



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 514/05

DE Apelación Ley 98

SENTENCIA NUMERO 985/05

ILMOS. SRES.  
PRESIDENTE:  
D. JUAN LUIS IBARRA ROBLES

MAGISTRADOS:  
D. AGUSTIN HERNANDEZ HERNANDEZ  
DÑA. BEGOÑA ORUE BASCONES

En la Villa de BILBAO, a dos de diciembre de dos mil cinco.

La sección número 3 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 interpuesto por [redacted], contra el auto dictado el veintiséis de Mayo de dos mil cinco por el Jdo. de lo Contencioso Administrativo nº 1 (Bilbao) de BILBAO en el recurso contencioso-administrativo número 173/05.

Son parte:

- APELANTE: [redacted] representado y dirigido por el Letrado D. JAVIER CANIVEL FRADUA.

- APELADO: SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN VIZCAYA DEPENDENCIA PROVINCIAL DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representado por y dirigido por el ABOGADO DEL ESTADO.

Ha sido Magistrado Ponente la Ilma. Sra. Dña. BEGOÑA ORUE BASCONES.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Jdo. de lo Contencioso Administrativo nº 1 (Bilbao) de BILBAO se dictó auto en el recurso contencioso-administrativo número 173/05 promovido por [redacted], contra EXTRANJERÍA. ABREVIADO.-RCA CONTRA LA RESOLUCIÓN DEL SUBDELEGADO DEL GOBIERNO EN VIZCAYA DE 30-03-05 POR LA QUE SE DENIEGA LA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA TEMPORAL POR CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES. EXPTE 480020040010847 BB/MM., siendo parte demandada SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN VIZCAYA DEPENDENCIA PROVINCIAL DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES.

**SEGUNDO.-** Contra dicha resolución se interpuso por [redacted] recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dicte sentencia.

**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 recurso y, en su caso, adherirse al mismo.

**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 01.12.05, 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 DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se interpone el presente recurso de apelación contra el Auto dictado con fecha 26 de mayo de 2005 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de los de Bilbao, recaído en los autos del recurso contencioso-administrativo registrado con el nº 173/05

El Auto acuerda no haber lugar a la adopción de la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad de la resolución recurrida, solicitada por la parte recurrente. La medida cautelar fue interesada en relación con la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Vizcaya de fecha 30 de marzo de 2005 que resolvió denegar la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales

solicitada por \_\_\_\_\_ advirtiéndole que en aplicación del artículo 28.3 c) de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, deberá efectuar su salida del territorio español en el plazo máximo de 15 días, contados a partir del día siguiente al de la notificación de la presente resolución.

El Auto recurrido establece como razón de decidir que en el presente caso no se aprecian circunstancias determinantes de la adopción de la medida al exceder la pretensión de autorizar la actividad laboral del recurrente del ámbito en el que ha de desenvolverse la justicia cautelar y por considerar que la salida del territorio no resulta automáticamente de la decisión administrativa impugnada.

La parte apelante se alza contra dicha decisión invocando su nulidad, al amparo de lo dispuesto en el artículo 238.3 de la L.O.P.J. en relación al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 C.E. toda vez que, según esgrime, la resolución objeto del presente recurso no explicita en manera alguna los motivos, razones o argumentos que llevan al juzgador de instancia a desestimar la medida cautelar interesada, siendo evidente que el Auto incurre en una ausencia total del proceso lógico en el que se funda el juzgador para establecer la desestimación de la medida cautelar, falta total de motivación que ha provocado una evidente indefensión.

De otra parte, considera que la breve argumentación señalada en la resolución recurrida infringe por inaplicación el artículo 129 y siguientes de la Ley Jurisdiccional, recordando que el artículo 130.1 de la Ley 29/1998 establece como criterio para acordar una medida cautelar suspensiva que "la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, siendo junto al criterio de la apariencia de buen derecho para la adopción de tal medida cautelar la existencia de una situación de urgencia o de perjuicio irreparable, el llamado "periculum in mora" ante la espera de la decisión definitiva del pleito.

Alega igualmente que, en cuanto a los perjuicios que se irrogarían al apelante en el caso de procederse a la ejecución de la resolución administrativa recurrida, deberá tenerse presente en primer lugar que la expulsión a su país de origen la ocasionará un perjuicio imparable, bastando para ello ponderar los daños derivados del obligado cambio de residencia (artículo 19 C.E.), resultando las consecuencias dañosas derivadas de la ejecución del acto administrativo recurrido connaturales y automáticas al mismo.

