

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Primera

C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

33016340

NIG: 28.079.00.3-2018/0002952

Pieza de Medidas Cautelares 197/2018 - 0001 (Procedimiento Ordinario)

De: D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. MARIA PILAR ARNAIZ GRANDA

Contra: DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

A U T O N°

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D./Dña. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO

ILMOS/ILMAS. SRES/SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D./Dña. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS

D./Dña. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA

En Madrid, a diecinueve de junio de dos mil dieciocho

HECHOS

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso-administrativo, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña María Pilar Arnaiz Granda, en nombre y representación de don [REDACTED] contra la resolución administrativa que se dirá, la parte recurrente ha solicitado la adopción de la siguiente medida cautelar consistente en que se suspenda la decisión de no permitir el traslado desde la ciudad autónoma de Ceuta a territorio peninsular y se permita su residencia en dicho territorio mientras se sustancia el recurso.

SEGUNDO.- Formada la correspondiente pieza separada, se ha concedido a la Administración demandada un plazo de diez días a fin de que pudiera alegar lo que estimase pertinente en relación con la medida solicitada; un trámite que no ha sido evacuado por la Abogacía del Estado.

TERCERO.- En la sustanciación de las presentes actuaciones se han observado los preceptos y prescripciones legales en vigor.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La presente pieza separada de medidas cautelares tiene por objeto resolver la pretensión de tutela cautelar ejercitada por la parte demandante al amparo de lo previsto en los artículos 129 y siguientes de la Ley Jurisdiccional.

La recurrente ha solicitado la suspensión de la ejecutividad de la desestimación por silencio del recurso de alzada interpuesto contra el acuerdo de 9 de octubre de 2017, del Jefe Superior de Policía de Ceuta por el que en la documentación que le fue entregada en su condición de solicitante de Protección Internacional se le hizo constar la inscripción “válido solo en Ceuta”.

SEGUNDO.- De acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en STS de 22 de julio de 2002 (Rec. Cas. 3507/1998), transcrita en el ATS de 16 de julio de 2004 (R.C.A. 46/2004) y reiterada en el de 18 de julio de 2006 (R.C.A. 18/2006), la razón de ser de la justicia cautelar en el proceso en general se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme pueda dar lugar a 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 señala el artículo 129 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 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.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en SSTC 22/84, 66/84, 238/92, 148/93, entre otras muchas) ha declarado que el principio de autotutela administrativa, que no es incompatible con el artículo 24.1 CE, engarza con el principio de eficacia previsto en el artículo 103.1 CE y se satisface facilitando que la ejecución se someta a la decisión de un Tribunal y éste resuelva sobre la suspensión. Sobre esta base, la STC 218/1994 dejó dicho 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 artículo 106.1 CE.

TERCERO.- La decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares debe ser adoptada mediante la adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, según la justificación que se ofrezca en el momento de solicitarla, en relación con los distintos criterios que según la Ley Jurisdiccional han de contemplarse, y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional.

Así, en relación con los criterios a considerar a la hora de resolver sobre la adopción o denegación de una medida cautelar, el ATS de 18 de julio de 2006, entre otros muchos, recuerda que han de ponderarse conjuntamente los siguientes:

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. 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 su adopción no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso.

c) El *periculum in mora*, 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.

d) La ponderación de los intereses concurrentes como criterio complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso. 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 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 de 3 de junio de 1997, entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*); un criterio que, no recogido expresamente en la Ley Jurisdiccional aunque sí en el artículo 728 LEC, permite realizar una valoración de los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar, con carácter provisional y en los casos delimitados por la jurisprudencia (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, 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), dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva.

CUARTO.- En este caso, examinada detenidamente la pretensión de tutela cautelar formulada por la parte actora, la misma tendrá que ser acogida por las razones que se pasa a exponer.

En este caso, el recurrente formuló el 7 de septiembre de 2017 una solicitud de protección internacional en el puesto fronterizo de Ceuta, habiendo sido admitida a trámite dicha solicitud en fecha 9 de octubre de 2017, por lo que está documentado por las autoridades españolas en este sentido.

Con tal base, solicita se le reconozca la posibilidad de trasladarse desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular y ello sin perjuicio del resultado final del expediente de solicitud de protección internacional. La negación, pues, al actor de la posibilidad de trasladar su domicilio desde una parte a otra del territorio nacional podría

afectar al derecho que, aunque de modo transitorio y no definitivo, apareja la admisión a trámite de la solicitud formulada; una afectación que, al concernir a su situación personal por la limitación de un derecho, podría dar lugar a la producción de perjuicios difícilmente reversibles en el caso de dictarse eventualmente una sentencia estimatoria en los autos de los que dimana esta pieza de medidas cautelares.

Procede, pues, considerar concurrente el requisito del *periculum in mora* sobre el que se construye esencialmente el actual sistema de medidas cautelares que contempla la Ley Jurisdiccional de 1998.

Junto a lo anterior, la necesidad de conjurar la posible pérdida de la finalidad legítima del recurso con la medida cautelar que se ha solicitado por el demandante queda, si cabe, más reforzada contemplando la concurrencia, también, del complementario *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho.

En relación con el mencionado requisito, será útil recordar lo que el Tribunal Supremo razonaba ya respecto al mismo, entre otras muchas, en Sentencia de 6 de julio de 2009 (Rec. Cas. 658/2008):

“Es cierto que, como hemos declarado en repetidas ocasiones -sentencias de esta Sala de 14 de abril de 2003 (RC 5020/1999) y 17 de marzo de 2008 (RC 1021/2006), donde se citan otras anteriores de 27 de julio de 1996, 26 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 y 22 de febrero de 2003-, 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), si bien resulta aplicable en aquellos supuestos en que se solicita la nulidad del acto administrativo dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente. En la misma línea se expresa la sentencia de 18 de mayo de 2004 (RC 5793/2001), donde, citando resoluciones anteriores de la propia Sala (autos de 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y sentencia de 14 de enero de 1997, entre otros), se pone de manifiesto que la jurisprudencia hace una aplicación matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, que se utiliza sólo en determinados supuestos, citándose específicamente los casos en que concurra una nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, se trate de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, exista una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, o un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz; y, por el contrario, la doctrina de la apariencia de buen derecho no debe servir de fundamento para la adopción de la medida cautelar en los casos en que se predique la nulidad del acto impugnado en virtud de causas que han de ser objeto de valoración y decisión por primera vez, pues con ello 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.

En el mismo sentido, señalaba ya la STS 7 de abril de 2004 (Rec. Cas. 1678/2002) que *“... la finalidad legítima del recurso, cuya protección constituye, ciertamente, el presupuesto para la adopción de medidas cautelares, no es sólo, en un caso como el de autos, que al final del proceso, incluida su fase de ejecución, se restablezca la legalidad urbanística, sino, más bien, que ésta no sea groseramente menoscabada durante la pendencia de aquél. En este sentido, no debe descartarse que la interpretación del concepto jurídico indeterminado "finalidad legítima del recurso" conduzca a incluir en él, no sólo la preservación del efecto útil de la sentencia futura, sino, también, la de evitar que quien aparentemente está revestido de toda razón tenga que esperar a la decisión final del proceso para "disfrutar" de la posición o situación jurídica que, con fuerte presunción, parece corresponderle. A favor de esta ampliación de aquel concepto juegan numerosas razones: desde la idea de que la institución cautelar opera en otras ramas de nuestro ordenamiento jurídico (así, por ejemplo, en sede del juicio ejecutivo) para tutelar provisionalmente situaciones dotadas de una fuerte presunción de certeza; hasta algunas decisiones de la jurisprudencia comunitaria en las que, en presencia de una "fuerte presunción" o "manifiesta fundamentación" de ilegalidad de la actividad frente a la que se solicita la medida cautelar, se concede ésta analizando sólo el aspecto del "fumus boni iuris", sin entrar en el examen de la existencia o no de un perjuicio grave e irreparable; pasando, en fin, por principios tales como el de la proscripción del abuso del derecho o el de que el tener que recurrir al proceso para obtener reconocimiento de los derechos no debe perjudicar a quien tiene razón. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva parece demandar, también, que el "perjuicio" inherente al tiempo necesario para finalizar el proceso no recaiga en quien, con fuerte apariencia, tiene toda la razón.*

Es por ello, en tercer término, que no cabe interpretar el nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares surgido en la Ley 29/1998 como de proscripción, radical, absoluta, del criterio de la apariencia de buen derecho. Este criterio del "fumus boni iuris", aun siendo enormemente controvertido, no parece que pueda ser totalmente desatendido al decidir sobre la adopción de medidas cautelares. Bien para evitar que a través de demandas de todo punto infundadas se perturbe el interés público o los derechos de terceros; bien, como hemos dicho antes, para evitar que la necesidad de acudir al proceso corra en perjuicio de quien aparentemente tiene toda la razón; bien, en fin, para decantarse por la decisión en los casos extremos en que tanto la no adopción como la adopción de la cautela pueda determinar una situación gravemente perjudicial o irreversible”.

