medida cautelar.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**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 en

de la cual se conceda a ... en la autorización de residencia temporal hasta  
pronunciamiento de una sentencia firme.

Alega el recurrente como fundamento de su petición que se le causarían perjuicios de imposible reparación si no se accede a la medida solicitada, ya que no podría trabajar, sin que ello redunde en ningún perjuicio para el interés general. A ello añade la apariencia de buen derecho que existe en este caso dado que ya se le concedió la autorización de residencia anteriormente, lleva varios años viviendo en España, y tiene arraigo en este país.

El Abogado del Estado se opone a la adopción de la medida cautelar solicitada, ya que entiende que la solicitud realizada supera la finalidad de las medidas cautelares que es suspender las consecuencias negativas del acto administrativo recurrido; y el recurrente no identifica los daños y perjuicios de difícil reparación que le puede ocasionar la no suspensión del acto administrativo dictado.

**SEGUNDO.-** La interposición de un recurso contencioso administrativo, no determina por sí mismo y como regla general, en aplicación de los principios inspiradores del ordenamiento administrativo, el efecto de suspender el acto o disposición recurrida, toda vez que éstos gozan del privilegio de la ejecutoriedad, basada en la presunción de que la Administración actúa conforme a Derecho, y en la necesidad de no paralizar las actividades que inciden en intereses públicos. Así lo establece el art. 94 de la Ley 30/92 de RJAP y PAC que señala " *Los actos de la Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos, salvo lo previsto en los arts. 111 y 138, y en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario, o necesiten aprobación o autorización superior*".

Igualmente el art. 111 de la misma Ley, señala que " *La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación suficientemente razonada, entre el perjuicio que causarla al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias: a) que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación; b) que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el art. 62.1 de esta Ley*".

No obstante la Ley 29/98 de 13 de julio de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, regula en Título VI, Capítulo II, las medidas cautelares, siendo que el nuevo régimen dado a las medidas cautelares por la Ley 29/1998, 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 se vaya a poner en crisis el mantenimiento de la finalidad legítima del proceso, se ofrece 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 resultados 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

apuestos, 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. Entendido como presupuesto básico de su adopción, dicho juicio de ponderación, es asimismo necesario tomar en consideración el principio de apariencia de buen derecho que aboga por la tutela judicial 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 e hicieron 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 del 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 728 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 febrero de 1990 (TJCE 1900/12)-; el propio artículo 136 lo recoge en los supuestos de los artículos 137 y 30 de la ley.

**TERCERO.-** Partiendo de los criterios sentados en los anteriores razonamientos, se concluye que la norma general es la ejecutividad del acto administrativo, y solo cuando suponga riesgo de perder la finalidad al recurso o se acrediten perjuicios de difícil o imposible reparación, podrán valorarse positivamente.

En el caso que nos ocupa, se trata de una resolución de fecha 10/6/2013, de la delegación del Gobierno de Álava, por la se declaró extinguida la vigencia de la autorización

de residencia temporal por arraigo social que le fue concedida a D. Muhammad Imran en fecha 9/11/2012.

Partiendo de esta circunstancia, debe señalarse en principio que no se trata en este caso de un acto administrativo de contenido negativo, si bien, la solicitud que se formula sí es de carácter positivo (que se conceda autorización de residencia temporal), pues estamos ante una resolución que extingue o deja sin efecto una anterior autorización de residencia vigente por entenderse que han desaparecido las circunstancias que sirvieron de base para su concesión (y ello en atención a la concurrencia de determinadas circunstancias sobrevenidas), lo que significa que mediante la presente resolución no se otorgará en ningún caso una autorización temporal de residencia, sino la suspensión cautelar de la ejecución de la resolución impugnada que no constituye un otorgamiento por vía cautelar de un acto que exceda el carácter revisor de esta Jurisdicción, ni que la medida cautelar se convierta en una estimación anticipada del fondo del asunto, por cuanto éste se constituye en determinar si la extinción se ajusta o no a derecho. Y ello porque estamos ante la extinción de una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales por arraigo social (art. 31.3 LO 4/2000 y art 124 Real Decreto 557/2011) que había sido concedida anteriormente, por causa de que, finalmente, el contrato de trabajo del recurrente ha sido a tiempo parcial y ha tenido una duración inferior al año (art. 124.2 b) Real Decreto 557/2011), y la medida cautelar, en este caso, únicamente impedirá la ejecución del acto de extinción y las consecuencias que conlleva, dejando al interesado sin título habilitante de permanencia en España, y que a su vez conllevaría la necesidad de abandonar el territorio nacional.

