

Comisión de Ayuda al  
Refugiado en Euskadi

C.I.F.: G-46836656  
C/ Cristo 2 bis. 3º  
Tel.: 94 424 23 44  
Fax: 94 424 59 38  
48007 BILBAO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN N° 1652/09

DE Apelación

SENTENCIA NUMERO 33/2010

ILMOS. SRES.  
PRESIDENTE:  
DOÑA ANA ISABEL RODRIGO LANDAZABAL

MAGISTRADOS:  
DON LUIS ÁNGEL GARRIDO BENGOETXEA  
DON JOSÉ ANTONIO ALBERDI LARIZGOITIA

En la Villa de BILBAO (BIZKAIA), a veinte de enero de  
dos mil diez.

La sección segunda de la Sala de lo  
Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia  
del País Vasco, compuesta por los Ilmos. Sres. antes  
expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el  
recurso de apelación, contra el Auto dictado el veintidós de  
Julio de dos mil nueve por el Jdo. de lo Contencioso  
Administrativo n° 4 de BILBAO (BIZKAIA) en el recurso  
contencioso-administrativo número 662/09.

Son parte:

- APELANTE: ADMINISTRACION DEL ESTADO -MINISTERIO DEL  
INTERIOR-, representada y dirigida por el ABOGADO DEL ESTADO.

- APELADO: D. \_\_\_\_\_, representado y asistido  
por la Letrada Dª. SUNIVA MARTINEZ ESTARTA.

Ha sido Magistrada Ponente el Iltmo. Sr. D. JOSE  
ANTONIO ALBERDI LARIZGOITIA.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Jdo. de lo Contencioso Administrativo nº 4 de BILBAO (BIZKAIA) en el recurso contencioso-administrativo núm. 662/09 promovido por contra la resolución del 30 diciembre 2008 de la Subdelegación del Gobierno en Vizcaya, denegatoria de la autorización inicial de residencia temporal, siendo parte demandada la ADMINISTRACION DEL ESTADO -MINISTERIO DEL INTERIOR-, se dictó auto el 22 de julio de 2009 por el que se disponía la suspensión provisional del deber legal de salida obligatoria inherente a la denegación, y ordenó a la Administración la concesión provisional o cautelar del permiso solicitado y de la documentación suficiente para que el demandante pueda desarrollar con normalidad sus actividades habituales.

**SEGUNDO.-** Contra dicho Auto se interpuso por la ADMINISTRACION DEL ESTADO -MINISTERIO DEL INTERIOR- recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia por la que, estimando el presente recurso, se revoque el Auto recurrido.

**TERCERO.-** El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación.

En fecha 3 de noviembre de 2009 se presentó por don Driss Jaghouma escrito de impugnación del recurso de apelación formulado de contrario, suplicando se desestime el recurso interpuesto por la Abogacía del Estado, con expresa imposición de costas a la misma.

**CUARTO.-** Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 19 de enero de 2010, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

**QUINTO.-** Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO:** La Administración General del Estado interpone el presente recurso de apelación contra el auto de 22 julio 2009 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo Número 4 de Bilbao, por el que, en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Jaghouma Driss contra la resolución del 30 diciembre 2008 de la Subdelegación del Gobierno en Vizcaya, denegatoria de la autorización inicial de residencia temporal por la existencia de un informe gubernativo desfavorable fundado en la detención del solicitante por un delito de robo con violencia e intimidación, se adoptó la medida cautelar de suspensión provisional del deber legal de salida obligatoria inherente a la denegación, y ordenó a la Administración la concesión provisional o cautelar del permiso solicitado y de la documentación suficiente para que el demandante pueda desarrollar con normalidad sus actividades habituales.

El auto apelado otorga las medidas cautelares interesadas por entender que la ejecución de la resolución recurrida produciría una situación fáctica irreversible que haría perder su legítima finalidad al recurso, considerando que su concesión no perturba los intereses generales o de tercero.