En este caso, la aplicación del repetido criterio se presenta como necesaria teniendo en cuenta que esta misma Sala y Sección, en numerosas Sentencias [entre las más recientes, pueden citarse las de 28 de mayo de 2015 (Rec. 1089/2014), 10 de junio de 2015 (Rec. 1091/2014), 29 de septiembre de 2017 (Rec. 1470/2016), 8 de noviembre de 2017 (40/2017), 11 de diciembre de 2017 (Rec. 918/2017), 18 de diciembre de 2017 (Rec. 1457/2017) y 26 de enero de 2018 (Rec. 41/2017)] ha estimado recursos contencioso-administrativos contra idénticas resoluciones que aquéllas a las que viene referida la presente solicitud de tutela cautelar, habiendo acogido en las citadas Sentencias pretensiones basadas en argumentos sustancialmente idénticos a los esgrimidos por el recurrente en apoyo de la pretensión que ahora se resuelve, configurándose así por esta Sala un criterio reiterado y uniforme que a la misma Administración ahora demandada le es de sobra conocido.

Con aplicación, pues, del requisito de la apariencia de buen derecho en el sentido al que se ha hecho referencia, debe acogerse entonces la primera de las pretensiones ejercitadas en la solicitud de tutela cautelar suspendiendo la ejecutividad de las resoluciones recurridas, en

la medida en que las mismas impiden al recurrente su desde la Ciudad Autónoma de Melilla al territorio peninsular, en la ciudad de Almería. Y todo ello apoyado, además de en lo ya expuesto, en lo razonado y resuelto por el Tribunal Supremo en un asunto en el que con idéntica aplicación del requisito del *fumus boni iuris* que ahora hacemos, dejó dicho lo siguiente [STS de 12 de febrero de 2018 (Rec. Cas. 103/2017)]:

“Efectivamente, en el ámbito del sistema cautelar se ha producido la aportación jurisprudencial -doctrina de la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris)- a la que se refiere la recurrente y que, pese a sus modulaciones, permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.

(...) la citada 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 o ante 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)...”.

QUINTO.- Establece el art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción que en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En el caso de autos procede la condena en costas de la Administración que ha visto desestimada su pretensión y lo será en cuantía de cien euros (100 €) a la vista del contenido del escrito de oposición.

PARTE DISPOSITIVA

1.- Se acuerda la medida cautelar solicitada, consistente en que se suspenda la decisión de no permitir el traslado del demandante desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular.

2.- Se condena en costas a la Administración en cuantía de cien euros (100 €).

El presente auto es susceptible de recurso de casación, previo recurso de reposición a interponer ante esta Sala en el plazo de cinco días, contados desde el siguiente al de su notificación, con constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite dicho recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2414-0000-91-0197-18 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” 20 Contencioso-Repósición/Súplica (25 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2414-0000-91-0197-18 en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos/as. Sres/as. anotados en el encabezamiento de la presente resolución. Doy fe.

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial previstas en el artículo 560.1.10 de la LOPJ

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Primera

C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

33016340

NIG: 28.079.00.3-2018/0002946

Pieza de Medidas Cautelares 196/2018 - 0001 (Procedimiento Ordinario)

De: D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. MARIA PILAR ARNAIZ GRANDA

Contra: DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

A U T O N°

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D./Dña. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO

ILMOS/ILMAS. SRES/SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D./Dña. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS

D./Dña. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA

En Madrid, a veintisiete de junio de dos mil dieciocho.

HECHOS

PRIMERO.- Doña María Pilar Arnaiz Granda, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de don [REDACTED] [REDACTED], natural de Argelia, ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta del recurso de alzada presentado contra la inscripción incluida en documento que acredita la condición del recurrente de solicitante de protección internacional, que limita su validez a Ceuta, restringiendo su derecho a la libertad de circulación y de residencia al impedirle el traslado a territorio peninsular.

Asimismo, la recurrente ha solicitado como medida cautelar que se le autorice de forma expresa el traslado de Ceuta a territorio peninsular y se permita su residencia en dicho territorio durante la sustanciación del recurso.

SEGUNDO.- Formada la correspondiente pieza separada, y dado traslado de las actuaciones a la Abogacía del Estado para que formular las alegaciones que estimara pertinentes, presentó escrito el 8 de junio de 2018, en el que solicita la denegación de la medida cautelar.

Es ponente el Presidente de la Sala, Ilmo. Sr. D. Juan Pedro Quintana Carretero, quien expresa el parecer de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Recordemos antes de proceder a resolver acerca de la cuestión controvertida en esta pieza separada de medidas cautelares los criterios que han de tomarse en consideración a tal efecto.

Las medidas cautelares tratan de asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso, evitando la producción de un perjuicio de imposible o difícil reparación *-periculum in mora-* o, como expresa el artículo 129 LJCA, asegurar “la efectividad de la sentencia”. El objetivo es que la sentencia estimatoria que pudiera recaer pueda llevarse a la práctica de modo útil para que lo juzgado pueda ser ejecutado, garantizando así del principio de tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la CE (ATS de 14 de junio de 2012, Rec. 344/2012), y del cual forma parte integrante la llamada “tutela cautelar”. Se trata, en definitiva, de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso.

No obstante, como subraya la STC 218/1994, la potestad jurisdiccional de suspensión cautelar en el proceso contencioso-administrativo tiene, además, otra finalidad de trascendencia constitucional. La tutela cautelar constituye 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”).

Por ello, nuestra jurisprudencia contempla la adopción de las medidas cautelares bajo el régimen de la nueva Ley Jurisdiccional, no como una medida excepcional, sino como una verdadera facultad judicial y un instrumento de tutela judicial ordinaria, por influjo directo de las exigencias que derivan de la tutela judicial efectiva (en este sentido AATS de 14 de junio de 2012, Rec. 344/2012, de 5 de febrero de 2009, Rec. 35/2008, y de 27 de marzo de 2007, Rec. 148/2005).

En consonancia con lo anterior, el artículo 129 LJCA abandona el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, que caracterizaba la regulación anterior, instaurando un sistema de “**númerus apertus**”, de medidas innominadas, entre las que se encuentran las de carácter positivo. Así, el precepto utiliza una formulación amplia, en cuya virtud los interesados pueden solicitar “cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”.

Los presupuestos legales para la adopción de una medida cautelar en el proceso contencioso-administrativo se establecen con carácter general para el supuesto de impugnación de actos administrativos o disposiciones generales en el artículo 130 LJCA, sin perjuicio de las especialidades propias del régimen de tutela cautelar relativo a la vía de hecho y a la inactividad administrativa, que contempla el artículo 136 LJCA.

El criterio general para la adopción de medidas cautelares que se recoge en el artículo 130 LJCA se concreta en la expresión "pérdida de la finalidad legítima del recurso". Dicho concepto jurídico indeterminado gira en torno al llamado "*periculum in mora*", que el legislador ha situado como criterio decisor de la adopción de medidas cautelares, al margen de la mayor o menor incidencia que se quiera atribuir al principio "*fumus boni iuris*", y del relevante papel que ocupa la ponderación de intereses que preside todo el sistema.

