



#JornadasExtranjería



Abogacía  
Española  
CONSEJO GENERAL



ILUSTRE  
COLEGIO DE ABOGADOS  
DE MADRID



XXIX

JORNADAS DE EXTRANJERÍA  
Y PROTECCIÓN  
INTERNACIONAL

14 y 15 de noviembre 2019

Madrid

**LAS MEDIDAS CAUTELARES Y CAUTELARÍSIMAS. APLICACIÓN DERECHO  
DE EXTRANJERÍA**

Vladimir E. Núñez Herrera.  
Abogado ICAV. 15/11/2019

## Medidas Cautelares. Objetivos a debate.

Recurso con Efectos suspensivos y efectos suspensivos automáticos. No sólo limitado a la suspensión, sino lograr la medida **ADECUADA EFICAZ PARA LA EFECTIVIDAD DEL RECURSO.**

Comportamiento en TEDH. Art. 13 CEDH.

Comportamiento en TJUE. Art. 47 CDFUE. Derecho de la UE actualmente determinante para las MC en el derecho interno.

Comportamiento en nuestro derecho interno. Art. 24 CE y Nuevo art. 90.3 Ley 39/15.

Reúne la LJCA art. 129 y 135 los requisitos de un recurso con Efectos suspensivos.

Interpretación del interés general. URGENCIA, - ~~mayor intensidad~~- Naturaleza rogatoria de la jurisdicción contencioso-administrativa y la aplicabilidad del principio dispositivo a este proceso.

Requiere las MC en el D.E un *plus* interpretativo del *fumus boni iuris*.

Es el CIE domicilio afectos de competencia territorial. Tutela judicial efectiva.

La MC de anotación preventiva de la demanda y de MC propiamente dicha en registro de extranjeros.

MC y recursos de Apelación y Casación. Ejecución provisional sentencia.

## Medidas Cautelares. Expectativas contrastables y futuras.

Solicitudes de las MC: el DUE y la Jurisprudencia del TJUE.

Argumentación del *fumus boni iuris*. Como presupuesto de las MC generado por la doctrina jurisprudencial del TJUE.

Argumentación del *fumus boni iuris* en los derechos fundamentales sociales.

Ambas argumentaciones dirigidas principalmente a MC Positivas en los casos que se requiera.

Futuras medidas cautelares sobre desplazados climáticos o migración climática. Valoración de los intereses generales.

Auto del TS Sala de lo Contencioso Rec 3785/2011, 1/10/12. FJ I párrafo 6 “*No está de más añadir que, a la hora de oponer a una resolución de una Sección de una Sala del Tribunal Supremo otras de otras Secciones de la misma Sala, **no puede olvidarse que la jurisprudencia, cuya elaboración es tarea, tanto de una Sección, como de otra, es una obra conjunta normalmente inacabada e incompleta, abierta a una necesaria evolución constante en función de las circunstancias sobrevenidas, que se completa sucesivamente al compás de esas nuevas circunstancias, incorporando matices al conjunto de la obra común, de modo que lo dicho en ella antes respecto a casos distintos, no puede operar como un rígido mecanismo obstativo a la acomodación de la doctrina precedente a las exigencias de los nuevos casos.***”

- TEDH/Regla o art. 39.
- TJUE art. 39 del Estatuto del TJUE medidas cautelares o provisionales.
- Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, de 25 de septiembre de 2012. Versión modificada el 19 de julio de 2016 Título IV, Capítulo 10, del Reglamento de Procedimiento del TJUE
- art. 278 del TFUE. En relación con el 267 Cuestión prejudicial
- art. 157 del Tratado CEEA y Reglamento de Procedimiento del TG23 de abril de 2015.
- Respecto a la cuestión prejudicial *DOUEC* 8 Noviembre 2019. **Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales** Previamente las de 20 de julio de 2018

## LAS MEDIDAS CAUTELARES Y CAUTELARÍSIMAS. APLICACIÓN DERECHO DE EXTRANJERÍA

### Requisitos:

El régimen de medidas cautelares, no sólo limitado a la suspensión, sino lograr la medida **ADECUADA EFICAZ PARA LA EFECTIVIDAD DEL RECURSO**. (instaurado por la Ley 29/1.998 en sus artículos 129 y 130), permite al órgano jurisdiccional la adopción de las medidas cautelares teniendo en cuenta una doble referencia: valorando no sólo la posibilidad de que la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, sino también la de que con la medida cautelar pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez o Tribunal ponderará de forma circunstanciada.

La exégesis del precepto conduce a las siguientes conclusiones:

- A) La adopción de la medida exige, de modo ineludible, que el recurso pueda perder su finalidad legítima, lo que significa que, de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso;
- B) Aún concurriendo el anterior presupuesto, puede denegarse la medida cautelar, siempre que se aprecie perturbación grave de los intereses generales o de tercero, lo que obliga a efectuar siempre un juicio comparativo de todos los intereses en juego, concediendo especial relevancia, a la hora de decidir, a la mayor perturbación que la medida cause al interés general o al de un tercero afectado por la eficacia del acto impugnado;
- C) En todo caso el juicio de ponderación que al efecto ha de realizar el órgano jurisdiccional debe atender a las circunstancias particulares de cada situación, y exige una motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada y
- D) La apariencia de buen derecho puede operar también en sentido habilitante de la procedencia de la medida solicitada, cuando el recurso tiene evidentes posibilidades de prosperar disminuye, en consecuencia, la gravedad de los perjuicios inherentes a la ejecución del acto exigibles para acordar medidas encaminadas a garantizar la efectividad de la sentencia.