El Abogado del Estado se alza contra dicha resolución alegando que contraría, tanto la normativa que regula las medidas cautelares, como la jurisprudencia que la interpreta, sin hacer alusión alguna al caso concreto examinado. Alega que en supuestos como el presente la doctrina de esta Sala se limita a suspender las consecuencias negativas que se derivan de la resolución denegatoria, y más concretamente de la salida obligatoria de España, pero en modo alguno accede a la concesión provisional del permiso de residencia y trabajo denegado.

Al recurso se opuso don [redacted] reproduciendo literalmente su escrito de solicitud de las medidas cautelares y alegando su arraigo personal en España.

**SEGUNDO:** La tutela cautelar responde a la necesidad de asegurar la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional e integra el derecho a la tutela judicial efectiva, y, aun partiendo de la regla general de ejecutividad del acto administrativo, autoriza su suspensión o la adopción de otra medida paliativa si concurre un auténtico peligro para los intereses del recurrente en la demora del proceso *periculum in mora* que, ponderado junto a los intereses públicos y de terceros que exijan su ejecución, resultara prevalente y digno de tutela.

El régimen jurídico de la tutela cautelar introducido por las Ley 29/98, de 13 de julio, tiene como condición necesaria, aunque no suficiente la pérdida e la finalidad legítima del recurso en el caso de no adoptarse la medida cautelar que se interese, medida que ya no tiene por qué ser necesariamente la de suspensión del acto, sino cualquiera, positiva o negativa, que sea necesaria para preservar el efecto útil de la sentencia, ya que como reza literalmente el art. 130.1 LJCA "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".

Es por ello que todo análisis de una pretensión de tutela cautelar ha de comenzar necesariamente por verificar la concurrencia de dicha condición necesaria aunque no suficiente, puesto que de no concurrir procede su denegación y deviene ocioso todo otro comentario, pese a que, con una deficiente técnica legislativa, el art.130.1 LJCA parece dar a entender que resulta previa la valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, conclusión errónea, ya que es manifiesto que dicha ponderación de intereses es ociosa si no concurre la condición necesaria de la pérdida de la finalidad legítima del recurso, y por tanto dicho juicio de ponderación de intereses, por exigencias de la lógica y razones de economía, debe seguir necesariamente a la verificación de la condición necesaria.

La pérdida de la finalidad legítima del recurso ha sido equiparada por la doctrina jurisprudencial (STS de 18 de noviembre de 2002 y las que en ella se citan) a la creación de situaciones irreversibles con merma del principio de identidad entre lo dispuesto en el fallo y la ejecución posible del mismo, o bien a la causación de perjuicios irreparables o difíciles de reparar.

Justificada la pérdida e la finalidad legítima del recurso han de ponderarse los intereses en conflicto, pudiendo ser denegada la medida cuando con ella se cause grave perturbación de los intereses generales o de tercero que el Tribunal debe ponderar circunstanciadamente.

Resta por decir que el *fumus boni iuris*, pese a que el Proyecto de reforma de la ley de la Jurisdicción de 1995 manifestó expresamente su oposición al juego de dicho principio, y a que el Proyecto de 1998 lo incluía expresamente en su art. 124 y pese a ello desapareció durante la tramitación parlamentaria y en el proyecto definitivamente aprobado, constituye, sin embargo, una técnica a la que, si bien el legislador de 1998 no le ha reservado un papel determinante, seguramente, porque como dice la STS de 7 de julio de 2004 con cita de numerosas sentencias precedentes no es el incidente de suspensión el lugar idóneo para decidir la