La "pérdida de la finalidad legítima del recurso" puede identificarse en presencia de alguna de las siguientes circunstancias: a) la irreparabilidad o difícil reparación del daño o perjuicio que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera ocasionar, y b) la generación de una situación jurídica irreversible o de costosa o difícil reversibilidad que prive de efectividad a la sentencia favorable a la pretensión ejercitada.

Ahora bien, como contrapeso del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. De este modo, la ponderación de los intereses es el segundo de los presupuestos legales para la adopción de las medidas cautelares que debe concurrir junto con el *periculum in mora* para justificar la adopción de aquellas.

En definitiva, la Ley Jurisdiccional establece un requisito esencial para posibilitar la adopción de medidas cautelares, consistente en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder al recurso su finalidad legítima. De manera que sólo cumplido tal presupuesto podrá ser adoptada la medida cautelar, aunque podrá denegarse cuando, pese a ello, pudiera seguirse de su adopción una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, exigiendo del Juez o Tribunal una ponderación circunstanciada de los intereses en conflicto. Por tanto, en dicho juicio de ponderación de intereses se debe comparar la intensidad del interés público que representa la ejecución del acto y la entidad de los perjuicios susceptibles de ser provocados por tal ejecución, concediéndose mayor relevancia en dicha valoración comparativa al interés general o de tercero afectado por la eficacia del acto impugnado.

Además se produce una interrelación entre el *periculum in mora* y la ponderación de intereses que condiciona el juicio cautelar, pues, tal y como afirma la jurisprudencia, cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; mientras que, por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto(en este sentido SSTs de 5 de julio de 2012, Rec. 2704/2011 y 4873/2010, de 29 de noviembre de 2012, Rec. 5487/2011, y de 26 de septiembre de 2011, Rec. 6198/2010, y ATS de 8 de mayo de 2012, Rec. 313/2012).

Por último, junto al *periculum in mora*, tradicional elemento definidor de la decisión cautelar, se ha abierto camino en los últimos tiempos, doctrinal y jurisprudencialmente, como criterio para la adopción de medidas cautelares, el "*fumus boni iuris*", que se incorpora al proceso contencioso-administrativo de la mano de la jurisprudencia y procedente del Derecho comunitario.

Constituye un criterio de contornos aún no plenamente definidos y de aplicación ciertamente residual y muy limitada, que junto con aquel otro ha justificado el otorgamiento de la tutela cautelar en ocasiones.

La aplicación de la doctrina del "*fumus boni iuris*" nos sitúa ante el juicio de probabilidad o de verosimilitud de la existencia del derecho, y se vincula a la existencia de una situación jurídica necesitada de protección durante la tramitación del proceso y hasta que se dicte sentencia definitiva en el mismo, ante el previsible perjuicio que sufriría por la duración del proceso.

Sin embargo, tras el entusiasmo con que se acogió en un principio, actualmente la jurisprudencia advierte de los riesgos de su uso y demanda su prudente aplicación, recomendando su empleo para fundamentar la suspensión de ejecutividad o vigencia de actos o disposiciones, con carácter general, solo en determinados supuestos. Concretamente en los casos de nulidad de pleno derecho del acto o disposición recurridos, siempre y cuando la nulidad sea manifiesta, precisando que esta circunstancia concurre en los actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada previamente nula, cuando existe una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, y ante la existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz.

Tan prudente aplicación pretende conjurar el riesgo de prejuzgar la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulnere 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 -lo que conlleva que la decisión del Tribunal sobre las cuestiones suscitadas por las partes en el proceso principal se produzca tras su sustanciación bajo tales principios, en relación con los hechos en que se funda cada pretensión-, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito o decidir el fondo del asunto, sino solo para salvaguardar la finalidad legítima del recurso (en este sentido SSTs de 29 de noviembre de 2012, Rec. 5487/2011, y de 5 de julio de 2012, Rec. 2704/2011 y 4873/2010)

Tal y como señala la STC 148/1993 "el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal", pues al resolver sobre una medida cautelar se carece aún de los elementos precisos para efectuar un enjuiciamiento definitivo.

Para finalizar esta exposición general de las exigencias de la tutela cautelar, tan solo resta señalar que la carga de acreditar que la ejecución del acto recurrido o la vigencia de la disposición impugnada, sobre los que recae la solicitud de medida cautelar, podría frustrar la finalidad legítima del recurso, recae sobre el solicitante y favorecido por la misma. Es decir, el interesado en obtener la medida cautelar tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurrirían en el caso para acordarla, sin que sea suficiente una mera invocación genérica o una mera alegación, sin prueba alguna (en este sentido SSTs de 29 de noviembre de 2012, Rec. 5487/2011, y de 5 de julio de 2012, Rec. 2704/2011 y 4873/2010).

Ahora bien, tal afirmación debe matizarse, pues la concurrencia de los requisitos para la adopción de la medida cautelar no requiere una prueba plena, sino que bastará con una razonabilidad de su producción o concurrencia. Es decir, será suficiente con una prueba por indicios o incompleta acerca de la posibilidad de que las consecuencias dañosas alegadas se produzcan, así como de su naturaleza y alcance (en este sentido, además de las SSTs

anteriormente citadas, los AATS de 5 de febrero de 2009, Rec. 35/2008, y de 27 de marzo de 2007, Rec. 148/2005).

TERCERO.- En el presente supuesto el acto administrativo en relación con el cual se insta la medida cautelar es la desestimación presunta del recurso de alzada presentado contra la inscripción incluida en el documento facilitado que acredita la condición del recurrente de solicitante de protección internacional, limitando su validez a Ceuta y restringiendo, por tanto, su derecho a la libertad de circulación y de residencia al impedirle el traslado a territorio peninsular.

La parte demandante alega que el 19 de septiembre de 2017 formalizó solicitud de protección internacional en Ceuta que fue admitida a trámite, por lo que el 23 de octubre de 2017 la Jefatura Superior de Policía de Ceuta, por delegación del Comisario General del Extranjería y Fronteras, le hizo entrega de la correspondiente documentación que acredita su condición de solicitante de protección internacional, en la que se insertó una inscripción que reza “válido sólo en Ceuta”.

La parte demandante alega la apariencia de buen derecho en su favor, con sustento en la indebida limitación que tal inscripción constituye para su derecho a circular libremente por el territorio nacional y a elegir su residencia, así como la presencia de *periculum in mora*, dada su situación de especial vulnerabilidad y la limitación personal que le supone no poder desplazarse a la península para recibir el tratamiento médico que requiere, al tiempo que afirma que la adopción de la medida cautelar no lesiona intereses generales ni de tercero.

Frente a estas consideraciones jurídicas la Abogacía del Estado opone la improcedencia de medidas cautelares frente a actos negativos por constituir una estimación anticipada de la pretensión del actor y que no se acredita la concurrencia de los requisitos necesarios para la adopción de la medida cautelar solicitada.

Pues bien, ante un supuesto análogo al que nos ocupa, nos hemos pronunciado recientemente en el auto de 19 de junio de 2018 (Procedimiento ordinario 197/2018) en el sentido siguiente:

“CUARTO.- (...)

Con tal base , solicita se le reconozca la posibilidad de trasladarse desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular y ello sin perjuicio del resultado final del expediente de solicitud de protección internacional. La negación, pues, al actor de la posibilidad de trasladar su domicilio desde una parte a otra del territorio nacional podría afectar al derecho que, aunque de modo transitorio y no definitivo, apareja la admisión a trámite de la solicitud formulada; una afectación que, al concernir a su situación personal por la limitación de un derecho, podría dar lugar a la producción de perjuicios difícilmente reversibles en el caso de dictarse eventualmente una sentencia estimatoria en los autos de los que dimana esta pieza de medidas cautelares.

Procede, pues, considerar concurrente el requisito del periculum in mora sobre el que se construye esencialmente el actual sistema de medidas cautelares que contempla la Ley Jurisdiccional de 1998.