### E)EFECTO ÚTIL- LA SINGULARIDAD DE LA CONTROVERSIA

## Medidas Cautelares. Derechos humanos o fundamentales.

- POLÉMICA arts. 8.2, (vida privada familiar), 9.2 (conciencia religión), 10.2 (libertad expresión) y 11.2 (reunión), en relación con art. 13 CEDH. Recurso efectivo. Efectos suspensivos y efectos suspensivos automáticos. **Margen de apreciación de los Estados.**
- No ofrecen dudas los derechos el art. 3.(tortura, ni a penas o tratos inhumanos o degradantes). generalmente tiene efectos suspensivos efectivos.

## Medidas Cautelares. Doctrina Jurisprudencial del TEDH. Argumentos para el presupuesto asegurar la finalidad legítima al recurso o la efectividad de la sentencia.

- STEDH Plenario de 20-03-1991, asunto De Cruz Varas y Otros c. Suecia nº [15576/89](#), apartados 94-103, define las características de las medidas cautelares ante el TEDH.
- STEDH Sec. 3ª, de 22-04-2014, asunto A.C y Otros C. España, nº 6528/11. Vulneración del art. 13 del Convenio, derecho a un recurso efectivo suspensivo. Crítica al art 135 de la LJCA no tiene efecto suspensivo automático en relación con el art. 129 de la Ley 12/09, apartados 81-89, 90-105, 109-110.
- [STEDH, Sec. 3ª, de 18-12-2018](#), asunto Saber y Boughassal c. España, nº. [76550/13](#) y [45938/14](#). En sus apartados 28-29 y 42, hace referencia a la competencia o no del Tribunal para el análisis de normas que provienen del Derecho derivado de la Unión y su posible relación con los derechos recogidos en el Convenio, (en el caso concreto art 8). Señalando que, partiendo y respetando margen de apreciación de apreciación de las autoridades nacionales para decidir sobre la necesidad, en una sociedad democrática de una injerencia en el ejercicio de un derecho protegido por art. 8 del Convenio y sobre la proporcionalidad de esta medida en relación con la finalidad legítima perseguida, dicho margen de apreciación va de la mano con un control europeo, que alcance al mismo tiempo la ley y las decisiones que la aplican, incluso cuando estas emanen de una jurisdicción independiente. Es decir, que las autoridades nacionales han de aplicar las normas de conformidad con los principios del art. 8.

## Medidas Cautelares. *fumus boni iuris*

- Doctrina desarrollada por TJUE.
- TS Auto de 20 de diciembre de 1.990 (RJA 10412), se resume en que *“la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene razón”*.
- TS también ha señalado que para apreciar el *“fumus boni iuris”*, el acto debe ser nulo o la resolución combatida a *prima facie* tiene serios indicios de nulidad.



# Medidas Cautelares. *fumus boni iuris*

- El art. 11 del PIDESC, señala que los Estados partes "*reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora constante de las condiciones de existencia*"; además reconocen "*el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre*".
- art. 10 y 13 CE
- dignidad de las personas y el desarrollo de la personalidad.
- STC 107/84 y 115/87, STC Pleno, nº 236/2007, de 7 de noviembre. Recurso de inconstitucionalidad 1707-2001

## Medidas Cautelares. *fumus boni iuris*. Derechos Sociales para el TEDH

- STEDH Sala, de 9-10-1979, asunto Airey c Irlanda, nº [6289/73](#) apartado 26. Los derechos sociales solo tendrían un carácter programático.
- STEDH GS, de 27-05-2008, asunto N. c. Reino Unido, nº 26565/2005, (que comentaremos infra) el Tribunal reafirma que los mismos sólo tendrían un carácter programático y no conferirían a la persona unos derechos directamente ejecutorios.

Medidas Cautelares. Basadas en Derecho de la UE. Argumentos para el presupuesto asegurar la finalidad legítima al recurso o la efectividad de la sentencia. Efectos suspensivos directos.

- **Art. del 18 al 25 del TFUE** en relación con **Título V CDFUE**, relativo a la ciudadanía.
- Art. 83-pararfo 2 TFUE.
- **Considerando 2 de la Directiva 2003/109 Larga duración**, relativo al reconocimiento de la necesidad un estatus equiparable entre los ciudadanos de la Unión y los extranjeros que disponen del estatuto de residente permanente o larga duración: *“se le debería conceder en ese Estado miembro un conjunto de derechos de carácter uniforme lo más cercano posible al de los ciudadanos de la Unión Europea”*
- CDFUE art 1, 4, 7, 18, 19, 24, 41, 47, 48, 52-3
- Directivas 2008/115, art. 5, art 13-2,
- Directiva 2003/109 LD art. 12-3
- Directiva 2005/85/CE, art. 39 y Reglamentos de Asilo.