Respecto de este último punto, y a que toda denegación o extinción en este supuesto, de permiso de residencia conlleva la obligación de abandono del territorio nacional, indicar, como señala la jurisprudencia del TS, que en relación a las peticiones de suspensión de la ejecución de decisiones administrativas de expulsión de extranjeros del territorio nacional, o mediante las que se impone el deber de abandonar el mismo como consecuencia o en relación con la denegación de la exención de visado o de la expedición de un documento que autorice la estancia en España, la suspensión resulta procedente cuando la persona afectada tiene arraigo en España por razón de sus intereses familiares, sociales o económicos, por lo que la ejecución de la orden de expulsión -directamente adoptada o que puede adoptarse como consecuencia del deber de abandonar el territorio nacional que en la resolución administrativa se impone habría de producirle unos perjuicios de difícil reparación, que en parte afectarían a su esfera personal (autos de 6 de febrero de 1988, 17 de septiembre de 1992, 28 de septiembre de 1993, 11 de julio de 1995 y sentencia de 15 de enero de 1997, entre otros); y en este caso, el recurrente obtuvo la autorización de residencia temporal en atención a su arraigo social por lo que la extinción conllevaría la obligación de abandono del territorio nacional, y la imposibilidad de trabajar. Ahora bien, únicamente cabe la suspensión de los efectos respecto de la autorización de residencia obtenida por circunstancias excepcionales de arraigo social, sin que por tanto quepa que la suspensión cautelar alcance una pretensión positiva como es la concesión de autorización de residencia temporal distinta de aquella.

Por todo lo anterior, procede suspender la ejecución del acto administrativo impugnado por el que se extingue la autorización de residencia temporal por razones de arraigo que le fue concedida al recurrente mediante la Resolución de la Subdelegación del Gobierno de Álava de fecha 10/6/2010.

*Muhammad Imran*

**CUARTO.-** En aplicación del artículo 139.1 de la LJCA no procede efectuar expresa imposición de las costas causadas en este incidente a la Administración recurrida.

### **PARTE DISPOSITIVA**

1.- Estimando parcialmente la solicitud del recurrente D. Muhammad Imran se acuerda la adopción de la medida cautelar consistente en la suspensión de la ejecución de la Resolución de fecha 10/6/2013, dictada por la Subdelegación del Gobierno de Álava, por la que se acordó la extinción de la vigencia de la autorización de residencia temporal por arraigo social que se le concedió al recurrente mediante la Resolución de fecha 9/11/2012.

2.- Dicha medida se mantendrá hasta que se dicte sentencia firme que ponga fin al proceso, o hasta que éste finalice por cualesquiera otra de las causas previstas en la LJCA, y sin perjuicio de su modificación o revocación, si cambiaran las circunstancias tenidas en cuenta en esta resolución.

3.- Se acuerda no exigir la presentación de caución o garantía, para llevar a efecto lo acordado.

Comuníquese este auto al órgano administrativo autor de la actuación impugnada, el cual dispondrá el inmediato cumplimiento de lo acordado.

4.- Sin expresa imposición de costas procesales causadas en la tramitación del presente incidente.

5.- Llévase testimonio de esta resolución a los autos principales.

**MODO DE IMPUGNAR ESTA RESOLUCIÓN:** mediante RECURSO DE APELACIÓN EN UN SOLO EFECTO, por escrito presentado en este Juzgado en el plazo de QUINCE DÍAS, contados desde el siguiente a su notificación (artículo 80.1 de la LJCA), y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito), con nº 3837 0000 91 0209 13, de un depósito de 50 euros, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

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

Lo acuerda y firma el/la MAGISTRADO, doy fe.

EL/LAMAGISTRADO /  
MAGISTRATUA

EL SECRETARIO JUDICIAL /  
IDAZKARI JUDIZIALA