Junto a lo anterior, la necesidad de conjurar la posible pérdida de la finalidad legítima del recurso con la medida cautelar que se ha solicitado por el demandante queda, si cabe, más reforzada contemplando la concurrencia, también, del complementario fumus boni iuris o apariencia de buen derecho.

En relación con el mencionado requisito, será útil recordar lo que el Tribunal Supremo razonaba ya respecto al mismo, entre otras muchas, en Sentencia de 6 de julio de 2009 (Rec. Cas. 658/2008):

“Es cierto que, como hemos declarado en repetidas ocasiones -sentencias de esta Sala de 14 de abril de 2003 (RC 5020/1999) y 17 de marzo de 2008 (RC 1021/2006), donde se citan otras anteriores de 27 de julio de 1996, 26 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 y 22 de febrero de 2003-, 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), si bien resulta aplicable en aquellos supuestos en que se solicita la nulidad del acto administrativo dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente. En la misma línea se expresa la sentencia de 18 de mayo de 2004 (RC 5793/2001), donde, citando resoluciones anteriores de la propia Sala (autos de 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y sentencia de 14 de enero de 1997, entre otros), se pone de manifiesto que la jurisprudencia hace una aplicación matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, que se utiliza sólo en determinados supuestos, citándose específicamente los casos en que concorra una nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, se trate de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, exista una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, o un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz; y, por el contrario, la doctrina de la apariencia de buen derecho no debe servir de fundamento para la adopción de la medida cautelar en los casos en que se predique la nulidad del acto impugnado en virtud de causas que han de ser objeto de valoración y decisión por primera vez, pues con ello 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.

En el mismo sentido, señalaba ya la STS 7 de abril de 2004 (Rec. Cas. 1678/2002) que "... la finalidad legítima del recurso, cuya protección constituye, ciertamente, el presupuesto para la adopción de medidas cautelares, no es sólo, en un caso como el de autos, que al final del proceso, incluida su fase de ejecución, se restablezca la legalidad urbanística, sino, más bien, que ésta no sea groseramente menoscabada durante la pendencia de aquél. En este sentido, no debe descartarse que la interpretación del concepto jurídico indeterminado "finalidad legítima del recurso" conduzca a incluir en él, no sólo la preservación del efecto útil de la sentencia futura, sino, también, la de evitar que quien aparentemente está revestido de toda razón tenga que esperar a la decisión final del proceso para "disfrutar" de la posición o situación jurídica que, con fuerte presunción, parece corresponderle. A favor de esta ampliación de aquel concepto juegan numerosas razones: desde la idea de que la institución cautelar opera en otras ramas de nuestro ordenamiento jurídico (así, por ejemplo, en sede del juicio ejecutivo) para tutelar provisionalmente situaciones dotadas de una fuerte presunción de certeza; hasta algunas decisiones de la jurisprudencia comunitaria en las que, en presencia de una "fuerte presunción" o "manifiesta fundamentación" de ilegalidad de la actividad frente a la que se solicita la medida cautelar, se concede ésta analizando sólo el aspecto del "fumus boni iuris", sin entrar en el examen de la existencia o no de un perjuicio grave e irreparable; pasando, en fin, por principios tales como el de la proscripción del abuso del derecho o el de que el tener que recurrir al proceso para obtener reconocimiento de los derechos no debe perjudicar a quien tiene razón. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva parece demandar, también, que el "perjuicio" inherente al tiempo necesario para finalizar el proceso no recaiga en quien, con fuerte apariencia, tiene toda la razón.

Es por ello, en tercer término, que no cabe interpretar el nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares surgido en la Ley 29/1998 como de proscripción, radical, absoluta, del criterio de la apariencia de buen derecho. Este criterio del "fumus boni iuris", aun siendo enormemente controvertido, no parece que pueda ser totalmente desatendido al decidir sobre la adopción de medidas cautelares. Bien para evitar que a través de demandas de todo punto infundadas se perturbe el interés público o los derechos de terceros; bien, como hemos dicho antes, para evitar que la necesidad de acudir al proceso corra en perjuicio de quien aparentemente tiene toda la razón; bien, en fin, para decantarse por la decisión en los casos extremos en que tanto la no adopción como la adopción de la cautela pueda determinar una situación gravemente perjudicial o irreversible".

En este caso, la aplicación del repetido criterio se presenta como necesaria teniendo en cuenta que esta misma Sala y Sección, en numerosas Sentencias [entre las más recientes, pueden citarse las de 28 de mayo de 2015 (Rec.

1089/2014), 10 de junio de 2015 (Rec. 1091/2014), 29 de septiembre de 2017 (Rec. 1470/2016), 8 de noviembre de 2017 (40/2017), 11 de diciembre de 2017 (Rec. 918/2017), 18 de diciembre de 2017 (Rec. 1457/2017) y 26 de enero de 2018 (Rec. 41/2017)] ha estimado recursos contencioso-administrativos contra idénticas resoluciones que aquéllas a las que viene referida la presente solicitud de tutela cautelar, habiendo acogido en las citadas Sentencias pretensiones basadas en argumentos sustancialmente idénticos a los esgrimidos por el recurrente en apoyo de la pretensión que ahora se resuelve, configurándose así por esta Sala un criterio reiterado y uniforme que a la misma Administración ahora demandada le es de sobra conocido.

Con aplicación, pues, del requisito de la apariencia de buen derecho en el sentido al que se ha hecho referencia, debe acogerse entonces la primera de las pretensiones ejercitadas en la solicitud de tutela cautelar suspendiendo la ejecutividad de las resoluciones recurridas, en la medida en que las mismas impiden al recurrente su desde la Ciudad Autónoma de Melilla al territorio peninsular, en la ciudad de Almería. Y todo ello apoyado, además de en lo ya expuesto, en lo razonado y resuelto por el Tribunal Supremo en un asunto en el que con idéntica aplicación del requisito del *fumus boni iuris* que ahora hacemos, dejó dicho lo siguiente [STS de 12 de febrero de 2018 (Rec. Cas. 103/2017)]:

“Efectivamente, en el ámbito del sistema cautelar se ha producido la aportación jurisprudencial -doctrina de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*)- a la que se refiere la recurrente y que, pese a sus modulaciones, permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.

(...) la citada 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 o ante 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)...”.

A lo expuesto, añadimos ahora que ante otro supuesto de hecho análogo al que ahora nos ocupa, aunque resolviendo el fondo de la cuestión litigiosa, y referido también al acceso desde Ceuta a la península por extranjeros que han obtenido la admisión de solicitudes de

asilo o protección internacional, decíamos en nuestra sentencia de 26 de enero de 2018 (P.O. 41/2017) lo siguiente:

“TERCERO.- A los hechos expuestos les resultan de aplicación la doctrina contenida en la sentencia citada, donde decíamos lo siguiente:

“QUINTO.- Una vez delimitado con precisión el objeto del presente recurso estamos en condiciones de afirmar que no es la primera vez que esta Sala ha examinado y resuelto pretensiones idénticas a la que aquí se sustancia. En Sentencias de 11 de mayo de 2015 (Rec. 1088/2014), 28 de mayo de 2015 (Rec. 1089/2014) y 10 de junio de 2015 (Rec. 1091/2014) ya se examinaron las mismas cuestiones aquí debatidas y el resultado, como se comprueba, fue el de la estimación de los respectivos recursos. Una decisión que, examinado detenidamente lo actuado en vía administrativa y en estos autos, también se pronunciará, según pasamos a razonar.

El artículo 25 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social, dispone en su artículo 25. 3, referido a los requisitos para la entrada en territorio nacional, que lo dispuesto en sus dos primeros apartados no será de aplicación a los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España, cuya concesión se regirá por lo dispuesto en la normativa específica.

El artículo 4 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, define el derecho a la protección subsidiaria como el "dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10 de esta Ley y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren, acogerse a la protección del país de que se trate, siempre que no concurra alguno de los supuestos mencionados en los artículos 11 y 12 de esta Ley".

