

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**RECURSO DE APELACIÓN Nº 667/05**

**DE Apelación Ley 98**

**SENTENCIA NUMERO 141/06**

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

MAGISTRADOS:  
D. AGUSTIN HERNANDEZ HERNANDEZ  
D<sup>a</sup> MARGARITA DIAZ PEREZ

En la Villa de BILBAO, a veinticuatro de febrero de dos mil seis.

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, contra la sentencia dictada el veintinueve de Julio de dos mil cinco por el Jdo. de lo Contencioso Administrativo nº 3 (Bilbao) de BILBAO en el recurso contencioso-administrativo número 191/05.

Son parte:

- APELANTE: D. [REDACTED], representado y dirigido por el Letrado D. [REDACTED]
- APELADO: SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN VIZCAYA DEPENDENCIA PROVINCIAL DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representado y dirigido por el Sr. ABOGADO DEL ESTADO.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN LUIS IBARRA ROBLES.

## I. ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- Por el Jdo. de lo Contencioso Administrativo nº 3 (Bilbao) de BILBAO se dictó el veintinueve de Julio de dos mil cinco sentencia desestimatoria en el recurso contencioso-administrativo número 191/05 promovido por [REDACTED] [REDACTED] contra RESOLUCION DE LA UNIDAD DE EXTRANJERIA DE 14 ABRIL 2005 QUE DENIEGA LA TARJETA FAMILIAR DE RESIDENTE COMUNITARIO AL DEMANDANTE, siendo parte demandada [REDACTED]

**SEGUNDO.**- Contra dicha sentencia se interpuso por [REDACTED] recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia estimando las pretensiones de dicha parte.

**TERCERO.**- El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado al/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.

**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 23 de febrero de 2006, 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.

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- A) Objeto de la apelación.**

En el presente recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. [REDACTED] se impugna el auto dictado con fecha de [REDACTED] de julio de 2005 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 3 de los de Bilbao, recaído en la pieza de medidas cautelares de los autos del recurso contencioso-administrativo registrado con el número [REDACTED]1/05.

El auto desestima la solicitud de medida cautelar de suspensión de la ejecución de la resolución dictada por la Subdelegación de Gobierno en Vizcaya con fecha de [REDACTED] de abril de 2005, por la que acuerda denegar la expedición de la Tarjeta de familiar de residente comunitario, solicitada por el ahora apelante, nacional de Rumanía, en el extremo por el que se requiere al interesado para que efectúe la salida del territorio español en el plazo máximo de quince días, a partir del siguiente al de la notificación de la resolución denegatoria.

En el proceso de instancia, la parte recurrente sostuvo la pretensión de adopción de la medida cautelar, con fundamento en que:

a) El 17 de marzo de 2005, el Sr. [REDACTED] contrajo matrimonio "con una nacional española" con quien convive en el domicilio conyugal.

b) El recurrente se encuentra en España desde el 25 de agosto de 2001, habiendo obtenido permiso inicial de residencia y trabajo para el periodo de 22 de julio de 2003 al 2 de junio de 2004. Actualmente es perceptor de prestación no retributiva por el concepto de renta básica.

c) La ejecución inmediata de la resolución recurrida, en el extremo referido al deber de salida del territorio español, produciría daños de imposible reparación en la convivencia familiar y provocaría la pérdida de finalidad legítima del recurso contencioso-administrativo. Por el contrario, la adopción de la medida no causa daño al interés público.

d) Concorre la apariencia de buen derecho en el recurso jurisdiccional interpuesto.

La resolución dictada en el proceso de instancia se funda en dos órdenes de apreciaciones:

a) El interesado ha sido objeto de una medida judicial de suspensión del cumplimiento de la pena de un año, nueve meses y un día de prisión que le fue impuesta por la comisión de un delito de estafa en el procedimiento abreviado seguido ante el Juzgado de lo Penal número [REDACTED] de los de Bilbao.

b) A la juzgadora, le resulta "extraño" que en el volante de empadronamiento aportado por la persona extranjera recurrente, fechado el 8 de febrero de 2005, en la vivienda que se indica no aparezca inscrita la persona de nacionalidad española con quien ha contraído matrimonio el recurrente.

