

Joutdes Navarro

954.23.65.64



AUDIENCIA NACIONAL
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección: 008
MADRID
PSS17 AUTO SUSPENSION GENERAL

**PIEZA SEPARADA DE SUSPENSION 579/2008-1
ACCEDIENDO A LA SUSPENSION**

PIEZA SEPARADA DE SUSPENSION 0000579 /2008 0001
Sobre: ACCION ADMINISTRATIVA
De D./Dña. MOHAMED ALI BRAHIM
Procurador Sr./a. D./Dña. SILVIA GONZALEZ MOTERA
Contra MINISTERIO DEL INTERIOR
ABOGADO DEL ESTADO

COPIA

-916134702
659499773

AUTO

ILMO./A SR./SRA. PRESIDENTE/A
JOSE LUIS SANCHEZ DIAZ
ILMOS/AS. SRES./SRAS. MAGISTRADOS/
JOSE ALBERTO FERNANDEZ RODERA
ISABEL PERELLÓ DOMENECH

ILUSTRE COLEGIO PROCURADORES DE MADRID	
RECEPCIÓN	NOTIFICACIÓN
18 DIC 2008	19 DIC 2008
Artículo 176.1/2000	

En MADRID, a doce de Diciembre de 2008

Dada cuenta; el anterior escrito del Abogado del Estado únase a la presente pieza separada de suspensión, con entrega de copia a la parte contraria, y;

HECHOS

PRIMERO.- Por la representación del recurrente D. MOHAMED ALI BRAHIM, se interpuso recurso contencioso-administrativo contra Resolución MINISTERIO DEL INTERIOR de fecha 19 de Mayo de 2008 sobre ACCION ADMINISTRATIVA.

SEGUNDA.- Solicitada la adopción de medida cautelar de suspensión de la ejecución de la resolución recurrida y abierta pieza separada para sustanciarla, se acordó oír al Sr. Abogado del Estado para que alegara lo que estimara pertinente a su derecho, trámite cumplimentado por escrito unido a autos.

TERCERO.- El Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSE ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA, formula voto particular.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Como ha indicado la Sala Tercera del Tribunal Supremo en diversas ocasiones, la razón de ser de la justicia cautelar, en el proceso en general, según se refiere en la doctrina contenida en la Sentencia de 22 de julio de 2002 (RC 3507/1998), se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la



finalidad del proceso. Con las medidas cautelares se trata de asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso, evitando la producción de un perjuicio de imposible o difícil reparación, como señalaba el artículo 122 LJ -o, como dice expresivamente el artículo 129 de la actual Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio), asegurando la efectividad de la sentencia-. Por ello el periculum in mora forma parte de la esencia de la medida cautelar, pues, en definitiva, con ella se intenta asegurar que la futura sentencia pueda llevarse a la práctica de modo útil.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en la STC 218/1994, ha indicado que la potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medidas cautelares, responde a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial; esto es, trata de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia. Pero, además, en el proceso administrativo la suspensión cautelar tiene determinadas finalidades específicas, incluso con trascendencia constitucional, y que pueden cifrarse genéricamente en constituir un límite o contrapeso a las prerrogativas exorbitantes de las Administraciones públicas, con el fin de garantizar una situación de igualdad con respecto a los particulares ante los Tribunales, sin la cual sería pura ficción la facultad de control o fiscalización de la actuación administrativa que garantiza el art. 106.1 CE ("Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican").

La decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares debe adoptarse ponderando las circunstancias del caso, según la justificación ofrecida en el momento de solicitar la medida cautelar, en relación con los distintos criterios que deben ser tomados en consideración según la LJ y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y comporta un alto grado de ponderación conjunta de criterios por parte del Tribunal, que, según nuestra jurisprudencia, puede resumirse de la siguiente manera:

a) Necesidad de justificación o prueba, aun incompleta o por indicios de aquellas circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar. Como se manifiesta en el ATS de 3 de junio de 1997: "la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado, que la ejecución del acto impugnado (o la vigencia de la disposición impugnada) le pueda ocasionar perjuicios, ni menos que éstos sean de difícil o imposible reparación". El interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o



difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que baste una mera invocación genérica.

b) Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto. Las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulten irreparables las consecuencias derivadas de la duración del proceso. De modo que la adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso. En este sentido, la STC 148/1993 sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal" (ATS de 20 de mayo de 1993).

c) El *periculum in mora*, constituye el primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar. Si bien, ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso, no se agota, en la fórmula clásica de la irreparabilidad del perjuicio, sino que su justificación puede presentarse, con abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta que, de modo inmediato, puede producirse una situación que haga ineficaz el proceso. Si bien se debe tener en cuenta que la finalidad asegurable a través de las medidas cautelares es la finalidad legítima que se deriva de la pretensión formulada ante los Tribunales.

d) El criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y ha sido destacado frecuentemente por la jurisprudencia: "al juzgar sobre la procedencia (de la suspensión) se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego". Por consiguiente, en la pieza de medidas cautelares deben ponderarse las circunstancias que concurren en cada caso y los intereses en juego, tanto los públicos como los particulares en forma circunstanciada. Como reitera hasta la saciedad la jurisprudencia "cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto" (ATS 3 de junio de 1997, entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*) supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares. Dicha doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar. La LJ no hace expresa referencia al criterio del

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado Ilmo. Sr. D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA:

Lamentando no compartir la decisión mayoritaria, entiendo que la ponderación del supuesto considerado requiere atender, haciendo abstracción del fondo de lo controvertido, de una parte, a los razonamientos expuestos por el acto administrativo y, de otra, a la motivación de las Sentencias del Tribunal Supremo que respaldan el criterio que ha prevalecido.