Además, el apelante cuenta con arraigo personal en España como lo acreditan los documentos aportados en la

demanda, tales como: a) Permiso cuya renovación se interesaba, tipo C, es decir, que accedería al permiso de residencia permanente lo que, como mínimo, determina cinco años de residencia legal en España y que de por sí acredita suficiente arraigo personal en España; b) Copia de la vida laboral y c) Copia de empadronamiento.

Asimismo deberá tenerse en cuenta que tiene arraigo laboral en España, contando con una oferta laboral para trabajar en España, tal y como acreditó con los doc números 7 y 8 aportados con la demanda con lo que, amén de la salida de España, se le estaría privando de su incorporación al mercado de trabajo, por cuanto es de presumir que el empleador no mantenga la oferta hasta la finalización del presente procedimiento, siendo de añadir que el apelante no ha llevado a cabo conducta antisocial o peligrosa alguna para el interés público o social de lo que se deriva la escasa o nula relevancia para el interés público de la inmediata ejecución del acto administrativo recurrido.

Alega, en fin, la apariencia de buen derecho de que goza su pretensión dado que la denegación de la autorización de trabajo y residencia infringe al menos el principio de presunción de inocencia al denegarse la autorización de residencia en base a antecedentes policiales.

Interesa, en base a todo ello, se dicte auto por el que se acuerde la estimación del presente recurso y, consiguientemente, la nulidad del auto recurrido, o subsidiariamente la anulación del mismo, así como la adopción de la medida cautelar consistente en la suspensión de la ejecutividad de la salida obligatoria acordada contra el recurrente. También en el expediente objeto del presente recurso hasta la sentencia firme que ponga fin al mismo, acordando asimismo la autorización laboral del recurrente.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso lo sustenta el apelante, con invocación del artículo 238.3 de la L.O.P.J. en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 C.E., en la falta de motivación del Auto recurrido que le ha producido indefensión, en tanto que, según afirma, el juzgador de instancia no explica en manera alguna los motivos o razones que le han llevado a desestimar la medida cautelar interesada.

Motivo éste que no puede prosperar al no apreciarse en el auto recurrido que se produzca una infracción de deber de motivación por cuanto la forma sucinta en la que se expresa la motivación del Auto recurrido debe ser considerada como suficiente, habida consideración que en el mismo se razona que la pretensión de autorizar la actividad laboral del recurrente excede del ámbito en el que ha de desenvolverse la justicia cautelar.

Razonamiento éste que viene avalado por la doctrina contenida en numerosas sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, SSTS de 28 de febrero de 1998, 21 de diciembre de 1999, 22 de enero, 26 de febrero y 23 de diciembre de 2000 y 17 de marzo de 2001, en las que tiene declarado que no cabe prejuzgar, al resolver el incidente de medidas cautelares, la cuestión de fondo pues, de lo contrario, se quebrantaría el derecho fundamental al proceso con las debidas garantías de contradicción y prueba (artículo 24 C.E.), salvo en aquellos supuestos en que se solicita la anulación de un acto administrativo dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general declarada previamente nula o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente.

De otra parte, la forma sucinta en la que se expresa la motivación del auto recurrido no ha impedido al apelante al ejercicio del derecho de defensa.

En este sentido, se ha de traer a colación que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre lo que constituye la "esencia de la indefensión", esto es, una limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales o, en otras palabras, aquella situación en la que se impida a una parte, por el órgano judicial en el curso del proceso, el ejercicio del derecho de defensa, privándole de las facultades de alegar y, en su caso, de justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias, en aplicación del indispensable principio de contradicción (Auto TC 1110/1986, de 22 de diciembre). Del mismo modo se ha puesto de manifiesto que las denominadas "irregularidades procesales" no suponen "necesariamente indefensión, si le quedan del afectado posibilidades razonables de defenderse, que deja voluntariamente -por error o por falta de diligencia- inaprovechadas" (Auto TC 484/1983, de 19 de octubre).

TERCERO.- Distinta suerte ha de correr el motivo que denuncia la infracción del artículo 129 de la Ley Jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio, en tanto que dicho precepto autoriza a los interesados la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia, añadiendo el artículo 130.1 que la medida cautelar sólo podrá acordarse previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto.

Y ello porque en este concreto extremo asiste razón a la parte apelante, toda vez que, contrariamente a lo que mantiene el auto recurrido cuando afirma que la salida del territorio no resulta automáticamente de la decisión administrativa impugnada, no se ajusta a la realidad. En efecto, con la atención puesta en la resolución impugnada se

observa que la misma comprende dos determinaciones gubernativas: de un lado, la denegación de la autorización de residencia temporal, por circunstancias excepcionales solicitada por ..... y, de otro, la advertencia de que, en aplicación del artículo 28.3 c) de la L.O. 8/2000, de 22 de diciembre, deberá efectuar su salida obligatoria del país en el plazo de quince días, contados a partir del día siguiente al de la notificación del acto, siendo este segundo pronunciamiento susceptible, en tesis general, de suspensión en esta vía contencioso-administrativa, si concurrieran en el supuesto enjuiciado las particulares circunstancias legalmente previstas en armonía con la reiterada doctrina del Tribunal Supremo.