## Medidas Cautelares. Solcitud basada en Derecho de la UE. Doctrina Jurisprudencial del TJUE. Efecto Suspensivo del recurso imperatividad y obligatoriedad. Efectos suspensivos directos.

**Imperativa, obliga a los EM estando el recurso jurisdiccional presentado que se proceda a la suspensión de la orden de retorno hasta que sea resuelto el mismo atendiendo al principio de no devolución, en este caso art 5.b de la Directiva 2008/115.**

Opinión del Abogado General Sr. M. Wathelet; en dicho asunto C-249/13 Khaled Boudjlida, párrafo 64

STJUE (Sala Quinta) de 11-12-2014, Khaled Boudjlida contra Préfet des Pyrénées-Atlantiques. nº C-249/2013. Los EM deberá imperativamente cumplir las obligaciones impuestas por el artículo 5 de la Directiva 2008/115 y oír al interesado sobre estos extremos. Apartado 48- 49.

STJUE (Gran Sala) de 18-12- 2014, asunto Moussa Abdida C-562/13, (FJ 31-63, Siendo destacable los apartados del 44-53), Aplazamiento de la expulsión aquejado de una grave enfermedad

STJUE, de 08-05-2018, nº C-82/2016. Asunto K.A y otros c Bélgica. 102-105. art. 20 TFUE, de los art. 7 y 24 de la CDFUE y de los art. 5 y 11 de la Directiva 2008/115/CE. Existencia de hijos menores.

STJUE GS, de 19-06-2018, nº C-181/2016 Sadikou Gnandi contra Bélgica (apartado 64). Los EM están obligados a permitir a las personas afectadas invocar cualquier cambio de circunstancias que se produzca después de la adopción de dicha decisión de retorno.

STJUE Sala Cuarta 26-09-2018, nº C-175/2017 X contra Países Bajos. Derecho a un recurso efectivo. Principio de no devolución Normativa nacional que establece una segunda instancia jurisdiccional. Efecto suspensivo de pleno derecho limitado al recurso en primera instancia. correspondencia del con el art. 13 del CEDH.

- **Medidas Cautelares. Derecho de la UE. Cuestiones Prejudiciales pendientes de resolver efecto suspensivo del recurso.**

**Petición prejudicial Asunto C-233/19, planteada (Bélgica) el 18-03-2019.** Respecto a los art. 5 y 13 de la Directiva 2008/115/CE en relación con los art. 19, apartado 2, y 47 de la CDFUE, y el art. 14, apartado 1, letra b) ¿deben interpretarse en el sentido de que atribuyen un efecto suspensivo a un recurso interpuesto contra una decisión retorno aquejado de una grave enfermedad.

**Petición prejudicial Asunto C-402/19, planteada (Bélgica) el 24-05-2019.** Estrechamente relacionada con la anterior, pero abordado las garantías a la espera del retorno, con hija menor de edad dependiente de los progenitores de sus necesidades básicas e hija mayor de edad riesgo grave de deterioro serio e irreversible de su estado de salud.

**Petición prejudicial Asunto C-448/19, planteada TSJ Castilla-La Mancha el 12-06-2019.** Es compatible el art. 12 de la Directiva 2003/109/CE y las sentencias del TJUE de 7-12-2017 (asunto C-636/16) y de 8-12-2011, Ziebell (C-371/08, apartados 82 y 83), medida no modo automático por una condena penal. STS Sala 3ª Sección Quinta, nº 1.398/2019, de 21-10- 2019 (rec.7229/2018). Matización de criterio interpretativo respecto a la autorización de residencia LD y antecedentes penales.

**Petición prejudicial Asunto C-441/19 planteada Países Bajos el 12-06-2019** —¿Debe interpretarse el Considerando 22 de la Exposición de Motivos y el art. 5, letra a), de la Directiva de retorno, y el art. 15 de la Directiva 2011/95/UE «Directiva de reconocimiento», en el sentido de que antes de imponer una obligación de retorno a un menor no acompañado, un Estado miembro debe cerciorarse y, a continuación, investigar si en el país de origen existe y se brinda, cuando menos en principio, una acogida adecuada?

## Medidas Cautelares Doctrina de nuestro TC y TS Argumentos para el presupuesto asegurar la finalidad legítima al recurso o la efectividad de la sentencia.

Procedimientos de expulsión/residentes de LD. No aplicación automática de la expulsión.

STC 131/2016, de 18 de julio, FJ 6. no aplicación automática de la expulsión a residentes larga duración.

STC Sala 2ª, nº 14/2017, de 30-1-2017. Fj 4.

STS Sala 3ª Sección Quinta, nº 1.398/2019, de 21-10- 2019 (rec.7229/2018). Matización de criterio interpretativo respecto a la autorización de residencia LD y antecedentes penales. Se matiza criterio de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Quinta) sentencia nº 1150/18 de fecha 5 de julio 2018 (RCA 3700/17 ) F.D. Tercero

## Medidas Cautelares. Apariencia de mal derecho de la actuación administrativa.

AUTO 228/1992, de 21 de julio. AATC Pleno, nº 356/1993, de 1 de diciembre. Recurso de inconstitucionalidad 2.133/1993. FJ 1. Valoración sin contaminación. Abstracción de la viabilidad de las pretensiones objeto del proceso. aunque no siempre pueda evitarse una mirada de soslayo, y, en definitiva, sin prejuzgar la cuestión principal

Imprecisión de hechos imputados. **Ictu oculi: un error notorio en la Resolución.**

Violación procedimiento o debido proceso. Derecho a ser oído. Tramite alegaciones o audiencia. Derecho Ftal art. 41 CDFUE. art. 103 CE. Derecho a una buena administración.

