

**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 2  
DE DONOSTIA - SAN SEBASTIAN**  
TERESA DE CALCUTA 1 3º PLANTA- C.P. 20012  
TELÉFONO: 943-000778

N.I.G.: 20.05.3-05/000711

Procedimiento: **Medid.cautelares 283/05**

Demandante: JOSE DEMETRIO  
QUETEGUARI FARFAN  
Representante: LETRADO SR.  
ALMANDOZ

Administración demandada: SUBDELEGACION DEL GOBIERNO  
EN GIPUZKOA-EXTRANJEROS

**ACTUACIÓN RECURRIDA:**

RESOLUCION DE SUBDELEGACION DE GOBIERNO DE GUIPUZCOA DE  
26-05-05 QUE ACUERDA DENEGAR LA AUTORIZACION DE PERMISO  
DE RESIDENCIA Y DE TRABAJO POR CUENTA AJENA.

**AUTO Nº 158/2005**

**Dña. MARIA ARANZAZU AGUINAGA MENDIZABAL**

EN DONOSTIA - SAN SEBASTIAN, a quince de septiembre de  
dos mil cinco.

**HECHOS**

**PRIMERO.-** En el presente recurso  
contencioso-administrativo, interpuesto por JOSE DEMETRIO  
QUETEGUARI FARFAN asistido del letrado Sr. Almandoz contra  
la actuación administrativa referenciada, se ha solicitado  
por la parte recurrente, la adopción de la siguiente medida  
cautelar: SUSPENSION DEL ACTO RECURRIDO.

**SEGUNDO.-** Formada la correspondiente pieza separada, se  
ha concedido a la parte demandada un plazo de CINCO DÍAS,  
para que pudieran alegar lo que estimaran pertinente sobre la  
medida solicitada, expresando su disconformidad con la  
concesión de la misma.

**RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO.-** Parece en primer lugar obligado recordar  
cuales son los principios y reglas que enmarcan, incluso  
desde el plano estrictamente constitucional, el régimen de  
medidas cautelares.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado de  
forma reiterada a propósito de la construcción del derecho a

la tutela cautelar como un derecho integrado en nuestro artículo 24 " la efectividad de la tutela judicial que el artículo 24 de la Constitución establece no impone en todos los casos la suspensión del acto administrativo pues dicho precepto lo que garantiza es la adecuada y regular protección jurisdiccional en un proceso con todas las garantías por parte de los órganos jurisdiccionales " ( STC 115/1987 ).. Una lectura apresurada de esta doctrina, que parece excluir a primera vista una garantía constitucional del derecho a la tutela cautelar, debe ser entendida rectamente, lo que la doctrina del TC impide es una construcción de un modelo constitucional de justicia cautelar basado en el automatismo de la misma; esto es se impone una ponderación por el órgano juzgador llamado a resolver sobre el incidente de medidas cautelares de los intereses, público y privado, en juego, así como sobre la integridad misma de la función jurisdiccional.

El marco constitucional de la tutela cautelar contenciosa debe partir pues de la constatación de dos bienes constitucionales en juego, de un lado la eficacia de la acción administrativa y la presunción de legalidad de sus actos, de otro el derecho a la tutela judicial efectiva.

El principio de eficacia de la acción administrativa encuentra acogida no podemos olvidarlo en el artículo 103 de nuestro texto constitucional, siendo un instrumento al servicio del mismo el privilegio de autotutela atribuido por el ordenamiento a la Administración. La constitucionalidad del privilegio y su vinculación al principio de eficacia ha sido, como de todos es sabido, expresamente sancionada por nuestro Tribunal Constitucional, "La potestad de la Administración de autoejecución de las resoluciones y actos dictados por ella se encuentra en nuestro Derecho positivo vigente legalmente reconocida y no puede considerarse que sea contraria a la Constitución. ... el artículo 103 reconoce como uno de los principios a los que la Administración Pública ha de atenerse el de eficacia "con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho ". Significa ello una remisión a la decisión del legislador ordinario respecto de aquellas normas, medios e instrumentos en que se concrete la consagración de la eficacia. Entre ellas no cabe duda de que se puede encontrar la potestad de autotutela o de autoejecución practicable genéricamente por cualquier Administración Pública " ( STC 22/1984, de 17 de febrero ).