A este efecto, se ha de recordar que el régimen de medidas cautelares establecido por la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, contempla la necesaria concurrencia de una situación de peligro para la preservación del objeto litigioso -periculum in mora- como presupuesto material para la viabilidad del incidente en el que se interesa la medida de suspensión de la ejecutividad de la actuación administrativa recurrida. El artículo 130.1 de la Ley Jurisdiccional de 1998 cifra este presupuesto en la apreciación de que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición impugnada pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso jurisdiccional.

La apreciación de la anterior circunstancia no es por sí misma determinante de la adopción de la medida de suspensión, sino que, a partir de ella, debe proceder el órgano judicial a la valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, dando lugar a la adopción de la medida solicitada cuando así resulte de la aplicación del método ponderativo dirigido a establecer la prevalencia en la preservación reforzada de alguno de los intereses legítimos en presencia.

A este efecto, 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 -en este caso, de la suspensión- pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, 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, en la adopción de la medida de suspensión, 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 afeción 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 decantador de las dudas que arroje la evaluación ponderativa de los intereses contrapuestos, sigue resultando pertinente la aplicación del principio de tutela de la apariencia de buen derecho.

CUARTO.- En relación a la suspensión de la ejecución de decisiones administrativas de expulsión de extranjeros del territorio nacional, el Tribunal Supremo reiteradamente ha expresado el criterio de que tal suspensión resulta procedente cuando la persona afectada tiene arraigo en España, por razón de sus intereses familiares, sociales o económicos, por lo que la inmediata ejecución de la orden de expulsión habría de producirle unos perjuicios de difícil reparación.

Desde la perspectiva que ha quedado expuesta, es de ver que el recurrente aportó al incidente (doc.1 a 7) una solicitud de 14 de septiembre de 2004 de autorización de trabajo y residencia, un permiso de residencia de 24 de mayo de 2004, informe de vida laboral acreditativo de que el recurrente ha figurado en situación de alta en la Seguridad Social 566 días (durante los años 2000 a 2003), certificado de empadronamiento expedido por el encargado del Departamento de Padrón de Habitantes del Ayuntamiento de Amurrio el 20 de Septiembre de 2002 en el que se hace constar que desde esa fecha el aquí apelante tiene su domicilio en esa localidad y una oferta de empleo a su favor suscrita el 26 de abril de 2005.

Datos los reseñados que denotan, siquiera de manera indiciaria, la existencia de vínculos del solicitante de la

medida con el territorio español de tipo económico y social y que son evidenciadores de una situación de arraigo que aconsejan la adopción de la medida cautelar de suspensión en relación con la obligación de salida obligatoria que contiene la resolución administrativa recurrida, en tanto que los innegables vínculos del recurrente con España se consideran prevalentes respecto al interés general en que abandone el territorio español hasta tanto no se dicte sentencia dando fin al proceso principal.

CUARTO.- En aplicación de las reglas que sobre imposición de costas procesales se contienen en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional 29/1998, de 13 de Julio, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas a la parte apelante.

#### FALLAMOS

QUE CON ESTIMACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN Nº 514/05 INTERPUESTO POR D. JAVIER CANIVELL FRADUA EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE [REDACTED] CONTRA EL AUTO DICTADO DE 26 DE MAYO DE 2005 POR EL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 1 DE LOS DE BILBAO, RECAÍDO EN EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO REGISTRADO CON EL Nº 173/05, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS EL AUTO APELADO EN EL CONCRETO EXTREMO POR EL QUE NO SE ACCEDIÓ A LA ADOPCIÓN DE QUE LA MEDIDA CAUTELAR INTERESADA EN RELACIÓN CON LA SALIDA OBLIGATORIA DEL TERRITORIO NACIONAL DEL RECURRENTE IMPERATIVAMENTE IMPUESTA POR LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA RECURRIDA, DECRETANDO LA SUSPENSIÓN DE LA SALIDA OBLIGATORIA DEL TERRITORIO NACIONAL DE LA PARTE RECURRENTE. SIN HACER EXPRESA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS DEVENGADAS EN EL PRESENTE RECURSO.

ESTA RESOLUCIÓN ES FIRME Y CONTRA LA MISMA NO CABE INTERPONER RECURSO ORDINARIO ALGUNO.

*[Handwritten signature]*