**Diferenciación entre Actos de Contenido Negativo Puros/ Contenido Positivo/ Cambio Situación positiva preexistente** (STC, Sala 1ª, 46/2014 de 7-4-2014, SSTC [131/2016, de 18-07-16, FJ 6](#) STC 201/2016, de 28-11-16, FJ 3, STC Sala 2ª, 14/2017 30-1-2017.

No analiza la administración la doctrina del TEDH, del TJUE, y del propio TC y TS según e supuesto concreto.

## MEDIDAS CAUTELARES

### POSICIONES CONTRADICTORIAS. Sentencias actuales combaten la consolidada la doctrina del art 122 de la anterior ley de la JCA de 1956.

A u t o Nº 6 /18 de 16 de abril de 2018, Jdo. Contencioso/Admto. Nº. 2 Toledo, PA 20/18 *"Este acto impugnado tiene un contenido negativo (la denegación de una autorización), por lo que en principio resultaría aplicable la reiterada jurisprudencia que ha venido sosteniendo que no son susceptibles de medida cautelar los actos negativos porque ello supondría conceder, aunque fuera temporalmente, lo solicitado en vía administrativa y denegado por la Administración (S.T.S. 3-12-97), lo que es materia propia del recurso. No obstante, esta jurisprudencia es anterior a la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que en la regulación de las medidas cautelares que contiene admite la posibilidad de medidas de carácter positivo ya que en su artículo 129.1 hace referencia a "cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia", interpretación corroborada por la explícita manifestación contenida en la Exposición de Motivos."*

**AUTO N° 48/2014 10/4/2014 J. Cont. Adm n° 1 DE BILBAO** *Debo acordar y acuerdo la medida cautelar de concesión provisional de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo social en tanto en cuanto se sustancia el presente recurso.*

AUTO 104/13 J. Cont-Adm n° 09 Madrid Pieza Medidas Cautelares 8/2013 *"no resulta proporcionado denegar la medida solicitada, o dicho en otras palabras, es razonable en el caso concreto conceder la medida positiva solicitada por la recurrente que le permita continuar residiendo y trabajando provisionalmente en España mientras se concluya definitivamente el proceso de que esta pieza separada trae causa había venido gozando de autorización temporal de residencia previa. El no otorgamiento de lo solicitado, por el contrario, podría generar a la recurrente, efectivamente y como sostiene, perjuicios completamente irreparables, pues la falta de autorización para residir y trabajar le supondría no poder prestar la debida atención a las necesidades, de todo orden, y sustento propio, así como cumplir con las obligaciones económicas que pudiera haber contraído previamente. De contrario, y con el otorgamiento de la tan citada medida cautelar positiva, no se está autorizando la residencia y trabajo solicitadas definitivamente, sino acordando una concesión temporal durante el proceso siempre y cuando, claro está, se cumplan las correspondientes exigencias laborales, fiscales y de Seguridad Social, por lo que en caso de un pronunciamiento desestimatorio del procedimiento principal, el mismo se podrá indudablemente ejecutar de inmediato una vez sea firme, no estimándose que, en el caso concreto, se causen perjuicios ni graves, ni sensibles al interés general.*

TS AUTO Sala 3ª, sec. 5ª, de 12-4-2012, rec. 154/2012 Pte: Fernández Valverde, Rafael en proceso sancionador en daños a dominio publico hidráulico *"las medidas pueden adoptarse tanto respecto de actos administrativos ---incluidos los de carácter negativo--- como de disposiciones generales, ...Con la nueva regulación concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, pasándose a un sistema de "numerus apertus", de medidas innominadas, entre las que sin duda se encuentran las de carácter positivo..."*

STSJA Sede Granada Sec. 1ª n° 2429 de 20/12/2018. ratifica doctrina de actos negativos. Basada en jurisprudencia anterior a 1998.

TSJV- Sala -Sec Iª: S 564/ 2014 2/7/2014. Ponente el Sr. D. Fernando Nieto Martín... Denegación MC POSITIVA SOBRE denegación de renovación. Reconoce la sentencia: 1.-El molde genérico donde se deben examinar las coyunturas propias del/de la solicitante de la renovación. Viene conformado por la doctrina de esta Sección 5ª, doctrina a tenor de la que sólo en supuestos muy excepcionales y que muestren un especial arraigo familiar/personal cabrá reconocer el derecho a lograr la concesión de una medida consistente en la renovación del permiso de residencia y trabajo durante el tiempo al que alcance el contencioso-administrativo. Ese especial arraigo familiar/personal requiere, en la mayor parte de los casos – en criterio de la Sección 5ª del tribunal –, la tenencia de hijos menores de edad que dependan económicamente del progenitor que articule la medida cautelar.

