

**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 4 DE BILBAO
(BIZKAIA)(E)KO ADMINISTRAZIOAREKIKO AUZIETAKO 4 ZK.KO EPAITEGIA**

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

Tel.: 94-4016705

Fax: 94-4016990

N.I.G. / IZO: 48.04.3-09/006382

Procedimiento / Prozedura: Medidas cautelares / Kautelazko neurriak 1277/09-

Demandante / Demandatzailea: ANTONIA DE DEUS SILVA		Administración demandada / Administrazio
Representante / Ordezkaria: GAIZKA GARZON BOLADO		demandatua: SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN
		VIZCAYA
		Representante / Ordezkaria: ABOGACIA DEL
		ESTADO

ACTUACION RECURRIDA / ERREKURRITUTAKO JARDUNA:

RESOLUCIÓN DE 30-07-09 (EXPULSIÓN)

AUTO

En Bilbao, al día 14 del mes de diciembre del año 2009, yo, Fernando Goizueta Ruiz, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 4, he visto la pieza separada de medidas cautelares de las presentes actuaciones nº 1277 del año 2009 y con motivo de los siguientes:

HECHOS

ÚNICO.- Solicitada por la parte actora la adopción de medidas cautelares y acordado oír a la contraparte, el traslado se ha evacuado tal y como consta en las presentes actuaciones;

y, de los siguientes:

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.-1.- Para resolver la cuestión incidental planteada debe partirse, en principio de las premisas, extraídas de los artículos 129 y 130 de L.J.C.A., siguientes:

1º) La adopción de las medidas cautelares que se soliciten debe asegurar la efectividad de la resolución definitiva pudiendo adoptarse únicamente cuando, de lo contrario y previa circunstanciada ponderación de todos los intereses en conflicto, el proceso pudiera perder su legítima finalidad,y

2º) Las medidas cautelares pueden denegarse cuando de su adopción pueda seguirse grave perturbación, también valorada de forma circunstanciada, de los intereses generales o de tercero.

2.- Así, la sección 1ª de la Sala del T.S.J. del País Vasco en sentencia nº 382/2002, de 20 de mayo, pronunciada en el recurso nº 453/2001 dice:

"Así planteados los términos de la controversia en esta segunda instancia, lo que dispone en nuestros días el artículo 130 de la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 13 de julio de 1998, que, "previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, 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". El mismo precepto añade que podrá denegarse cuando pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero.

Con anterioridad y aún bajo la vigencia del artículo 122 de la LJCA de 26 de diciembre de 1956, se había desarrollado en los Tribunales de este Orden Jurisdiccional la doctrina que veía en el llamado "fumus boni iuris" uno de los presupuestos que justificaban la suspensión de la ejecución del acto recurrido, pero el estado de desarrollo de la cuestión inmediata anterior al nuevo texto procesal puede resumirse en una, vacilante en los matices, doctrina jurisprudencial.

Hoy en día se propende a encajar en el proceso contencioso-administrativo la operatividad de tal elemento o presupuesto cautelar dentro de límites muy precisos, y bajo la contemplación de su papel subalterno en el juicio cautelar, de modo que, como destaca el ATS de 8 de julio de 1997, la institución cautelar en este tipo de proceso, "no tiene por finalidad propia y directa la de tutelar provisionalmente la situación o posición jurídica de la parte que aparentemente litiga con razón, sino preservar el derecho a la tutela judicial efectiva al final del proceso", diferenciado así medida cautelar de proceso sumario, y añade que, "determina que sea aque, "el periculum in mora", el primer y básico presupuesto para la adopción de la medida cautelar", concluyendo en que, "esta solo deviene necesaria, (...), cuando el citado derecho (tutela judicial efectiva) está en riesgo, o lo que es igual, cuando existe urgencia en

preservarlo". De este modo, y como, "la toma en consideración de intereses contrapuestos puede llevar a detectar situaciones en que no quepa, o sea muy difícil preservar el efecto útil de cualquiera de las posibles sentencia con que ya ha de culminar el proceso, la aplicación de aquel precepto, reinterpretado desde las exigencias constitucionales, no excluye la toma en consideración del criterio de la apariencia del buen derecho, "fumus boni iuris". En similar sentido, la STS de 27 de octubre de 1997"

Igualmente la Sala del T.S.J. de Cantabria en su sentencia de 1 de octubre de 1999 (recurso n°1/1999) dice:

"PRIMERO.-El art. 130 de la nueva Ley de la Jurisdicción dispone la adopción de la medida cautelar, previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso, denegándose aquélla cuando de su adopción pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de un tercero, ponderados de forma circunstancia por el Juez.

SEGUNDO.- El descanso de la decisión jurisdiccional acerca de la adopción o no de la medida de suspensión interesada por la parte recurrente en el criterio de la pérdida de la finalidad legítima del recurso, caso de ejecutarse el acto impugnado, supone la introducción de un concepto jurídico indeterminado, que habrá de ir matizándose y perfilándose en su aplicación a cada supuesto de hecho individualizado, pero en cualquier caso la esencia del mismo estriba en proteger la sentencia frente a riesgos que impidan que sus efectos se desarrollen en condiciones de plena utilidad para el titular reconocido del derecho e interés, de tal modo que caso de no adoptarse la medida cautelar la eventual sentencia estimatoria que pudiera dictarse devendría en una mera e inútil declaración retórica, al haber sido consumados de forma ya irreparable los efectos dañosos para quien la solicita, sin posibilidad de plena efectividad del derecho cuya tutela instaba ante los Tribunales.