Los artículos 17, 18 y 19 de la repetida Ley 12/2009 regulan el procedimiento de solicitud de asilo en los siguientes términos:

Artículo 17. Presentación de la solicitud.

1. El procedimiento se inicia con la presentación de la solicitud, que deberá efectuarse mediante comparecencia personal de los interesados que soliciten protección en los lugares que reglamentariamente se establezcan, o en caso de imposibilidad física o legal, mediante persona que lo represente. En este último caso, el solicitante deberá ratificar la petición una vez desaparezca el impedimento.

2. La comparecencia deberá realizarse sin demora y en todo caso en el plazo máximo de un mes desde la entrada en el territorio español o, en todo caso, desde que se produzcan los acontecimientos que justifiquen el temor fundado de persecución o daños graves. A estos efectos, la entrada ilegal en territorio español no podrá ser sancionada cuando haya sido realizada por persona que reúna los requisitos para ser beneficiaria de la protección internacional prevista en esta Ley.

3. En el momento de efectuar la solicitud, la persona extranjera será informada, en una lengua que pueda comprender, acerca de:

- a) el procedimiento que debe seguirse;
- b) sus derechos y obligaciones durante la tramitación, en especial en materia de plazos y medios de que dispone para cumplir éstas;
- c) la posibilidad de contactar con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y con las Organizaciones no Gubernamentales legalmente reconocidas entre cuyos objetivos figure el asesoramiento y ayuda a las personas necesitadas de protección internacional;
- d) las posibles consecuencias del incumplimiento de sus obligaciones o de su falta de colaboración con las autoridades; y
- e) los derechos y prestaciones sociales a los que tiene acceso en su condición de solicitante de protección internacional.

4. La solicitud se formalizará mediante entrevista personal que se realizará siempre individualmente. De forma excepcional, podrá requerirse la presencia de otros miembros de la familia de los solicitantes, si ello se considerase imprescindible para la adecuada formalización de la solicitud.

5. La Administración adoptará las medidas necesarias para que, cuando sea preciso, en la entrevista se preste un tratamiento diferenciado por razón del sexo de la persona solicitante o demás circunstancias previstas en el artículo 46 de esta Ley. De este trámite se dejará debida constancia en el expediente administrativo.

6. Las personas encargadas de efectuar la entrevista informarán a los solicitantes sobre cómo efectuar la solicitud, y les ayudarán a cumplimentarla, facilitándoles la información básica en relación con aquélla. Asimismo, colaborarán con los interesados para establecer los hechos relevantes de su solicitud.

7. Cuando razones de seguridad lo aconsejen, se podrá registrar a la persona solicitante y sus pertenencias, siempre y cuando se garantice el pleno respeto a su dignidad e integridad.

8. En los términos que se establezcan reglamentariamente, se planteará la posibilidad de una nueva audiencia personal sobre su solicitud de asilo. La ponderación sobre la necesidad o no de efectuar nuevas entrevistas será motivada”.

Artículo 18. Derechos y obligaciones de los solicitantes.

“1. El solicitante de asilo, presentada la solicitud, tiene en los términos recogidos en la presente Ley, en los artículos 16, 17, 19, 33 y 34, los siguientes derechos:

- a) a ser documentado como solicitante de protección internacional;*
- b) a asistencia jurídica gratuita e intérprete;*
- c) a que se comunique su solicitud al ACNUR;*
- d) a la suspensión de cualquier proceso de devolución, expulsión o extradición que pudiera afectar al solicitante;*
- e) a conocer el contenido del expediente en cualquier momento;*
- f) a la atención sanitaria en las condiciones expuestas;*
- g) a recibir prestaciones sociales específicas en los términos que se recogen en esta Ley.*

2. Serán obligaciones de los solicitantes de protección internacional las siguientes:

- a) cooperar con las autoridades españolas en el procedimiento para la concesión de protección internacional;*
- b) presentar, lo antes posible, todos aquellos elementos que, junto a su propia declaración, contribuyan a fundamentar su solicitud. Entre otros, podrán presentar la documentación de que dispongan sobre su edad, pasado -incluido el de parientes relacionados-, identidad, nacionalidad o nacionalidades, lugares de anterior residencia, solicitudes de protección internacional previas, itinerarios de viaje, documentos de viaje y motivos por los que solicita la protección;*
- c) proporcionar sus impresiones dactilares, permitir ser fotografiados y, en su caso, consentir que sean grabadas sus declaraciones, siempre que hayan sido previamente informados sobre este último extremo;*
- d) informar sobre su domicilio en España y cualquier cambio que se produzca en él;*
- e) informar, asimismo, a la autoridad competente o comparecer ante ella, cuando así se les requiera con relación a cualquier circunstancia de su solicitud”.*

Artículo 19. Efectos de la presentación de la solicitud.

“1. Solicitada la protección, la persona extranjera no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud o ésta no sea admitida. No obstante, por motivos de salud o seguridad públicas, la autoridad competente podrá adoptar medidas cautelares en aplicación de la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración.

2. Asimismo, la solicitud de protección suspenderá, hasta la decisión definitiva, la ejecución del fallo de cualquier proceso de extradición de la persona interesada que se halle pendiente. A tal fin, la solicitud será comunicada inmediatamente al órgano judicial o al órgano gubernativo ante el que en ese momento tuviera lugar el correspondiente proceso.

3. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, podrá entregarse o extraditarse a una persona solicitante, según proceda, a otro Estado miembro de la Unión Europea en virtud de las obligaciones dimanantes de una orden europea de detención y entrega, o a un país tercero ante órganos judiciales penales internacionales.

4. Las personas solicitantes de asilo tienen derecho a entrevistarse con un abogado en las dependencias de los puestos fronterizos y centros de internamiento de extranjeros. Reglamentariamente, y sin perjuicio de las normas de funcionamiento establecidas para las citadas dependencias y centros, podrán establecerse condiciones para el ejercicio de este derecho derivadas de razones de seguridad, orden público o de su gestión administrativa.

5. La solicitud de protección dará lugar al inicio del cómputo de los plazos previstos para su tramitación.

6. La resolución que admita a trámite una solicitud de asilo determinará el procedimiento correspondiente.

7. En caso de que la tramitación de una solicitud pudiese exceder de seis meses, ampliables de acuerdo con lo previsto en el artículo 49 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para su resolución y notificación, se informará a la persona interesada del motivo de la demora".

El artículo 36.1,h) de la Ley 12/2009, dispone que

"La concesión del derecho de asilo o de la protección subsidiaria implicará el reconocimiento de los derechos establecidos en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración, así como en la normativa de la Unión Europea, y, en todo caso: h) la libertad de circulación".

El artículo 5 de la Ley Orgánica 4/2000, reconoce al extranjero que esté en situación regular en España su derecho a circular libremente por el territorio español.

El Acta final, apartado III de la Adhesión de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (BOE núm. 81, de 5 de abril de 1994) recoge textualmente lo siguiente en relación con la cuestión que aquí nos ocupa:

"e) En aplicación de su legislación nacional y con el fin de verificar si los pasajeros siguen cumpliendo las condiciones enumeradas en el artículo 5 del Convenio de 1990, en virtud de los cuales fueron autorizados a entrar en territorio nacional en el momento del control de pasaportes en la frontera

exterior, España mantendrá controles (controles de identidad y de documentos) en las conexiones marítimas y aéreas provenientes de Ceuta y Melilla que tengan como único destino otro punto del territorio español. A este mismo fin, España mantendrá controles sobre los vuelos interiores y sobre las conexiones regulares por transbordador que salgan de las ciudades de Ceuta y Melilla con destino a otro Estado parte del Convenio".

El artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) dispone, sobre las Condiciones de entrada de los nacionales de terceros países, que

"1. Para estancias previstas en el territorio de los Estados miembros de una duración que no exceda de 90 días dentro de cualquier período de 180 días, lo que implica tener en cuenta el período de 180 días que precede a cada día de estancia, las condiciones de entrada para los nacionales de terceros países serán las siguientes:

a) Estar en posesión de un documento de viaje válido que otorgue a su titular el derecho a cruzar la frontera y que cumpla los siguientes criterios:

i) Seguirá siendo válido como mínimo tres meses después de la fecha prevista de partida del territorio de los Estados miembros. En casos de emergencia justificados, esta obligación podrá suprimirse,

ii) deberá haberse expedido dentro de los diez años anteriores;

b) Estar en posesión de un visado válido, cuando así lo exija el Reglamento (CE) n.º 539/2001 del Consejo (25), salvo que sean titulares de un permiso de residencia válido o de un visado de larga duración válido;

c) Estar en posesión de documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista y disponer de medios de subsistencia suficientes, tanto para el período de estancia previsto como para el regreso al país de origen o el tránsito hacia un tercer país en el que su admisión esté garantizada, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios;

d) No estar inscrito como no admisible en el SIS;

e) No suponer una amenaza para el orden público, la seguridad interior, la salud pública o las relaciones internacionales de ninguno de los Estados miembros ni, en particular, estar inscrito como no admisible en las bases de datos nacionales de ningún Estado miembro por iguales motivos.

2. A efectos de la aplicación del apartado 1, la fecha de entrada se considerará como primer día de estancia en el territorio de los Estados miembros, y la fecha de salida como último día de estancia en el territorio de los Estados miembros. No se tendrán en cuenta para el cálculo de la duración de la estancia en el territorio de los Estados miembros los períodos de estancia

autorizados por medio de un visado nacional de larga duración o de un permiso de residencia.

3. En el anexo I figura una lista no exhaustiva de documentos justificativos que la guardia de fronteras podrá pedir a los nacionales de terceros países para comprobar el cumplimiento de las condiciones contempladas en el apartado 1, letra c).

4. El criterio para calcular los medios de subsistencia estará en función de la duración y del motivo de la estancia y se usarán como referencia los precios medios en el Estado o Estados miembros de que se trate del alojamiento y de la alimentación, en hospedaje económico multiplicado por el número de días de estancia.

Los importes de referencia fijados por los Estados miembros se notificarán a la Comisión de conformidad con el artículo 39.

La comprobación de los medios de subsistencia suficientes podrá basarse en el dinero efectivo, los cheques de viaje y las tarjetas de crédito que obren en poder del nacional de un tercer país. Las declaraciones de invitación, cuando las prevea el Derecho interno, y las declaraciones de toma a cargo definidas por el Derecho interno, en caso de que el nacional de un tercer país se aloje en el domicilio de una persona de acogida, también podrán constituir prueba de medios adecuados de subsistencia.

5. No obstante lo dispuesto en el apartado 1:

a) Podrá autorizarse la entrada al territorio de los demás Estados miembros a aquellos nacionales de terceros países que no cumplan las condiciones establecidas en el apartado 1, pero que sean titulares de un permiso de residencia o de un visado de larga duración, al objeto de que puedan llegar al territorio del Estado miembro que haya expedido el permiso de residencia o el visado de larga duración, a no ser que figuren en la lista nacional de personas no admisibles del Estado miembro en cuyas fronteras exteriores se presenten y que la descripción que les afecte esté acompañada de medidas que se opongan a la entrada o al tránsito;

b) Podrá autorizarse la entrada al territorio de los Estados miembros a aquellos nacionales de terceros países que se presenten en la frontera y cumplan las condiciones establecidas en el apartado 1, excepto la de la letra b), si se les puede expedir un visado en la frontera en virtud de los artículos 35 y 36 del Reglamento (CE) n.º 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo (26).

Los Estados miembros elaborarán estadísticas sobre los visados expedidos en la frontera con arreglo al artículo 46 del Reglamento (CE) n.º 810/2009 y a su anexo XII.

En caso de que no fuera posible colocar el visado en el documento, se adherirá la etiqueta, con carácter excepcional, en una hoja suelta que se incorporará al documento. En tal caso, se utilizará obligatoriamente el modelo

uniforme de impreso para la colocación del visado establecido por el Reglamento (CE) nº 333/2002 del Consejo (27);

c) Por motivos humanitarios, de interés nacional o por obligaciones internacionales, todo Estado miembro podrá autorizar la entrada en su territorio a nacionales de terceros países que no cumplan alguna de las condiciones establecidas en el apartado 1. En tales casos, cuando un nacional de un tercer país esté inscrito como no admisible con arreglo al apartado 1, letra d), el Estado miembro que le autorice la entrada en su territorio informará de ello a los demás Estados miembros”.

Asimismo, sobre la base de que cuando el demandante solicitó poder trasladarse al territorio peninsular ya había instado la protección internacional y su solicitud se había admitido a trámite, habiendo sido, por ello, documentado con el de solicitante de protección internacional en trámite, añadíamos lo siguiente:

“Dado que el primer derecho de aquél a quien se le admite tal solicitud es que se le documente como solicitante de protección internacional [artículo 18.1.a)], el efecto directo de esa admisión a trámite es que dicha persona no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva su solicitud (art.19.1), quedando el interesado obligado a comunicar su cambio de domicilio [18.2.d)], lo que implica que está facultado para realizar dicho cambio. De igual modo, la admisión a trámite lleva consigo la apertura del procedimiento correspondiente, según se deriva del artículo 19.6, siempre de la Ley 12/2009.

En este caso, a tenor de los citados preceptos legales, el recurrente, en cuanto que se encuentra en la Ciudad Autónoma de Ceuta -territorio español, por tanto- y documentado como solicitante de asilo en tramitación, se encontraba, en la fecha a la que se contraen estos autos, una situación regular en España, aunque, cierto es también, transitoriamente como así lo demuestra el hecho de que el documento que le acredita como solicitante de asilo tenga un plazo de caducidad. No obstante, tal situación de regularidad en territorio español permitía su traslado dentro del mismo (y, por tanto, desde Ceuta a la Península) si bien sometido a la obligación de comunicar el cambio de domicilio que pretenda, lo que, sin embargo, no es exigible a quien ya ostenta la condición de titular del derecho de asilo instado.

El acto denegatorio y el que lo confirma en alzada, impugnados en este proceso, mantienen que, de acuerdo con los términos arriba expuestos de la Adhesión de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, el órgano competente, en este caso la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, (Orden INT/28/2013, de 18 de enero y artículo 4.2 del Real Decreto 557/2011) está normativamente habilitado para impedir que el recurrente, cuya solicitud de asilo ha sido admitida en la ciudad de Ceuta, pueda desplazarse a la Península, pues no cumpliría, se dice, para dicho cruce ninguno de los requisitos, tanto de índole documental como material, exigidos por el citado artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016.

Sin embargo, el control que pueden y deben realizar las autoridades competentes en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, conforme a lo dispuesto en el Acta Final del repetido Acuerdo de Adhesión de España al Convenio de Schengen, a fin de comprobar el cumplimiento de las condiciones previstas en el repetido artículo 6 del Reglamento Comunitario, se refiere a controles de identidad y documentos en las conexiones marítimas y aéreas que tengan como único destino otro punto del territorio español; lo que implica que no exista impedimento alguno para el ahora recurrente dado que, cuando puso de manifiesto su intención de cambiar de domicilio, trasladándose a la Península, estaba debidamente documentado.

Por otra parte, aunque con igual relevancia que lo anterior, entiende la Sala que no resulta aplicable en este caso lo dispuesto en el artículo 4.2 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, invocado en la Resolución denegatoria confirmada luego en alzada. Y no lo es porque, repasando su tenor literal (“La Comisaría General de Extranjería y Fronteras podrá autorizar la entrada en España de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en el apartado anterior cuando existan razones excepcionales...”), es claro que el supuesto de hecho exigible para su aplicación no se da en este caso ya que, aun de modo transitorio hasta la decisión sobre su solicitud de asilo, el recurrente estaba ya en territorio español (Ceuta indiscutiblemente lo es). Difícilmente puede, pues, aceptarse que tuviera en este caso la Comisaría General citada facultades para autorizar, o denegar, la entrada del actor en España por los motivos expuestos en el repetido artículo reglamentario, si no es a través de un inasumible argumento en el que el término “España” -contenido en el precepto normativo en cuestión- se identifique con el de “territorio peninsular”; restricción que la Sala rechaza de plano, por lo expuesto.

