

4-2-10

**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 3 DE BILBAO
(BIZKAIA)(E)KO ADMINISTRAZIOAREKIKO AUZIETAKO 3 ZK.KO EPAITEGIA**
BARROETA ALDAMAR 10-5ª planta - C.P./PK: 48001

Tel.: 94-4016704

N.I.G. / IZO: 48.04.3-09/006521

Procedimiento / Prozedura: Medidas cautelares / Kautelazko neurriak 1300/09-

Demandante / Demandatzailea: OSAWE AWE

Representante / Ordezkaría: ALVARO PRADO FALCON

Administración demandada / Administrazio

demandatua: SUBDELEGACION DE GOBIERNO EN
VIZCAYA

Representante / Ordezkaría:

ACTUACION RECURRIDA / ERREKURRITUTAKO JARDUNA:

LA RESOLUCIÓN DEL DELEGADO DEL GOBIERNO EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO DE 28-08-09 POR LA QUE SE DESESTIMA EL RECURSO DE ALZADA INTERPUESTO POR EL DEMANDANTE CONTRA LA RESOLUCIÓN DICTADA POR EL SUBDELEGADO DEL GOBIERNO EN VIZCAYA E L 27-04-09 EN EL EXPEDIENTE 489920090000104 POR LA QUE SE DENIEGA LA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA TEMPORAL Y TRABAJO

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

D. PABLO SURROCA CASAS

En BILBAO (BIZKAIA), a veintisiete de enero de dos mil diez.

HECHOS

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso-administrativo, interpuesto por OSAWE AWE Alvaro Prado Falcón, contra la actuación administrativa referenciada, se ha solicitado por la parte recurrente, la adopción de la siguiente medida cautelar:

La suspensión de la ejecutividad de la Resolución de

28/08/2009 de la Delegación del Gobierno del País Vasco desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de 27/04/2009 del Subdelegado del Gobierno en Vizcaya, por la que se denegó al actor la segunda renovación del permiso de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena. Argumenta en apoyo de su pretensión de tutela cautelar la situación de arraigo en España, la existencia de apariencia de buen derecho, la ausencia de perjuicio a los intereses generales así como la gravedad de los perjuicios que se producirían para el interesado en el caso de no accederse a su pretensión con el riesgo especialmente de que su denegación haría perder al recurso interpuesto su finalidad legítima.

SEGUNDO.- Formada la correspondiente pieza separada, se ha concedido audiencia a la parte demandada, para que pudieran alegar lo que estimaran pertinente sobre la medida solicitada, el mantenimiento de la ejecutividad del acto recurrido mediante la denegación de la medida cautelar solicitada..

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- OBJETO DEL RECURSO.

Para la resolución de la presente solicitud de medida cautelar debemos tener en cuenta que el acto impugnado consiste en la denegación de la 2º renovación del permiso de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.

SEGUNDO.- PRETENSIONES DE LAS PARTES.

La recurrente ha solicitado la suspensión de la ejecutividad de la Resolución de 28/08/2009 de la Delegación del Gobierno del País Vasco desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de 27/04/2009 del Subdelegado del Gobierno en Vizcaya, por la que se denegó al actor la segunda renovación del permiso de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena. Argumenta en apoyo de su pretensión de tutela cautelar la situación de arraigo en España, la existencia de apariencia de buen derecho, la ausencia de perjuicio a los intereses generales así como la gravedad de los perjuicios que se producirían para el interesado en el caso de no accederse a su pretensión con el riesgo especialmente de que su denegación haría perder al recurso interpuesto su finalidad legítima.

La Administración demandada interesa, por su parte, el mantenimiento de la ejecutividad del acto recurrido mediante la denegación de la medida cautelar solicitada.

TERCERO.- MEDIDAS CAUTELARES.

La tutela cautelar forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, tal y como reiteradamente ha destacado el Tribunal Supremo (en autos de fecha 20 de diciembre de 1990, de 17 y 23 de abril, 16 de julio y 19 de diciembre de 1991, 12 de febrero y 11 de marzo de 1992, 24 de enero de 1994, 24 de abril de 1995, etc.) y el Tribunal Constitucional en sentencias 238/1992, de 17 de diciembre o 148/1993, de 29 de abril. La propia Exposición de Motivos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, así lo declara señalando que la adopción de medidas cautelares no debe contemplarse como una excepción sino simplemente como una facultad del órgano jurisdiccional.