cuestión de fondo, no queda excluida del proceso de decisión cautelar, 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 art.56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y art. 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; c) es de preceptiva aplicación cuando se trata de aplicar el Derecho comunitario -sentencia Factortame, del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de 19 de junio de 1990 (TJCE 1990/12)-; d) el propio art. 136 lo recoge en los supuestos de los arts. 29 y 30 de la Ley; y e) lo reconoce y aplica la doctrina jurisprudencial más reciente (STS 7 de julio de 2004), si bien limitado a supuestos de ilegalidad palmaria y evidente como en los supuestos de disposiciones o actos previamente anulados por sentencia firme, o de actos contrarios a una doctrina jurisprudencial consolidada, en los que se aprecia sin necesidad de complejas argumentaciones jurídicas, y como dice el auto TS de 12 de julio de 2004 con cita de los Autos de esta Sala de 19 de mayo y 12 de noviembre de 1998 y la sentencia de 10 de julio de 1998, puede ser importante para dilucidar la prevalencia del interés que podría dar lugar a la procedencia de la suspensión, siempre que concurra la existencia de daños o perjuicios acreditados.

Por lo que se refiere a los actos negativos, a los actos denegatorios de autorizaciones y permisos, constituía una doctrina clásica bajo la vigencia de la Ley Jurisdiccional de 1956 que no cabía la suspensión de actos de contenido negativo. De ella es exponente el ATS 25 de septiembre de 1998, según el cual "es doctrina jurisprudencial muy reiterada que no procede acceder a la suspensión de actos negativos que en nada modifican o innovan una situación jurídica preexistente (AATS 20 de mayo y 19 de julio 1991, 2 de diciembre de 1993, 9 de febrero y 14 de julio de 1995).

En efecto, la jurisprudencia recaída en interpretación del régimen de tutela cautelar contemplado por la anterior Ley de la Jurisdicción de 1956, apartándose de aislados pronunciamientos iniciales, negó constante y uniformemente la posibilidad de suspensión de los actos denegatorios de autorizaciones o permisos, argumentando que, dado su contenido negativo, la referida suspensión implicaría la concesión, siquiera con carácter temporal durante la sustanciación del proceso de la licencia o permiso denegados ( Autos de 3 junio y 16 julio 1991 -RJ/1991/4604 y RJ/1991/5846-, 24 enero 1994 -RJ/1994/230-, 31 enero 1995 -RJ/1995/259-, 15 octubre 1996 -RJ/1996/7737 -, 2 junio 1997 -RJ/1997/4858, y 27 febrero 1998 -RJ/1998/2889).

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".

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. Así lo expresa con rotundidad la STS 17 de Abril del 2001 (Recurso: 8183/1998):

<< SEGUNDO.- Ciertamente, el deber de abandonar el territorio español como consecuencia de la denegación del derecho de asilo es susceptible de suspensión cautelar por tener un evidente contenido positivo, sin perjuicio, incluso, de la posibilidad de adoptarse cualquier otra medida cautelar durante la sustanciación del proceso, como ha declarado esta Sala del Tribunal Supremo en sus Sentencias de 13 de marzo, 28 de abril y 4 de diciembre de 1999, 13 de noviembre de 2000 y 20 de enero de 2001, al expresar que la antigua y tradicional doctrina jurisprudencial acerca de la no suspensión de los actos negativos ha sido superada, estando permitida la adopción de medidas cautelares positivas, con arreglo a lo dispuesto por los artículos 24.1 de la Constitución y 1428 de la Ley de Enjuiciamiento civil, supletoria de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, tendentes a preservar la ejecución de lo resuelto en la sentencia que ponga fin al pleito, y ahora expresamente sancionadas tales medidas en el artículo 129.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, razón por la que los dos motivos de casación deben ser estimados.>>

Dicha doctrina se continúa en las SSTS de 08 de Mayo del 2003 (Recurso: 3836/2000), 22 de Febrero del 2006 (Recurso: 5805/2003), de 21 de julio de 2009 (Rec. 1211/2008), si bien parecen pronunciarse en sentido contrario la STS de 13 de Marzo del 2008 (Rec. 8143/2004) y la STS 25

de Mayo del 2007 ( Rec. 1916/2004.), sentencias que, sin embargo, no conforman doctrina jurisprudencial por no ser esa la razón de decidir de las mismas.