TSJV Sala Cont.-Adm, Sec. 1ª, S 22-7-2010, n° 1086/2010, rec. 2385/2008 Pte: Sospedra Navas, Francisco la interpretación reiterada de esta Sala y Sección que viene indicando que un acto de contenido negativo no es, por su propia naturaleza, susceptible de suspensión, pues ello supondría que la suspensión de una resolución que deniega derechos -licencias, permisos, concesiones u autorizaciones- produce el efecto de otorgarlas positivamente, lo que implica que se prejuzga la solución del proceso principal, extremo de suyo incompatible con la adopción de una medida cautelar. Es conocida la jurisprudencia de esta Sala que ha entendido que no es procedente suspender los actos de contenido negativo.

TSJV Sala Cont.-Adm, Sec. 1ª, S 10-11-2007, n° 1353/2007, rec. 1426/2006 Pte: Borrero Moro, Cristóbal José.



## Medidas Cautelares. Ponderación de los intereses.

**INTERÉS PÚBLICO:** pilar, el sillar, la columna vertebral sobre la que descansa el privilegio de la **ejecutividad** de los actos administrativos

► **Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social:**

1.- Lo dispuesto en esta Ley se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que España sea parte.

### **LA POLÍTICA INMIGRATORIA: ART 2-BIS y TER Ley Orgánica 4/2000.**

- a) la coordinación con las políticas definidas por la Unión Europea;
  - b) la ordenación de los flujos migratorios laborales, de acuerdo con las necesidades de la situación nacional del empleo;
  - c) la integración social de los inmigrantes mediante políticas transversales dirigidas a toda la ciudadanía;
  - d) la igualdad efectiva entre mujeres y hombres;
  - e) la efectividad del principio de no discriminación y, consecuentemente, el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para todos aquellos que vivan o trabajen legalmente en España, en los términos previstos en la Ley;
  - f) la garantía del ejercicio de los derechos que la Constitución, los tratados internacionales y las leyes reconocen a todas las personas;
  - g) la lucha contra la inmigración irregular y la persecución del tráfico ilícito de personas;
  - h) la persecución de la trata de seres humanos;
  - i) la igualdad de trato en las condiciones laborales y de Seguridad Social;
  - j) la promoción del diálogo y la colaboración con los países de origen y tránsito de inmigración, mediante acuerdos marco dirigidos a ordenar de manera efectiva los flujos migratorios, así como a fomentar y coordinar las iniciativas de cooperación al desarrollo y codesarrollo.
- 3. El Estado garantizará el principio de solidaridad, consagrado en la Constitución, atendiendo a las especiales circunstancias de aquellos territorios en los que los flujos migratorios tengan una especial incidencia

## Medidas Cautelares. Ponderación de los intereses.

**Interés público** presentado por la administración de forma general, tenue no es motivo suficiente para no suspender.

Bastarán perjuicios de escasa entidad por el interesado para provocar la suspensión.

Se requiere exigencia de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración.

### POR TANTO:

1.- No se puede aplicar gravedad del delito si estamos ante un tema de la UE y no se cumple Art. 83-pararfo 2 TFUE.

2.- sustrato de fondo, el criterio del art. 122 de la LJ de 1956 donde se sancionaba la procedencia de la suspensión cautelar del acto o disposición objeto de recurso contencioso administrativo "cuando la ejecución hubiese de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil". ATS 3 de junio de 1997

STS Sala 3ª, Sec. 3ª, de 21-12-2010, Rec. 1935/2010, el que ha señalado, que el criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso (art. 129. 1LJCA).

AUTO 28 de abril de 2006; Auto de 15 de enero de 2007: dimensión jurídico-administrativa del **interés público**. la naturaleza rogatoria de la jurisdicción contencioso-administrativa y la aplicabilidad del principio dispositivo a este proceso: Ejemplo: OPA de Eon Endesa y Gas Natural: interés público ha de venir representado por el interés de los usuarios concreto -interés de consumidores y usuarios.

## Medidas Cautelares. Ejemplos Derecho interno.

- STSJ Madrid Sala de lo Contencioso Sección: 2, nº 586/2018, de 25/07/2018 N° de Recurso: 234/2018. A su vez está nº 586/2018 señala e las excepciones previstas en los **apartados 2 a 5 del artículo 6 de la Directiva 2008/115/ CE**, de 16 de diciembre de 2008.
- Auto **1469/2019 de 24/10/19** Juzgado Cont. Ad. nº 4 Granada Derechos fundamentales en este caso art. 27 CE.
- Auto de fecha 9/12/2008 Juzgado Cont-Adm. nº 9 Valencia: Desde el punto de vista del interés público afectado, es cierto que el control de flujos migratorios es de alta prioridad para la administración en la actual coyuntura social, pero no lo es menos que la concesión de la presente medida, aun cuando pudiera desestimarse la demanda posteriormente, permite uan situación regularizada durante la tramitación del litigio, y no impide la no renovación posterior.

Medidas Cautelares. Detención por 72 horas para ejecutividad del acto. Ejecutividad del acto previa medida de internamiento. *Habeas Corpus o cautelarísima*. todas del art. 61 LOEX

- Proceso equitativo.
- *Habeas Corpus*.
- Detención.
- Detención cautelar por 72 horas.
- Internamiento.