El artículo 129 de la LJCA permite a los interesados solicitar medidas cautelares en cualquier estado del procedimiento.

El artículo 130, a su vez, obliga al juez a realizar una valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, añadiendo que únicamente podrá acordarse cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera hacer perder al recurso su finalidad legítima. El apartado 2º permite denegar la medida cuando de su adopción pudiera seguirse una perturbación grave de los intereses generales o de tercero que, de nuevo, el juez deberá valorar de forma circunstanciada.

Dos son los presupuestos de la medida cautelar en el ámbito de esta jurisdicción, análogos a los exigidos en la jurisdicción civil: el *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, entendida en el sentido de que la pretensión, *prima facie*, no esté desprovista de fundamento; y el *periculum in mora*, o temor por el retraso, enunciado en el artículo 130 citado, en la medida en que de no adoptarse la medida se correría un riesgo cierto de hacer perder al recurso su legítima finalidad. Dicho de otra manera, la medida debe ser urgente en cuanto existe una alta probabilidad de que, de no adoptarse, la hipotética sentencia estimatoria perdería su utilidad, produciendo la ejecución del acto impugnado perjuicios de imposible o difícil reparación.

Como es práctica usual en nuestra jurisprudencia, no es necesario que el demandante de la medida cautelar pruebe que el perjuicio se producirá de modo inevitable; basta con que acredite la probabilidad razonable de que se produzca si la cautela no se adopta. La apreciación del perjuicio y su valoración ha de hacerse en relación con los derechos litigiosos. Se trata de evitar que éstos se vean menoscabados de una manera tal que se impida o se dificulte sensiblemente el efecto útil de la hipotética sentencia futura.

Para finalizar, la correcta apreciación de las dos condiciones o requisitos a los que se ha hecho referencia exige identificar, tomar en consideración y ponderar (ex art. 130 de la LJCA) los distintos y contrapuestos intereses que puedan estar afectados en el litigio, valorando el conjunto total de circunstancias que puedan ser relevantes.

**CUARTO.- IMPROCEDENCIA DE LA MEDIDA CAUTELAR
CONTRA UN ACTO DE CONTENIDO NEGATIVO.**

El acto impugnado consiste en un acto de contenido negativo, pues se denegó al actor la segunda renovación del permiso de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.

Como he razonado en otras resoluciones, la regla general es que no puede otorgarse en vía de la tutela cautelar lo que constituye el objeto del pleito principal, porque supondría anticipar el fallo de la sentencia que en su día recaiga en los autos principales. Así, como acto negativo expreso en que consiste la denegación de los permisos de trabajo y residencia, en la práctica es casi imposible que pueda acordarse como efecto positivo su otorgamiento, porque en caso contrario obtendría por el camino de las medidas cautelares el efecto pretendido en el pleito principal. La STSJ del País Vasco del 13 de Junio de 2008 (ROJ: STSJ PV 1457/2008) Recurso: 453/2008 Ponente: ANGEL RUIZ RUIZ en un supuesto de denegación de la renovación ha declarado: "La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en relación con medidas cautelares positivas solicitadas, como es nuestro caso, no accede a la concesión provisional del permiso de residencia y de trabajo que se deniega en las resoluciones administrativas impugnadas sino que, en su caso, lo que se acepta como medida cautelar positiva es suspender las consecuencias negativas que se derivan del acto administrativo de contenido negativo - denegación de permiso de residencia- y que se traducen en la orden de salida del territorio español derivada de las resoluciones administrativas que deniegan el permiso de residencia y de trabajo.

La conclusión de lo anterior y de las pautas que sigue la Sala al enfrentarse a debates vinculados a medidas cautelares en supuestos análogos al de autos, es el rechazo de medidas cautelares positivas, en concreto de la pedida por el apelante; por ello, procede desestimar el recurso de apelación y confirmar el auto recurrido."