En primer lugar, la resolución impugnada en los autos principales se basa, sustancialmente, en que los saharauis "disfrutaban de los elementos esenciales de la protección internacional recogidos en la Convención sobre el estatuto de los refugiados" y en que la "protección recibida en territorio argelino" ha determinado que el interesado "no haya solicitado el reconocimiento como apátrida en Argelia, país que también es parte de la Convención sobre el estatuto de los apátridas".

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2007, invocada como elemento decisivo en la decisión mayoritaria, se basa, en síntesis, en que al interesado no le sería factible adquirir ni la nacionalidad marroquí ni la argelina (Fundamentos de Derecho octavo y noveno) y en que la Misión de Naciones Unidas para la organización del Referéndum en el Sahara Occidental (MINURSO) tiene misiones dirigidas a "supervisar" el alto el fuego, el intercambio de prisioneros y la restricción de presencia de tropas en determinados lugares, así como "identificar y registrar" personas con derecho a voto y "organizar y asegurar" la celebración de un referéndum, competencias ajenas a la "protección y asistencia" contemplada en la Convención de Nueva York de 1954 (Fundamento de Derecho décimo). En ese procedimiento se impugnaba una "resolución presunta por silencio administrativo" (Antecedente de Hecho primero).

La otra Sentencia del Tribunal Supremo que se invoca, de 18 de julio de 2008, contiene una argumentación similar a la anterior y se refiere a un acto administrativo, éste expreso, también diferente en su motivación al que ahora es revisado, concretamente ceñido al papel de MINURSO y al tratamiento que dispensan Argelia y Marruecos a los saharauis.

En consecuencia, y orillando cualquier consideración sobre el fondo del asunto -en particular sobre la naturaleza jurídica de la apatridia o sobre la actual posición que Naciones Unidas sostiene respecto de los saharauis, y ello con antelación al acto administrativo ahora combatido- no puede compartirse la aplicabilidad de la doctrina de la apariencia de buen derecho respecto de una resolución que difiere sustancialmente de las consideradas en las meritadas Sentencias del Tribunal Supremo. Y además esa ha sido la posición de esta Sala y Sección en supuestos similares, muy cercanos en el tiempo, en los que se ha denegado la suspensión a saharauis y el acto administrativo era absolutamente idéntico al que ahora se impugna en los autos principales.



fumus bonis iuris (tampoco la LJCA), cuya aplicación queda confiada a la jurisprudencia y al efecto reflejo de la LEC/2000 que sí alude a este criterio en el art. 728.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, ATS 14 de abril de 1997, de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz), pero advirtiéndolo, al mismo tiempo, de los riesgos de la doctrina al señalar que "la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no (...) al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito (AATS 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y STS de 14 de enero de, entre otros).

SEGUNDO.- Pues bien, en el presente caso en la adopción de la medida cautelar ha de tomarse en consideración la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sentencia de 20 de Noviembre de 2007, que estima el recurso contencioso interpuesto contra la resolución dictada por el Ministro del Interior por la que se denegó la solicitud de la Tarjeta Acreditativa de Apátrida, y reconoce a la entonces recurrente, saharauí su condición de apátrida, y declara que debe ser documentada en tal sentido por el Ministerio de Interior. Indica el Tribunal Supremo que del análisis de los términos tanto de la Convención de New York como del artículo 34 Ley de Extranjería, la Sala considera que el reconocimiento de la condición de apátrida se presenta como imperativo, bastando para ello la manifestación de la carencia de nacionalidad, sin que en el caso examinado ninguna legislación le otorgue esa nacionalidad, ni la española, ni la marroquí ni la argelina, país que por razones humanitarias, documenta a los saharauis refugiados en su territorio con la finalidad de poder salir



por vía aérea a países que -como España- no tienen reconocido como país a la República Árabe Saharaui Democrática.

Así las cosas, y tratándose de un supuesto que presenta ciertas características similares a las que se examinan en el supuesto de autos en que se trata de una resolución dictada por el Ministerio del Interior que deniega al recurrente el reconocimiento del estatuto de apátrida y tomando en consideración el anterior precedente jurisprudencial, ya confirmado en otras ocasiones, como en la mas reciente Sentencia de 18 de Julio de 2008, Ponente Sr. Oro-Pulido y López recaída en el recurso 555/05 en la que de igual modo se analiza un recurso de un solicitante saharauí que recurre la decisión del Ministerio del Interior que le deniega el estatuto de apátrida, entendemos que en atención a los criterios jurisprudenciales aplicables en este ámbito cautelar, en especial, al de la apariencia de buen derecho, procede la suspensión de la resolución recurrida, decisión que, claro esta, no afecta ni incide en el fondo del asunto planteado sobre la corrección jurídica de la decisión adoptada por la administración demandada

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

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA, con el voto particular del Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSE ALBERTO FERNANDEZ RODERA, por y ante mí, el Secretario Judicial, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a. ISABEL PERELLÓ DOMENECH, **ACUERDA** :

HABER LUGAR A LA SUSPENSIÓN de la resolución del Ministerio del Interior de fecha 19 de mayo de 2008, por la cual se deniega el reconocimiento del estatuto de apátrida solicitada por MOHAMED ALI BRAHIM.

Líbrese oficio al Ministerio de Interior, adjuntando testimonio de la presente resolución, a los efectos legales oportunos.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos./Ilmas. Sres./Sras. al margen citados; doy fe.