



**T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD
PALMA DE MALLORCA**

SENTENCIA: 00: 5/:

APELACIÓN

ROLLO SALA Nº 1:

**DILIGENCIAS PIEZA SEPARADA DE SUSPENSIÓN/MEDIDAS CAUTELARES Nº
1/2012**

JUZGADO CONTENCIOSO Nº

SENTENCIA Nº:

En Palma de Mallorca a diecinueve de marzo de dos mil trece

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. Gabriel Fiol Gomila

MAGISTRADOS

D. Pablo Delfont Maza

Dº: Carmen Frigola Castellón

VISTOS por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears las Diligencias Pieza Separada de Suspensión/Medidas Cautelares seguidas en el Juzgado de los Contencioso-Administrativo nº 2 de Palma de Mallorca, con el número de autos nº 122/2012 y nº de rollo de apelación de esta Sala 52/2013. Actúa como parte apelante D. \ ; representado por la Procuradora Sra. Dº. María del Romero Gaspar de L'Hotellerie de Fallois y defendido por la Letrado Sra. Dº. Margarita Palos Nadal y como parte apelada la DELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN ILLES BALEARS representada y defendida por el Abogado del estado Letrado Sr. D. Pedro Vidal Monserrat.

Margarita Palos Nadal



Constituye el objeto del recurso la Resolución de la Delegación de Gobierno de 13 de diciembre de 2011 que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de esa misma Delegación de 27 de octubre de 2011 que denegó la solicitud de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano comunitario a D.

El auto número 281/2012 de veinticuatro de octubre de dos mil doce del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Palma deniega la medida cautelar positiva solicitada por la parte recurrente.

Ha sido Magistrado Ponente la Ilma. Sra. Dña. Carmen Frigola Castellón, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO: El Auto nº : dictado por la Ilma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº de Palma en los autos seguidos por los trámites de procedimiento abreviado y de los que trae causa el presente rollo de apelación decía literalmente en su fallo:

"SE DENIEGA LA MEDIDA CAUTELAR POSITIVA solicitada por la parte recurrente, con imposición a la misma de las costas causadas en el presente incidente."

SEGUNDO: Contra la anterior resolución interpuso la demandante recurso de apelación en plazo y forma siendo admitida a un solo efecto.

TERCERO: No se ha solicitado práctica de prueba ni trámite de vista o conclusiones.

CUARTO: Se ha seguido el recurso con arreglo a los trámites de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa, quedando los autos conclusos para dictar sentencia, señalando para la votación y fallo el día 19 de marzo de 2.013.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Magistrado Ponente



PRIMERO: Es objeto de impugnación en autos la pieza separada de medidas cautelares solicitadas por la parte recurrente a propósito de la impugnación planteada contra la Resolución de de octubre de I dictada por la Delegación de Gobierno que denegó la expedición de la tarjeta de residencia de familiar comunitario a D. , confirmada en reposición por la Resolución de esa misma Delegación de de diciembre de I.

En el recurso de reposición interpuesto por la parte se solicitó por medio de otrosí y al amparo de lo dispuesto en el artículo 111 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común la suspensión de la Resolución de de octubre de

En la pieza de medidas cautelares solicitó la parte la prórroga de la suspensión de la Resolución de de octubre de I concedida por silencio positivo en vía administrativa y ello supone para la parte la suspensión del acto en cuanto al derecho de permanecer en territorio español el recurrente y a trabajar en España.

El auto del Juzgado recoge la Jurisprudencia de la Sala en cuanto a la concesión de medidas cautelares positivas que exige la invocación de identidad con el caso supuesto, lo cual no hacía la parte. Y consideraba improcedente la concesión cautelar de una autorización de trabajo y residencia entre tanto se tramitaba el recurso sin que concurriera apariencia de buen derecho ya que la adopción de la medida cautelar responde a la necesidad de asegurar en su caso la efectividad del pronunciamiento futuro y no ocurría esa situación en el caso de autos ya que el reconocimiento a esa autorización no quedará inefectiva ya que se podrá disfrutar del mismo en su momento.

Disconforme con la resolución dictada se alza en apelación la defensa del recurrente considerando que el auto dictado no da respuesta a los parámetros situados en la solicitud de la medida cautelar y debe partirse de que existe una suspensión por silencio en vía administrativa y considera que no valora las circunstancias del caso en concreto al tratarse de un ciudadano moldavo casado con española al que le es de aplicación el régimen del RD 240/2007.

SEGUNDO: El artículo 111-3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común reconoce

Segun de de . S .



efectos positivos al silencio de la Administración transcurridos 30 días desde la petición de la parte formulada en el recurso administrativo correspondiente solicitando la suspensión de la ejecutividad del acto. Pues bien, la parte presentó el recurso de reposición según se observa en el sello de entrada de 30 de noviembre de 2011 y por otrosí solicitaba expresamente la suspensión del acto administrativo recurrido, lo cual motivó que transcurridos 30 días hábiles desde la fecha de esa presentación al no haber resuelto esa cuestión el silencio tiene carácter positivo. Como en la resolución del recurso de reposición de 13 de diciembre de 2011 nada se dice en torno a la suspensión y posteriormente nada se ha resuelto sobre esa cuestión es claro que en vía administrativa se concedió la medida cautelar solicitada de suspender el acto impugnado, pero esa suspensión ha de entenderse en clave de suspensión de los efectos positivos del acto negativo, ya que no cabe la suspensión de un acto negativo, porque ello equivaldría a conceder lo que se ha negado.