Medidas Cautelares. **CIE COMO DOMICILIO.**  
**CRITERIOS**

- TSJM las Secciones tienen criterios diferentes de aplicación e interpretación de CIE como domicilio. **Secciones I, II, IV, VI** (en determinados casos ha sido favorable y en otros contrario al extranjero).
- **Sección IX**, son de criterio de considerar al CIE como domicilio,
- **Sección III, V y la X** son contrarias.
- **Sección 1ª**, Sentencia 195/2010 de 26 Feb. 2010, Rec. 1639/2009;
- **Sección 2ª**, Sentencia 1731/2012 de 13 Dic. 2012, Rec. 1054/2012;
- **Sección 5ª**, Sentencia 95/2012 de 31 Ene. 2012, Rec. 1172/2011, de la misma Sección Sentencia 721/2014 de 30 May. 2014, Rec. 227/2014, Sentencia 19.06.12-Rec 7188,
- **Sec. 6ª**, 47/2016, de 1 de febrero (en favor al reconocimiento del CIE como domicilio), sin embargo en la Sentencia 164/2014 de 14 Mar. 2014, Rec. 37/2014, que versa también sobre competencia pero no sobre CIE como domicilio, sino competencia territorial en general para conocer del recurso contencioso-administrativo, su fallo fue contra el extranjero apelante.
- **STSJ Comunidad Valenciana 498/14, de 28/5/2014, Rec 112/14**, Centro de Internamiento de Extranjeros **no puede considerarse domicilio por ser circunstancial** siendo la duración de dicho internamiento la imprescindible para la tramitación de su expulsión.

## **CIE COMO DOMICILIO.**

### **CRITERIOS. domicilio legal.**

**STC Sala Iª nº 146/2016, de 19 de septiembre,** inadmisión del recurso de amparo que no contiene justificación de su especial trascendencia constitucional. Voto particular. **Xiol Ríos.**

*STS Sala 3ª, Sec 5ª S 863/2019 21 Junio 2019.* Cualquier residencia habitual aun cuando no sea la residencia habitual ni domicilio. Respecto a licencia de armas

*ATS ATS 5744/2005, Sala de lo Civil, Sección: 1, de 13/05/2005 Sala de lo Civil de 25 de enero de 2008, Recurso:189/2007*

*Auto Tribunal Supremo Sala de lo Civil de 25 de enero de 2008 Recurso:189/2007 y del 18 de octubre de 2007 Recurso: 120/2007 “El artículo 50 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, regula el fuero general de la personas físicas de modo que, salvo que la Ley disponga otra cosa, “la competencia territorial corresponderá al Tribunal del domicilio del demandado y si no lo tuviere en territorio nacional, será Juez competente el de su residencia en dicho territorio”. ATS 5744/05 Sala civil Sección 1 13/05/05*

- **REQUISITOS A TENER EN CUENTA.**

- vacío legal

- **Art. 18, 24 CE. art. 47, art. 13 CEDH. Recurso efectivo- útil**
- finalidad de la norma: MC urgente cautelarisima tutela judicial efectiva aproximación de la justicia al ciudadano.
- principio pro actione.
- **Diferencia entre domicilio administrativo y civil** la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local **padrón o estadístico con domicilio real efectivo circunstancial. Y domicilio** efectos de notificaciones artículo 32.2 del RD 1289/1999 reglamento de prestación de servicio postal
- **Domicilio (art 40 CC):** domicilio real, habitual o efectivo
- art 50 y 56 LEC: competencia territorial **legal o circunstancial,**
- **residencia habitual:** carácter más temporal
- fuero electivo,
- artículos 7 y 14 LJCA.
- Para otros tipos de actos el CIE si se considera domicilio por ejemplo notificaciones.
- Por analogía en los casos de detención zona tránsito aeropuerto para devolución.
- Por analogía el propio RD 162/14 reglamento Cie. Dentro de todas las funciones que se le otorga al director.

MEDIDAS CAUTELARES NÚMERO APERTUS. MEDIDAS CAUTELARES. Art 56. ley 39/15 y art. 61 LOEX

- **La medida cautelar de anotación preventiva demanda, es y será un mecanismo de evitar detenciones y expulsiones.**
- **PROPUESTA MEDIDA CAUTELAR: ANOTACIÓN PREVENTIVA Y MEDIDA CAUTELAR EN REGISTRO EXTRANJERO.** Registro Central de Extranjeros y Registro de Menores Extranjeros No Acompañados. Art 213 y 215 Reglamento, art 35 LO para MENAS.
- Orden INT/1202/2 de 4 de mayo, por la que se regulan los ficheros de datos de carácter personal del Ministerio del Interior (BOE núm. 114, de 13 de mayo de 2011), En el Anexo II, se incluye el Fichero Adextra.
- Decisión 2013/115/UE: de Ejecución de la Comisión, de 26 de febrero de 2013, relativa al Manual Sirene y otras medidas de ejecución para el Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II). Proviene de Reglamento (CE) no 1987/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II).