En consecuencia, vistas las pretensiones ejercitadas en la demanda, el presente recurso habrá de ser íntegramente estimado en los términos solicitados en el escrito rector, anulándose las resoluciones impugnadas por no existir impedimento alguno para que el actor, conforme a la situación que mantenía en la fecha en que formuló la solicitud, pudiera trasladarse al territorio español peninsular”.

Consecuentemente, aplicando la doctrina expuesta al caso que ahora nos ocupa, procede la estimación del presente recurso contencioso-administrativo”.

Hemos sostenido este último criterio también en nuestras sentencias de 11 de mayo de 2015 (P.O. 1088/14), 28 de mayo de 2015 (P.O. 1089/14), 10 de junio de 2015 (P.O. 1091/14), 29 de septiembre de 2017 (P.O. 1470/16) y 26 de enero de 2018 (P.O. 41/17), entre otras.

Por los razonamientos jurídicos expuestos, hemos de concluir que concurren los requisitos necesarios para el otorgamiento de la medida cautelar solicitada, concretamente *periculum in mora*, sin que se aprecie una grave perturbación para los intereses generales o de tercero por su adopción, y que la parte demandante goza de apariencia de buen derecho en su pretensión, todo lo cual justifica la concesión de la medida cautelar.

CUARTO.- Por último, ha de precisarse que si bien es cierto que nuestra jurisprudencia se ha pronunciado en ocasiones en contra de acceder a la suspensión de actos negativos, tales como denegaciones del reconocimiento de derechos, por suponer la satisfacción de la pretensión principal, no lo es menos que en el presente supuesto el objeto del recurso contencioso-administrativo no es propiamente un acto administrativo negativo, sino una actuación que incorpora una inscripción en la documentación suministrada al recurrente, mediante la cual se le impide el acceso a la península, limitándose su derecho a la libre circulación y residencia en el territorio español. De modo que tal doctrina no resulta aplicable al presente caso.

Por todo lo expuesto, procede la concesión de la medida cautelar solicitada, autorizándose el traslado del recurrente al territorio peninsular y su residencia en el mismo durante la sustanciación de este recurso.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, procede imponer las costas causadas en este incidente a la Administración demandada.

No obstante, a tenor del apartado tercero de dicho artículo 139 la imposición de las costas podrá ser *"a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima"* y la Sala considera procedente, atendida la índole del litigio y la concreta actividad desplegada por las partes, limitar la cantidad que, por los conceptos de honorarios de Abogado y derechos de Procurador, ha de satisfacer a la parte contraria la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima total de cien euros (100 €), más la cantidad que en concepto de IVA corresponda a la cuantía reclamada.

En atención a lo expuesto

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

Conceder la medida cautelar solicitada por Doña María Pilar Arnaiz Granda, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de don [REDACTED] autorizándose el traslado del recurrente al territorio peninsular y su residencia en el mismo durante la sustanciación de este recurso.

Se condena al pago de las costas causadas en el presente incidente a la Administración demandada con la limitación que respecto de su cuantía se ha realizado en el último razonamiento jurídico.

Notifíquese la presente resolución a las partes y remítase testimonio de la presente resolución a la Administración demandada, DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA, para que lleve a efecto lo acordado.

El presente auto es susceptible de recurso de casación, previo recurso de reposición a interponer ante esta Sala en el plazo de cinco días, contados desde el siguiente al de su notificación, **previa constitución del depósito** previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite dicho recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2414-0000-91-0196-18 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” 20 Contencioso-Reposición/Súplica (25 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2414-0000-91-0196-18 en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos/as. Sres/as. anotados en el encabezamiento de la presente resolución. Doy fe.

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial previstas en el artículo 560.1.10 de la LOPJ

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Primera

C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

33016340

NIG: 28.079.00.3-2018/0004319

Pieza de Medidas Cautelares 276/2018 - 0001 (Procedimiento Ordinario)

██████████
PROCURADOR D./Dña. ELENA CELDRAN ALVAREZ

Contra: DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

A U T O N°

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D./Dña. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO

ILMOS/ILMAS. SRES/SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D./Dña. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS

D./Dña. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA

En Madrid, a veintisiete de junio de dos mil dieciocho.

HECHOS

PRIMERO.- Doña Elena Celdrán Álvarez, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de doña ██████████ natural de Marruecos, ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta del recurso de alzada presentado contra la inscripción incluida en documento que acredita la condición del recurrente de solicitante de protección internacional, que limita su validez a Ceuta, restringiendo su derecho a la libertad de circulación y de residencia al impedirle el traslado a territorio peninsular.

Asimismo, la recurrente ha solicitado como medida cautelar que se le autorice de forma expresa el traslado de Ceuta a territorio peninsular y se permita su residencia en dicho territorio durante la sustanciación del recurso.

SEGUNDO.- Formada la correspondiente pieza separada, y dado traslado de las actuaciones a la Abogacía del Estado para que formular las alegaciones que estimara pertinentes, presentó escrito el 21 de junio de 2018, en el que solicita la denegación de la medida cautelar.

Es ponente el Presidente de la Sala, Ilmo. Sr. D. Juan Pedro Quintana Carretero, quien expresa el parecer de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Recordemos antes de proceder a resolver acerca de la cuestión controvertida en esta pieza separada de medidas cautelares los criterios que han de tomarse en consideración a tal efecto.

Las medidas cautelares tratan de asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso, evitando la producción de un perjuicio de imposible o difícil reparación *-periculum in mora-* o, como expresa el artículo 129 LJCA, asegurar “la efectividad de la sentencia”. El objetivo es que la sentencia estimatoria que pudiera recaer pueda llevarse a la práctica de modo útil para que lo juzgado pueda ser ejecutado, garantizando así del principio de tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la CE (ATS de 14 de junio de 2012, Rec. 344/2012), y del cual forma parte integrante la llamada “tutela cautelar”. Se trata, en definitiva, de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso.

No obstante, como subraya la STC 218/1994, la potestad jurisdiccional de suspensión cautelar en el proceso contencioso-administrativo tiene, además, otra finalidad de trascendencia constitucional. La tutela cautelar constituye 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”).

Por ello, nuestra jurisprudencia contempla la adopción de las medidas cautelares bajo el régimen de la nueva Ley Jurisdiccional, no como una medida excepcional, sino como una verdadera facultad judicial y un instrumento de tutela judicial ordinaria, por influjo directo de las exigencias que derivan de la tutela judicial efectiva (en este sentido AATS de 14 de junio de 2012, Rec. 344/2012, de 5 de febrero de 2009, Rec. 35/2008, y de 27 de marzo de 2007, Rec. 148/2005).

En consonancia con lo anterior, el artículo 129 LJCA abandona el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, que caracterizaba la regulación anterior, instaurando un sistema de “*númerus apertus*”, de medidas innominadas, entre las que se encuentran las de carácter positivo. Así, el precepto utiliza una formulación amplia, en cuya virtud los interesados pueden solicitar “cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”.

Los presupuestos legales para la adopción de una medida cautelar en el proceso contencioso-administrativo se establecen con carácter general para el supuesto de impugnación de actos administrativos o disposiciones generales en el artículo 130 LJCA, sin perjuicio de las especialidades propias del régimen de tutela cautelar relativo a la vía de hecho y a la inactividad administrativa, que contempla el artículo 136 LJCA.

El criterio general para la adopción de medidas cautelares que se recoge en el artículo 130 LJCA se concreta en la expresión “pérdida de la finalidad legítima del recurso”. Dicho concepto jurídico indeterminado gira en torno al llamado “*periculum in mora*”, que el

legislador ha situado como criterio decisor de la adopción de medidas cautelares, al margen de la mayor o menor incidencia que se quiera atribuir al principio “*fumus boni iuris*”, y del relevante papel que ocupa la ponderación de intereses que preside todo el sistema.