Un privilegio de autoejecución que, en términos generales y abstractos, tampoco resulta incompatible con el artículo 24.1 del texto constitucional. Pero, como bien señala el Tribunal Constitucional "de este mismo derecho fundamental deriva la potestad jurisdiccional de adoptar medidas cautelares" pues " la efectividad que se predica de la tutela judicial respecto de cualesquiera derechos o intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar las adecuadas medidas cautelares que aseguren la eficacia real

del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso " ( STC 148/1993, de 29 de abril ) .

La efectividad de la tutela judicial no es, sin embargo, la única ratio de la disciplina constitucional de las medidas cautelares en el proceso contencioso. El artículo 106.1 CE atribuye a los órganos jurisdiccionales el control de la legalidad de la actividad de la Administración y, como señala nuestro Tribunal Constitucional, "la fiscalización plena, sin inmunidades de poder, de la actuación administrativa, impuesta por el artículo 106.1 de la CE comporta que el control judicial se extienda también al carácter inmediatamente ejecutivo de sus actos " ( STC 148/1993, de 29 de abril ) .

La justicia cautelar contenciosa como instrumento al servicio de la integridad de la función jurisdiccional se concreta así, en un primer nivel, en la preservación del objeto del proceso evitando la pérdida del mismo y que por ello devenga en imposible la ejecución de la resolución final, en un segundo nivel, se extiende al control de legalidad de la ejecución, control, en ocasiones sustantivo, control en ocasiones accidental respecto del control de la legalidad del acto mismo, pues " la prerrogativa de la ejecutividad no puede desplegarse libre de todo control jurisdiccional y debe el legislador, por ello, articular en uso de su libertad de configuración, las medidas cautelares que hagan posible el control que la Constitución exige " ( STC 238/1992, de 17 de diciembre ) .

La sistematización de los criterios para el otorgamiento de la medida cautelar en la LJCA ofrece, con todo, aspectos que exigen un examen más detallado; así entre las causas que legitimaban el otorgamiento de la misma el artículo 130, en el texto aprobado por el Congreso antes de la tramitación del Proyecto en el Senado, señalaba "la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad al recurso o causar al recurrente perjuicios de imposible o difícil reparación". La dualidad de causas así sancionada no es más que un trasunto inmediato de la doble sede constitucional de la justicia cautelar de un lado la garantía de la integridad de la función jurisdiccional de otro la garantía de la integridad de los derechos e intereses sustantivos, no sólo y no ya los derechos en el proceso, del recurrente.

Y así el Auto del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2001 recuerda " En el artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa -LJCA de 1998-, el criterio elegido para decidir la suspensión cautelar es que la ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso. Esta exigencia viene a representar lo que

tradicionalmente se ha denominado el requisito del "periculum in mora". La apreciación o no de este requisito, según se desprende de lo establecido en el párrafo inicial de antes citado artículo 130, habrá de efectuarse mediante una adecuada y casuística ponderación de los intereses en conflicto. Y lo decisivo será el resultado que en esa ponderación se obtenga, con el carácter indiciario y provisional que corresponde a esta fase cautelar, sobre cuál de tales intereses se revela como más prioritario, por ser su sacrificio el que presente mayor gravedad o trascendencia. Junto a lo anterior ha de tenerse en cuenta también lo que sigue. La medida de la suspensión cautelar debe ser decidida sin pronunciarse sobre la cuestión de fondo que ha de constituir el objeto de valoración y decisión en el proceso principal, pues, de lo contrario, se prejuzgaría dicha cuestión, con el posible riesgo, a evitar en lo posible, de que por amparar el derecho a una efectiva tutela judicial se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el artículo 24 CE cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba. Y la razón de esto último es que el incidente de suspensión no es trámite idóneo que permita un adecuado debate y análisis de la controversia principal objeto del pleito. "