Medidas Cautelares **ANOTACIÓN PREVENTIVA EN REGISTRO EXTRANJERO.**  
**FUNDAMENTACIÓN:**

- 1.- La no adopción de la medida cautelar pudiera hacer perder la finalidad legítima al recurso (artículo 130.1 de la Ley 29/98, de 13 de julio).
- 2.- La medida cautelar de anotación preventiva no produce perturbación grave alguna de a los intereses generales o de tercero (artículo 130.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio). Es adecuada y suficiente.
- 3.- **Son derechos:** art. 24.1 CE, en relación con art. 31.2 de la Ley 29/1998, al ser una auténtica pretensión, en este caso cautelar.
- 4.- **Obligación** Art 214 de este Reglamento 557/11, “*Los extranjeros autorizados a permanecer en España estarán obligados a poner en conocimiento de la Oficina de Extranjería o de la Comisaría de Policía correspondientes al lugar donde residan o permanezcan los cambios.*”
- **TSJ Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 10<sup>a</sup>, S 11-12-2015, nº 815/2015, rec. 705/2015.** Pretensión de la demanda de actualización en el Registro Central de Extranjeros Anotación de la caducidad del expediente de expulsión en el Registro Central de Extranjeros y en el Fichero Automatizado "Adexttra", cambio de criterio de la Sala a favor de la pretensión de la demanda.



## **MEDIDAS CAUTELARES. VALORACIÓN LEVANTAMIENTO MODIFICACIÓN**

STJUE, G.S, de 29 de julio de 2019, asunto Alekszj Torubarov c. Oficina de Inmigración y Asilo, Hungría, C-556/17. Política común en materia de asilo y de protección subsidiaria. Alcance de la competencia del órgano judicial de primera instancia. Facultad de modificación. artículo 46.3 de la Directiva 2013/32/UE, en relación con el artículo 47 de la CDFUE, órgano judicial de primera instancia, tras efectuar un examen completo y *ex nunc* del conjunto de elementos de hecho y de Derecho pertinentes presentados por un solicitante de protección internacional.

En consecuencia, a fin de garantizar al solicitante de protección internacional una tutela judicial efectiva en los términos del artículo 47 de la Carta y de conformidad con el principio de cooperación leal consagrado en el artículo 4 TUE, apartado 3, corresponde al órgano judicial nacional que conoce del recurso modificar la resolución del órgano administrativo o cuasi-judicial —en este caso, la resolución de la Oficina de Inmigración— que no resulte conforme con una sentencia suya dictada anteriormente y sustituir esa resolución administrativa por su propia decisión sobre la solicitud de protección internacional del interesado, dejando inaplicada, si es preciso, la normativa nacional que le prohíba proceder de tal manera (véase, por analogía, la sentencia de 5 de junio de 2014, Mahdi, C-146/14 PPU, EU:C:2014:1320, apartado 62) y sentencias de 17 de abril de 2018, Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257, apartado 79, y de 5 de junio de 2018, Kolv y otros, C-612/15, EU:C:2018:392, apartado 66). Apartados 33-36, 51-59, 65-66, 73-77.

- SAN 2ª nº 5180 de 26-12-2018, rec 1388/17. Internamiento CIE. Solicitud Asilo. Medida cautelar autorización de entrada y permanencia provisional.. La AN respecto a que no puede dejar sin efecto la autorización dictada por un órgano **jurisdiccional -Juez de Instrucción-**, máxime cuando en un caso como el de autos y vista la defectuosa remisión del expediente no conoce el motivo por el que el titular de otro órgano jurisdiccional ha autorizado el internamiento. Señalando que los mismos están legitimados para adoptar medidas que no colisionen con la decisión judicial adoptada por el Juez de Instrucción y dentro del ámbito de nuestras competencias como jueces de asilo. Por lo tanto, el extranjero no puede ser expulsado y, en este sentido, más que autorizar la "entrada y permanencia provisional", como hicimos, lo que debemos es adoptar la medida cautelar de prohibición de retorno, devolución o expulsión durante la sustanciación del presente recurso."
- SAN Sec. 2ª, nº 2811, de 1 de junio de 2018 (Rec. 1053/2017). Solicitud de asilo, encontrándose internado en un CIE. La AN señala Aunque sea con autorización judicial el internamiento en un CIE constituye una restricción de la libertad y debe mantenerse únicamente por el tiempo imprescindible. De hecho, el TEDH ha sostenido de forma reiterada que el mantenimiento en un Centro de Internamiento más allá del estrictamente necesario puede constituir una violación del art. 5 CEDH

## Medidas Cautelares. Sentencia Ejecución

- ¿Qué vía le queda a la parte para oponerse a una ejecución del acto administrativo hasta que recaiga sentencia firme? ¿Debería replantearse la jurisprudencia sobre pérdida sobrevenida del recurso contra medidas cautelares en estos casos?.
- art. 83.2-Ley 29/98 en relación con art. 129. y 132 RA contra las sentencias es admisible en ambos efectos.

## Medidas Cautelares en Apelación. Casación. frontera tenue entre "medida cautelar" y "ejecución provisional". Diferencias.

### PRIMERO

- Art 83 LJCA. R. A. Efectos suspensivo y devolutivo. Excepto RA contra derechos ftales. Un solo efecto. Art 121-3 LJCA.
- Art. 83.2 LJCA. Medidas cautelares que sean pertinentes para asegurar, en su caso, la ejecución de la sentencia. Remite a art 129 y ss. LJCA.
- La interposición de un recurso de apelación no impedirá la ejecución provisional de la sentencia recurrida.