Ahora bien, el hecho de que con la medida cautelar se obtenga precisamente lo que se pretende en el pleito principal no constituye, a mi juicio, un obstáculo insalvable para su otorgamiento. Sin ir más lejos en la jurisdicción civil están legalmente admitidas las medidas cautelares anticipatorias del fallo, como sucede con la orden de cesar provisionalmente una actividad (art. 727.7 de la LECv) cuando lo que se persigue precisamente en el pleito principal es que dicha actividad cese definitivamente. Es decir, no es contrario a la esencia o naturaleza de las medidas cautelares que las mismas puedan anticipar preventivamente el sentido de lo querido con la demanda.

No obstante, lo cierto es que el uso de tales medidas cautelares, que usualmente reciben el nombre de anticipatorias, debe ser muy moderado y ponderado, en cuanto que suponen un triunfo provisional de la pretensión principal; sobre todo en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, donde se reacciona frente a una actuación dotada de presunción de legalidad. No obstante, lo que es incontestable es que las medidas cautelares están

enderezadas a evitar que el recurso principal pueda perder su legítima finalidad en la medida en que su no adopción pueda producir perjuicios irreparables o de difícil reparación y esto es lo primero que debe ser comprobado. Si la respuesta es positiva, el tipo de medida solicitada y el hecho de que suponga obtener provisionalmente lo pedido con carácter definitivo no pueden convertirse en argumentos suficientes para denegar la medida pues, en ocasiones, son estas medidas anticipatorias del fallo las únicas útiles y efectivas en orden de conjurar los riesgos de inutilidad de la eventual sentencia estimatoria. Y es lo que sucede en el presente caso, donde nos encontramos con una persona que lleva más de cinco años viviendo en España y haciéndolo de forma legal. Esto ha determinado la existencia de unos vínculos sociales y, sobre todo, profesionales, que se podrían truncar de denegarle la renovación del permiso de residencia y trabajo. No basta por ello con conjurar el efecto de una posible expulsión o salida obligatoria, pues si de verdad queremos asegurar la eficacia de una sentencia estimatoria, que a buen seguro tardará en llegar, es preciso mantener el status quo existente con anterioridad a la resolución denegatoria. Y ese estado de cosas no se conserva sólo con permitir al solicitante la posibilidad de vivir en España, sino que es preciso dar un paso más y permitirle, no solo vivir, sino también residir y trabajar legalmente. En caso contrario, de suspender únicamente el efecto de una posible expulsión o salida obligatoria, se estaría abocando al recurrente a una situación de ilegalidad, si bien consentida, que lo conduciría a buen seguro a la marginalidad pues el recurrente, para poder mantenerse en España, debería o bien vivir de la ayuda social pública o privada, o bien trabajar en la economía sumergida. Ambas posibilidades suponen, sin ninguna duda, un paso atrás en la situación de integración y arraigo personal, social y profesional de la que goza actualmente y que acredita suficientemente con la documental aportada (documentos 6 al 8 de la demanda).

Dicho esto, ninguna perturbación grave se causa a los intereses generales o de tercero. Antes al contrario, mayores perjuicios se causan a la sociedad o al interés público general de desarrollar una política inmigratoria ordenada y legal, que facilite la integración, permitiendo que una persona que residió y trabajó legalmente en nuestro país continúe viviendo en España, pero sin poder trabajar legalmente, convirtiéndola así en presa fácil de la explotación y de la delincuencia.

QUINTO.- COSTAS.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA, no procede hacer un especial pronunciamiento sobre las costas causadas en el presente incidente.

En atención a lo expuesto, .

PARTE DISPOSITIVA

ACCEDER A LA MEDIDA CAUTELAR POSITIVA solicitada y, en consecuencia:

CONCEDER PROVISIONALMENTE a D. Osawe Awe la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena (2ª renovación).

No se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas.

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 4759-0000-85-1300-09, 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 MAGISTRADO, doy fe.

EL MAGISTRADO

EL SECRETARIO JUDICIAL

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

Zedula honen beheko aldean zehaztuta dagoenari jakinarazteko balio izan dezan, idazki hau egiten dut, BILBAO (BIZKAIA) (e)n, bi mila eta hamar(e)ko urtarrilaren hogeita zortzi(e)an.

EL SECRETARIO JUDICIAL / IDAZKARI JUDIZIALA

OSAWA AWE
ALVARO PRADO FALCÓN (LETRADO). AVDA.
DE LAS ARENAS 2B -2 DPT-4 48930
GETXO.