Instalada la petición en vía contenciosa esta ha de valorarse conforme a los postulados que exigen el artículo 129 y siguientes de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa, es decir, deben valorarse los perjuicios graves e irreparables que la ejecutividad del acto depara al recurrente de forma que es necesario ponderar esos intereses confrontados y cuando los del particular sean de mayor intensidad que los generales entonces procederá la concesión de la medida cautelar para no hacer perder la finalidad al recurso.

Pues bien, es cierto que se parte en este caso de una situación de suspensión del acto impugnado acordada por vía del silencio, y por ello la parte solicita la prórroga de esa suspensión, pero la parte pretende una concesión de medida cautelar positiva, de forma que no se conforma únicamente con el mantenimiento de la suspensión del efecto positivo del acto negativo, es decir, de la obligación de salida del país al carecer de autorización administrativa, sino que además pretende también que se le permita a su vez la posibilidad de trabajar en el país, y es por ello que la petición como bien indica la actora constituye una petición de medida cautelar positiva.

TERCERO: El recurrente es el marido de una nacional española y tiene inscrito su matrimonio concertado en Moldavia en el Registro Central, por lo tanto es obvio y manifiesto que tiene arraigo familiar en el país. En consecuencia y en



relación a la ponderación de los intereses generales y los particulares del recurrente, consistentes en de un lado tener que abandonar voluntariamente el país por inexistencia de autorización administrativa, frente al derecho de los cónyuges a vivir juntos que la ley les reconoce, es claro que en este caso es preponderante el interés del recurrente. Por lo tanto el efecto positivo del acto negativo, esto es, la obligación de abandonar el país por inexistencia de autorización administrativa concedida en la expedición de la tarjeta de residencia de familiar comunitario, ha de autorizarse y suspenderse.

Con la suspensión de obligación de salida del país se permite continuar con su relación marital que justifica el arraigo del recurrente en España

CUARTO: Cuestión distinta es que mientras se resuelve definitivamente en vía contenciosa la impugnación del acto, se obtenga la medida cautelar positiva de autorizarle a trabajar en España cual si ya se tuviera cautelarmente la tarjeta que precisamente la ha sido denegada.

En este sentido sí ha de confirmarse los acertados argumentos del Auto combatido que se ciñen y circunscriben a la Jurisprudencia reiterada de esta Sala en cuanto a las medidas cautelares positivas.

El contenido negativo de los actos administrativos, en principio, no obsta a la adopción de medidas cautelares que amparen el interés de la parte, como pudieran ser las positivas, pero ello deberá hacerse siempre que exista riesgo para la finalidad legítima del recurso y no se comprometa el interés general o de terceros. La concesión de una medida cautelar de esa naturaleza tiene carácter excepcional y obedece y trae razón de ser por los perjuicios graves e irreparables que a la parte puede ocasionarle quedar privado de esa autorización.

Como ya ha tenido ocasión esta Sala de pronunciarse en Sentencia nº 765/2010 de 6 de septiembre la medida cautelar responde a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional, o dicho de otra forma, que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano



jurisdiccional en su momento. En ningún caso la medida cautelar supone un anticipo de lo que en sentencia puede concederse, pues su finalidad es evitar la pérdida de la finalidad del recurso. Y siendo ello así, obviamente su concesión sólo procede cuando la ejecución del acto haría ineficaz la sentencia obtenida.

Siguiendo con lo expuesto en sentencia nº 765/2010 ya se decía que esta Sala ha reiterado la improcedencia de la concesión de la medida cautelar positiva en tanto se tramita el procedimiento contencioso administrativo salvo que se invoque identidad del caso con supuesto que ha sido merecedor de sentencia estimatoria, lo que equivale a significar apreciar en ese concreto caso el *fumus bonis iuris* necesario para poder conseguir esa medida. Ninguna sentencia ha señalado la parte apelante que en caso idéntico al suyo haya conseguido la medida cautelar positiva que ahora pretende.

La sentencia citada indica que *"La concesión cautelar de un permiso de trabajo y residencia entretanto se tramita el recurso contencioso-administrativo, sin que concurra apariencia de buen derecho en los términos expuestos, no es procedente ya que la adopción de una medida cautelar responde a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional; esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento. En nuestro caso, una eventual sentencia que reconozca el derecho al permiso permanente no quedará inefectiva ya que se podrá disfrutar del mismo."*

En definitiva, la posibilidad de obtener una autorización temporal de trabajo no encuentra justificación dado el carácter excepcional y singularísimo que ostenta esa medida.

Llegados a este punto cumple estimar parcialmente el recurso de apelación y procede acordar la suspensión de la obligación de salida del país pero deben desestimarse el resto de pedimentos solicitados como medida cautelar.

QUINTO: En aplicación del art. 139.2º de la Ley Jurisdiccional/98, no procede expresa imposición de costas.