A partir de ambos hechos, se concluye en la resolución jurisdiccional que no se da "la situación de arraigo o de otra naturaleza" que explique el peligro en la tardanza y justifique la adopción de la medida cautelar solicitada.

#### **B) Posición de la parte apelante.**

En el escrito de formalización del recurso de apelación, la parte recurrente sostiene, expresado en síntesis, que:

a) La resolución jurisdiccional dictada en la instancia no fundamenta la apreciación de inexistencia de arraigo.

b) La falta de inclusión de la esposa del recurrente en el volante de empadronamiento se explica porque el matrimonio se celebró el ● de marzo de 2005, con posterioridad a la expedición del documento. La convivencia entre los esposos es real y goza de presunción legal. La resolución administrativa recurrida no pone en cuestión ni la documentación presentada para acreditar la celebración del matrimonio, ni, tampoco, la condición de nacional española de la cónyuge del recurrente.

c) Esta convivencia conyugal con persona de nacionalidad española integra la noción de arraigo familiar y social en el caso del recurrente. Por lo que debe primar, en la ponderación de intereses legítimos en presencia, la protección del interés invocado por el recurrente.

#### **C) Posición de la parte apelada, Administración General del Estado.**

La defensa de la Administración del Estado no ha formulado oposición al recurso de apelación.

**SEGUNDO.-** Se aprecia una situación real de peligro para la preservación del objeto litigioso. La ponderación de intereses legítimos en presencia justifica la adopción de la medida cautelar solicitada.

Frente a lo consignado en la resolución jurisdiccional recurrida, debe afirmarse que los extremos, ya referenciados, que se recogen como hechos determinantes de la decisión denegatoria de la medida cautelar interesada por la persona extranjera ahora apelante, carecen por completo de relevancia en orden a apreciar si concurre o no el riesgo

de pérdida de la efectividad del proceso jurisdiccional que se recoge en el artículo 130.1 de la Ley Jurisdiccional de 1998 como presupuesto para la viabilidad jurídica de la adopción de una medida cautelar, precisamente dirigida al aseguramiento anticipado del objeto litigioso.

En concreto, tanto la sujeción del ahora recurrente a una medida de suspensión de la ejecución de una condena penal como el hecho de que la persona de nacionalidad española con la que contrajo matrimonio el recurrente el día 5 de marzo de 2005 no aparezca consignada en un volante de empadronamiento expedido el 8 de febrero de 2005 por el Departamento de Relaciones Ciudadanas del Ayuntamiento de Bilbao, se ofrecen como dos extremos por completo ajenos a la incidencia que pudiera tener el cumplimiento inmediato del requerimiento de salida obligatoria del territorio español en el efecto útil de una hipotética sentencia estimatoria del recurso.

En su defecto, la resolución jurisdiccional recurrida no llega a efectuar ninguna apreciación referida a si el inmediato cumplimiento del requerimiento administrativo, dirigido a obtener del ahora recurrente su inmediata salida del territorio español, pone o no en peligro el objeto litigioso del proceso.

La completa ausencia de dicha apreciación quiebra la coherencia del procedimiento decisorio que debe seguirse para resolver sobre la adopción o la denegación de la medida cautelar solicitada.

Debiéndose reparar en que sin llevar a cabo la referida apreciación no tiene sentido efectuar el balanceo ponderativo de los intereses legítimos en presencia sustentados por las partes procesales. A esta ponderación de intereses solo debe accederse si, previamente, se aprecia por el órgano judicial que el inmediato despliegue de los efectos jurídicos de gravamen producidos por la actuación administrativa de que se trate pueden llegar a poner en crisis la finalidad legítima del recurso.

Pues bien, en el caso de autos, la situación de "periculum in mora" se aprecia al contrastar la referida medida administrativa de gravamen por la que se requiere de la persona extranjera la salida inmediata del territorio español con el objeto litigioso consistente, nuclearmente, en decidir sobre la pretensión del recurrente de que se le reconozca el derecho a que se expida la tarjeta de familiar de residente comunitario, solicitada con fundamento en que la condición de cónyuge de persona de nacionalidad española le confiere un estatuto jurídico que le habilita, entre otros extremos, para residir en España.