Pues bien, aun cuando desde la perspectiva legal nada impida la adopción de una medida cautelar de carácter positivo tras haber perdido vigencia la anterior doctrina jurisprudencial, lo que resulta inexcusable en el nuevo régimen cautelar, es que (1) la no adopción de la medida positiva haga perder al recurso su finalidad al causar perjuicios de difícil reparación o crear situaciones irreversibles, (2) que la medida positiva resulte necesaria para preservar el efecto útil de la sentencia, y (3) que el interés que con la medida positiva se trate de proteger resulte prevalente respecto del interés público en presencia.

Resta por decir que una clásica doctrina jurisprudencial de la que son exponentes las SSTs STS 8 de Noviembre del 2007 (Recurso: 6428/2003) y de 8 de Noviembre del 2007 (Recurso: 8074/2002), concluye que 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 particular de permanecer en España. So pena de convertir la suspensión en una medida automática, la jurisprudencia la limita a los supuestos de arraigo familiar, económico o social.

**TERCERO:** En el supuesto de autos el auto apelado acuerda la suspensión del deber legal de salida obligatoria inherente a la denegación de la autorización de residencia, pronunciamiento al que se aquieta el Abogado del Estado, pero además dispone la concesión provisional o cautelar del permiso solicitado, a lo que se contrae el presente recurso.

Pues bien, así como el deber de salida obligatoria entraña un claro perjuicio para quien ha de cumplirlo, y acreditado su arraigo, procede la suspensión del mismo, no ocurre lo mismo con la denegación de la autorización de residencia temporal inicial denegada, pues ni el escrito de solicitud de la medida deja constancia de los perjuicios irreparables que le pueda irrogar al interesado el carecer de dicha autorización durante el proceso, más allá del deber legal de salir obligatoriamente de España que ello conlleva, ni el auto apelado alude a ellos, por lo que resulta obligado concluir que la concesión provisional o cautelar de la autorización denegada no guarda relación alguna con los perjuicios que la denegación pudiera originar al interesado, supone anticipar el fallo en una suerte de tutela provisional, en la medida en que la autorización inicial tiene una duración de un año, y constituye una anticipación del fallo que desborda el régimen legal de la tutela cautelar.

**CUARTO:** De conformidad con lo dispuesto en el art. 139.2 de la Ley de la Jurisdicción, no ha lugar a imponer las costas causadas en ninguna de las instancias, debiendo correr cada parte con las suyas y las comunes por mitad.

Vistos los artículos citados y demás preceptos de pertinente y general aplicación este Tribunal dicta el siguiente

#### FALLO

Que ESTIMANDO el presente recurso de apelación n° 1652/2009, interpuesto por la Administración General del Estado contra el auto de 22 julio 2009 del Juzgado de lo Contencioso -administrativo Número 4 de Bilbao, por el que, en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Jaghouma Driss contra la resolución del 30 diciembre 2008 de la Subdelegación del Gobierno en Vizcaya, denegatoria de la autorización inicial de residencia temporal, se adoptó la medida cautelar de suspensión provisional del deber legal de salida obligatoria inherente a la denegación, y ordenó a la Administración la concesión provisional o cautelar del permiso solicitado y de la documentación suficiente para que el demandante pueda desarrollar con normalidad sus actividades habituales, debemos:

**Primero:** Revocar como revocamos y dejamos sin efecto el auto apelado, exclusivamente en cuanto ordena la concesión provisional o cautelar del permiso solicitado.

**Segundo:** Sin imposición de las costas.

Devuélvase al Juzgado de procedencia los autos originales y el expediente administrativo para la ejecución de lo resuelto, junto con testimonio de esta resolución.

Esta resolución es firme y contra la misma no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.