### SEGUNDO

- Casación: 91.1- la ejecución provisional de la sentencia se superpone a las medidas cautelares. La preparación del recurso de casación no impedirá la ejecución provisional de la sentencia recurrida.
- no se solicitaron previamente (o denegadas hubieran cambiado las circunstancias fácticas que motivaron esa denegación)

### TERCERO

- la tutela que se persigue con la medida, se obtendrá a través de la ejecución provisional de la sentencia, salvo que ésta -en razón del pronunciamiento- no fuera susceptible de ejecución provisional (arts. 84.3 y 91.3).
- sentencia de instancia fuera desestimatoria del recurso.
- si fuera estimatoria cabría, en principio, su ejecución provisional.

**Medidas Cautelares. Sentencia Ejecución. Diferencia entre ley LJCA de 1956 y ley 29/98**

**TS, Sala 3ª, sec. 5ª, A 03-05-1994, rec. 4644/1992**, en un supuesto de ejecución de sentencia firme: “si la sentencia es desestimatoria de la pretensión y, por consiguiente, confirmatoria del acto impugnado, su ejecución resulta innecesaria, ya que la misma, en definitiva, viene a dar firmeza a un acto mutación alguna de la realidad jurídico-material, la que permanecerá inalterable, sin que la sentencia comporte ninguna actuación ejecutoria” FJ 5º). Así lo entiende también la doctrina: “Parece elemental que (...) las sentencias desestimatorias no precisan ni admiten ejecución provisional de ningún tipo, por cuanto no operan modificación alguna en el estado de cosas creado por la actuación administrativa que se impugnó”.

**Sala 3ª, sec. 5ª, A 18-10-1994, rec. 6264/1991**

## Medidas Cautelares. Sentencia Ejecución. Diferencia entre ley LJCA de 1956 y ley 29/98

**TS Sala 3ª, sec. 6ª, S 10-01-1997, rec. 6682/1995** remite a Autos de 18 octubre 1994 y 30 marzo 1995, entre otros, que en los supuestos de haberse pronunciado sentencia, aunque ésta no sea firme por haber sido recurrida en casación, al ser susceptible de ejecución conforme al precepto citado, carece de significado la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, ya que no se está ante la ejecutividad de éste, sino ante la ejecución de una sentencia recurrida en casación. Una vez pronunciada sentencia por la Sala de instancia huelga cualquier consideración o resolución sobre la procedencia de suspender o no suspender la ejecución del acto administrativo, pues únicamente cabe solicitar la ejecución de la sentencia firme o, si ésta no lo fuese por haberse preparado recurso de casación contra ella, pedir al Tribunal de instancia que acuerde su ejecución provisional o anticipada conforme a los artículos 1722 y 1723 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ”.

## Ejecución de las MC. Positivas.

Auto 18-10-2019 Juzgado Cont. Adom. de Palma de Mallorca: Ejecución de Resolución MC Positivas Autorización Provisional Para Trabajar. Requiere que se expida una Tarjeta Física.

## Medidas Cautelares. Bibliografía

- Álvarez-Cienfuegos Suárez, J. M., & González Rivas, J. J., (1998). *Análisis teórico y jurisprudencial de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Ley 29/1998, de 13 de julio*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 370 y ss.
- Agudo González, J., (2018). *La función administrativa de control. Una teoría del control orientada a la configuración de un sistema de justicia administrativa*. Cizur Menor: Civitas/ Thomson, pp. 68-120, 219-312.
- Chinchilla Marín, C. (1991). *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas.
- Calonge Velázquez, A., (1999). "Medidas cautelares de urgencia. Algunos problemas de interpretación del artículo 135 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa". *La Ley*, T. V, pp. 1847-1850.
- De la Sierra Morón, S. (2004). *Tutela cautelar contencioso-administrativa y Derecho europeo. Un estudio normativo y jurisprudencial*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 225 y ss.
- García De Enterría Martínez-Carande, E., & y Fernández Rodríguez, T. R (2011) *Curso de Derecho Administrativo, II*,
- *Mangas Martín, A. (2008) Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea Comentario artículo por artículo. Edi BBVA.*
- Peces Morate, J. E., (1999). "Tutela cautelar y ejecución provisional de sentencias". En M. Campos Sánchez-Bordona (dir.), *Medidas cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid: CGPJ, pp. 143-181.
- Rodríguez-arana Muñoz, J. El interés general en el levantamiento de las medidas cautelares contencioso-administrativas (a propósito del auto del TS de 15 de enero de 2007). *Diario La Ley*, N° 6698, Sección Doctrina, 23 Abr. 2007, Año XXVIII, Ref. D-98, Editorial LA LEY.
- Rodríguez-Arana Muñoz, J., (1998). "Comentario a los artículos 133 a 135 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998". *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº. 100, pp. 886-890.
- Ruiz Jarabo, P. (2004): "El *sfumatto* de las medidas cautelares". *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº. 232, pp. 17-28.
- Santamaría Pastor, A. (2010) "La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Comentario", Iustel.
- Sanz Gandásegui, F., (1995). "¿Medidas provisionalísimas en el proceso contencioso administrativo? (Comentario a los Autos del Tribunal Supremo de 2 y 19 de noviembre de 1993)". *Revista de Administración Pública*, núm. 138, pp. 183-201.