Sin que pueda obviarse que la acreditación de esta circunstancia familiar, no negada en la resolución administrativa recurrida, determinaría la sujeción de la persona extranjera al régimen jurídico establecido en el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión

Europea; y ello, por imperativo de su artículo 2 que dispone la aplicación de este régimen estatutario especial de extranjería, entre otros, al cónyuge extranjero de persona de nacionalidad española, cualquiera que sea la nacionalidad del cónyuge extranjero, siempre que no estén separados de derecho.

En consecuencia, la inmediata ejecución del requerimiento de salida obligatoria del territorio español perjudicaría el efecto útil de una eventual sentencia estimatoria que declarara que el recurrente, por su condición de consorte de nacional española, está sujeto al estatuto de ciudadanía europea garantizado por el derecho comunitario europeo; y que reconociera, en consecuencia, el derecho del recurrente a que solamente pueda ser objeto de la medida de salida obligatoria del territorio español en los supuestos y mediante el procedimiento previstos en los artículos 16 y 17 del Real Decreto 178/2003.

A partir de este presupuesto de existencia de una situación de peligro para la preservación íntegra del objeto litigioso, la operación de ponderación de intereses legítimos en presencia invocados por las partes procesales debe decantarse a favor de la tutela cautelar reforzada del interés legítimo del recurrente en que, durante la tramitación del proceso, pueda mantener una relación estable y continuada con su cónyuge, de nacionalidad española.

Este interés legítimo resultaría gravemente obstruido si se cumplimenta el requerimiento de salida del recurrente del territorio español. Por lo que el interés legítimo en al protección del matrimonio, constitucionalmente garantizado, debe tenerse como de protección prevalente respecto del interés no menos legítimo de la Administración del Estado que se expresa en la voluntad de una inmediata ejecución de la medida de salida del territorio español.

Procede, en consecuencia, la completa estimación del recurso de apelación interpuesto y la adopción, de contrario imperio, de la medida cautelar de suspensión, en tanto recaiga sentencia firme, del requerimiento de salida del territorio español de D. [REDACTED] [REDACTED] que se consigna en la resolución dictada con fecha de 14 de abril de 2005 por la Subdelegación del Gobierno en Vizcaya.

**TERCERO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional 29/1998, no procede efectuar imposición sobre las costas devengadas en ambas instancias.

En atención a lo expuesto, este Tribunal dicta el siguiente

**FALLO**

CON ESTIMACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN NÚMERO 667 DE 2005, INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN PROCESAL DE D. [REDACTED] [REDACTED] CONTRA EL AUTO DICTADO CON FECHA DE 29 DE JULIO DE 2005 POR EL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NÚMERO 3 DE LOS DE BILBAO, RECAÍDO EN EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO REGISTRADO CON EL NÚMERO 191 DE 2005, DEBEMOS:

PRIMERO: REVOCAR, COMO REVOCAMOS, EL AUTO APELADO DICTADO EN LA INSTANCIA. DISPONIENDO, DE CONTRARIO IMPERIO, LA ADOPCIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN, EN TANTO RECAIGA SENTENCIA FIRME, DE LA EJECUTIVIDAD DE LA RESOLUCIÓN DICTADA CON FECHA DE 14 DE ABRIL DE 2005 POR LA SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN VIZCAYA, EN EL CONCRETO EXTREMO POR EL QUE SE REQUIERE DEL RECURRENTE QUE PROCEDA A LA SALIDA DEL TERRITORIO ESPAÑOL.

SEGUNDO: NO EFECTUAR IMPOSICIÓN SOBRE EL PAGO DE LAS COSTAS PROCESALES DEVENGADAS EN ESTA SEGUNDA INSTANCIA.

NOTIFIQUESE ESTA RESOLUCION A LAS PARTES HACIENDOLES SABER QUE ES FIRME, Y QUE CONTRA LA MISMA NO CABE RECURSO ORDINARIO ALGUNO.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio al rollo de su razón, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.(APE 667/05).

**PUBLICACIÓN.**- Leida y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el Secretario doy fe.