TERCERO.- La introducción de dicho criterio legal enlaza, por su propia esencia, pero sin que lleguen a identificarse plenamente con la ya tradicional ponderación del carácter irreparable o no de los perjuicios que la ejecución del acto administrativo pudiera acarrear al interesado, mientras se tramita el procedimiento jurisdiccional, ya que evidentemente la pérdida de finalidad legítima del recurso tiene lugar cuando se han consumado y agotado de forma irreversible los efectos del acto administrativo y éstos han lesionado de forma definitiva los derechos que el interesado pretende hacer valer a través del proceso. Ello entrañaría una evidente vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, que sería inoperante, aún en el caso de haberse dictado sentencia estimatoria del recurso,

ya que resulta ya imposible hacer valer el derecho o interés que a través del proceso se pretendía proteger.

CUARTO.- Sin embargo, la decisión cautelar no debe basarse de forma exclusiva en el criterio anteriormente apuntado, puesto que la Ley de la Jurisdicción hace entrar igualmente en juego como criterio decisorio la posibilidad de perturbación grave para los intereses generales o lo de un tercero, como causa de denegación de aquélla. Ello implica, como el propio art. 130.1 indica, "una valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto", en la que debe lógicamente prevalecer la defensa y protección del interés público, siempre que la misma exija la ejecución del acto administrativo impugnando.

La valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, de todos sin distinción, deberá establecer un balance de esos intereses, explicando, en su caso, la prevalencia que se reconozca a unos sobre otros y la razón de esa prevalencia, y que en la valoración de la entidad de los distintos intereses será factor de especial análisis, y de necesaria explicación en forma circunstanciada, el de la perturbación que, en su caso, pudiera producir la medida cautelar en los intereses generales o de tercero. Entidad de los diferentes intereses y perturbación grave que serán así dos aspectos sobre los que deberá pronunciarse la resolución a dictar sobre la solicitud de las medidas cautelares".

3.- En este sentido, y si bien es cierto que las actuaciones administrativas son ejecutivas y se presumen válidas produciendo efectos desde su fecha y pudiendo procederse a su ejecución forzosa inmediata, no lo es menos también que, desde el punto de vista de los principios democráticos de división y separación de poderes, los citados privilegios, prerrogativas, presunciones y poderes exorbitantes de prevalencia, han de someterse plenamente al control jurisdiccional, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1º, 9º, 103 y 104 de la C.E., en garantía de sometimiento de las administraciones públicas al ordenamiento jurídico y, en definitiva, de su real y efectiva vinculación a los derechos de la persona como fundamento del orden político de conformidad con lo establecido en los artículos 10 y 53 de la C.E.

De igual manera la Sala III del T.S. (sección 7ª) en su sentencia de 16 de julio de 2002 (recurso nº 6936/2000) examina la finalidad de las medidas cautelares en la nueva L.J.C.A. como integrante del derecho a la tutela efectiva y reconoce que no pueden adoptarse sin una previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, constituyendo su finalidad únicamente el aseguramiento de la efectividad de la sentencia o resultado del proceso mientras que en la de la sección 6ª de 3 de julio de 2000 (recurso nº 5073/1998) recuerda el contenido de la "Exposición de

Motivos" de la L.J. que dispone que "se parte de la base de que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva, tal como tiene declarado la jurisprudencia más reciente, por lo que la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario ... y siempre sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto".

4.- En consecuencia, a la luz del anterior marco legal y jurisprudencial y al tender, en el presente caso, las medidas solicitadas a asegurar la efectividad de una eventual sentencia estimatoria y resultar, de la valoración de los intereses en conflicto, indicios racionales de que la no adopción de las mismas pudiera en cuanto que si se procede a la ejecución de la salida del territorio español acordada se produciría una situación fáctica irreversible que no solo haría perder la legítima finalidad de las presentes actuaciones, sin que pueda presumirse que de su adopción pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, y de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 130 de la L.J.C.A., este Magistrado considera que procede acordar las medidas cautelares solicitadas.

SEGUNDO. - Al no apreciarse la concurrencia de temeridad y de conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 139 de la L.J.C.A., este Magistrado estima que no procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas del presente incidente;

y vistos los preceptos citados y demás normas jurídicas de aplicación

DISPONGO LA ADOPCIÓN DE LOS ACUERDOS SIGUIENTES:

I.- SUSPENDO PROVISIONALMENTE EN CUANTO A LA SALIDA DEL TERRITORIO ESPAÑOL LA EJECUCIÓN DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA EN LAS PRESENTES ACTUACIONES HASTA QUE RECAIGA RESOLUCIÓN QUE PONGA FIN A LAS MISMAS; ASI COMO ACUERDO QUE LA PRESENTE RESOLUCIÓN SE COMUNIQUE AL ÓRGANO ADMINISTRATIVO CORRESPONDIENTE PARA QUE DISPONGA SU CUMPLIMIENTO INMEDIATO;

II.- NO HAGO ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS COSTAS DEL PRESENTE INCIDENTE; Y

III.- FINALMENTE DISPONGO QUE LA PRESENTE RESOLUCIÓN SE NOTIFIQUE DEJANDO CONSTANCIA EN LAS PRESENTES ACTUACIONES DE SU PRÁCTICA ASÍ COMO ACUERDO QUE, AL PRACTICARSE DICHAS COMUNICACIONES, SE INDIQUE QUE NO ES FIRME YA QUE CONTRA LA MISMA PODRÁ INTERPONERSE RECURSO DE APELACIÓN EN EL PLAZO PRECLUSIVO E IMPRORROGABLE DE LOS QUINCE DÍAS HÁBILES

SIGUIENTES AL DE SU NOTIFICACIÓN;

y así, por la presente resolución definitiva, lo dispongo y rubrico.

Ante mí que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 281 de la L.O.P.J., doy fe.