La doctrina o criterio del fumus o apariencia de buen derecho, como criterio para el otorgamiento de la medida cautelar, precisa de un recordatorio de sus concretos términos y así debe de notarse que la doctrina mayoritaria es consecuente con las premisas ya sentadas cuando en Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2003 afirma "Esta Sala ha declarado insistentemente que la doctrina sobre el "fumus boni iuris" requiere una prudente aplicación para no prejuzgar, al resolver el incidente de medidas cautelares, la decisión del pleito, pues, de lo contrario, se quebrantaría el derecho fundamental al proceso con las debidas garantías de contradicción y prueba (artículo 24 de la Constitución), salvo en aquellos supuestos, que no es el que nos ocupa, en que se solicita la nulidad del 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 (Sentencias de 27 de julio de 1996, 28 de febrero de 1998, 21 de diciembre de 1999, 22 de enero, 26 de febrero, 22 de julio y 23 de diciembre de 2000, 2 de junio y 24 de noviembre de 2001, 15 de junio y 13 de julio de 2002)".

SEGUNDO.- En los presentes autos es de observar que el solicitante de la medida ha presentado recurso contencioso-administrativo núm. 283/05 contra la resolución administrativa que acuerda " la denegación de la solicitud de autorización de residencia y trabajo inicial por concurrir la circunstancia de haber presentado un documento distinto de los contemplados en la resolución de 14 de Abril de 2005 ( al no constar que figura empadronado en un



municipio español ) con la obligatoriedad de efectuar su salida del territorio nacional en el plazo de quince días a partir del siguiente al de su notificación " ; acreditando en su solicitud, que la adopción de la medida cautelar provocaría perjuicios irreparables en cuanto a la salida obligatoria del territorio nacional del solicitante, habida cuenta de que el recurrente cuenta con un contrato de trabajo que le permite tramitar la regularización para lo cual es requisito imprescindible su presencia en territorio español, de ahí que no pueda prevalecer frente a dicho interés, un interés en la ejecución de la medida administrativa acordada.

En segundo lugar, también debe valorarse la situación de arraigo familiar aducida.

Por último, no son admisibles las alegaciones del Abogado del Estado negando la concurrencia del "periculum in mora", por el hecho de no haberse adoptado en el expediente de expulsión resolución alguna al efecto, pues como ha quedado expresado en la propia resolución de denegación de solicitud inicial de permiso de residencia y trabajo se explicita se le advierte de la obligatoriedad que tiene de salir del territorio nacional en el plazo de quince días a partir del siguiente a su notificación. De no concederse la medida cautelar de suspensión de la ejecución de ésta Resolución, la expulsión se podría producir en cualquier momento irrogándole perjuicios en el proceso de regularización.

De todo lo cual deviene necesario la adopción de la medida cautelar de suspensión solicitada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

#### PARTE DISPOSITIVA

**ACUERDO:** Acceder a la medida cautelar solicitada en el actual recurso contencioso-administrativo número 283/05, interpuesto por D. JOSE DEMETRIO QUETEGUARI FARFAN y, en consecuencia SUSPENDER durante la tramitación del presente procedimiento la ejecución de la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa de fecha 26 de Mayo de 2005 que acuerda " la denegación de la solicitud de autorización de residencia y trabajo inicial por concurrir la circunstancia de haber presentado un documento distinto de los contemplados en la resolución de 14 de Abril de 2005 ( al no constar que figura empadronado en un municipio español ) con la obligatoriedad de efectuar su salida del territorio nacional en el plazo de quince días a partir del siguiente al de su notificación " ;

No se hace especial imposición de 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).

Lo acuerda y firma el/la MAGISTRADO-JUEZ, doy fe.

EL/LA MAGISTRADO-JUEZ  
JUDICIAL

EL/LA SECRETARIO