La “pérdida de la finalidad legítima del recurso” puede identificarse en presencia de alguna de las siguientes circunstancias: a) la irreparabilidad o difícil reparación del daño o perjuicio que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera ocasionar, y b) la generación de una situación jurídica irreversible o de costosa o difícil reversibilidad que prive de efectividad a la sentencia favorable a la pretensión ejercitada.

Ahora bien, como contrapeso del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. De este modo, la ponderación de los intereses es el segundo de los presupuestos legales para la adopción de las medidas cautelares que debe concurrir junto con el *periculum in mora* para justificar la adopción de aquellas.

En definitiva, la Ley Jurisdiccional establece un requisito esencial para posibilitar la adopción de medidas cautelares, consistente en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder al recurso su finalidad legítima. De manera que sólo cumplido tal presupuesto podrá ser adoptada la medida cautelar, aunque podrá denegarse cuando, pese a ello, pudiera seguirse de su adopción una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, exigiendo del Juez o Tribunal una ponderación circunstanciada de los intereses en conflicto. Por tanto, en dicho juicio de ponderación de intereses se debe comparar la intensidad del interés público que representa la ejecución del acto y la entidad de los perjuicios susceptibles de ser provocados por tal ejecución, concediéndose mayor relevancia en dicha valoración comparativa al interés general o de tercero afectado por la eficacia del acto impugnado.

Además se produce una interrelación entre el *periculum in mora* y la ponderación de intereses que condiciona el juicio cautelar, pues, tal y como afirma la jurisprudencia, cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; mientras que, por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto(en este sentido SSTs de 5 de julio de 2012, Rec. 2704/2011 y 4873/2010, de 29 de noviembre de 2012, Rec. 5487/2011, y de 26 de septiembre de 2011, Rec. 6198/2010, y ATS de 8 de mayo de 2012, Rec. 313/2012).

Por último, junto al *periculum in mora*, tradicional elemento definidor de la decisión cautelar, se ha abierto camino en los últimos tiempos, doctrinal y jurisprudencialmente, como criterio para la adopción de medidas cautelares, el “*fumus boni iuris*”, que se incorpora al proceso contencioso-administrativo de la mano de la jurisprudencia y procedente del Derecho comunitario.

Constituye un criterio de contornos aún no plenamente definidos y de aplicación ciertamente residual y muy limitada, que junto con aquel otro ha justificado el otorgamiento de la tutela cautelar en ocasiones.

La aplicación de la doctrina del “*fumus boni iuris*” nos sitúa ante el juicio de probabilidad o de verosimilitud de la existencia del derecho, y se vincula a la existencia de una situación jurídica necesitada de protección durante la tramitación del proceso y hasta que

se dicte sentencia definitiva en el mismo, ante el previsible perjuicio que sufriría por la duración del proceso.

Sin embargo, tras el entusiasmo con que se acogió en un principio, actualmente la jurisprudencia advierte de los riesgos de su uso y demanda su prudente aplicación, recomendando su empleo para fundamentar la suspensión de ejecutividad o vigencia de actos o disposiciones, con carácter general, solo en determinados supuestos. Concretamente en los casos de nulidad de pleno derecho del acto o disposición recurridos, siempre y cuando la nulidad sea manifiesta, precisando que esta circunstancia concurre en los actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada previamente nula, cuando existe una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, y ante la existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz.

Tan prudente aplicación pretende conjurar el riesgo de prejuzgar la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulnere 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 -lo que conlleva que la decisión del Tribunal sobre las cuestiones suscitadas por las partes en el proceso principal se produzca tras su sustanciación bajo tales principios, en relación con los hechos en que se funda cada pretensión-, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito o decidir el fondo del asunto, sino solo para salvaguardar la finalidad legítima del recurso (en este sentido SSTs de 29 de noviembre de 2012, Rec. 5487/2011, y de 5 de julio de 2012, Rec. 2704/2011 y 4873/2010)

Tal y como señala la STC 148/1993 "el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal", pues al resolver sobre una medida cautelar se carece aún de los elementos precisos para efectuar un enjuiciamiento definitivo.

Para finalizar esta exposición general de las exigencias de la tutela cautelar, tan solo resta señalar que la carga de acreditar que la ejecución del acto recurrido o la vigencia de la disposición impugnada, sobre los que recae la solicitud de medida cautelar, podría frustrar la finalidad legítima del recurso, recae sobre el solicitante y favorecido por la misma. Es decir, el interesado en obtener la medida cautelar tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurrirían en el caso para acordarla, sin que sea suficiente una mera invocación genérica o una mera alegación, sin prueba alguna (en este sentido SSTs de 29 de noviembre de 2012, Rec. 5487/2011, y de 5 de julio de 2012, Rec. 2704/2011 y 4873/2010).

Ahora bien, tal afirmación debe matizarse, pues la concurrencia de los requisitos para la adopción de la medida cautelar no requiere una prueba plena, sino que bastará con una razonabilidad de su producción o concurrencia. Es decir, será suficiente con una prueba por indicios o incompleta acerca de la posibilidad de que las consecuencias dañosas alegadas se produzcan, así como de su naturaleza y alcance (en este sentido, además de las SSTs anteriormente citadas, los AATS de 5 de febrero de 2009, Rec. 35/2008, y de 27 de marzo de 2007, Rec. 148/2005).

SEGUNDO.- En el presente supuesto el acto administrativo en relación con el cual se insta la medida cautelar es la desestimación presunta del recurso de alzada presentado contra la inscripción incluida en el documento facilitado que acredita la condición del recurrente de solicitante de protección internacional, limitando su validez a Ceuta y restringiendo, por tanto, su derecho a la libertad de circulación y de residencia al impedirle el traslado a territorio peninsular.

La parte demandante alega que el 26 de septiembre de 2017 formalizó solicitud de protección internacional en Ceuta que fue admitida a trámite, por lo que el 30 de octubre de 2017 la Jefatura Superior de Policía de Ceuta, por delegación del Comisario General del Extranjería y Fronteras, le hizo entrega de la correspondiente documentación que acredita su condición de solicitante de protección internacional, en la que se insertó una inscripción que reza “válido sólo en Ceuta”.

La parte demandante alega la apariencia de buen derecho en su favor, con sustento en la indebida limitación que tal inscripción constituye para su derecho a circular libremente por el territorio nacional y a elegir su residencia, así como la presencia de *periculum in mora*, dada su situación de especial vulnerabilidad por su orientación sexual y la limitación personal que le supone no poder desplazarse a la península, al tiempo que afirma que la adopción de la medida cautelar no lesiona intereses generales ni de tercero.

Frente a estas consideraciones jurídicas la Abogacía del Estado opone la improcedencia de medidas cautelares frente a actos negativos por constituir una estimación anticipada de la pretensión del actor y que no se acredita la concurrencia de los requisitos necesarios para la adopción de la medida cautelar solicitada.

Pues bien, ante un supuesto análogo al que nos ocupa, nos hemos pronunciado recientemente en el auto de 19 de junio de 2018 (Procedimiento ordinario 197/2018) en el sentido siguiente:

“CUARTO.- (...)

Con tal base, solicita se le reconozca la posibilidad de trasladarse desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular y ello sin perjuicio del resultado final del expediente de solicitud de protección internacional. La negación, pues, al actor de la posibilidad de trasladar su domicilio desde una parte a otra del territorio nacional podría afectar al derecho que, aunque de modo transitorio y no definitivo, apareja la admisión a trámite de la solicitud formulada; una afectación que, al concernir a su situación personal por la limitación de un derecho, podría dar lugar a la producción de perjuicios difícilmente reversibles en el caso de dictarse eventualmente una sentencia estimatoria en los autos de los que dimana esta pieza de medidas cautelares.

Procede, pues, considerar concurrente el requisito del periculum in mora sobre el que se construye esencialmente el actual sistema de medidas cautelares que contempla la Ley Jurisdiccional de 1998.

Junto a lo anterior, la necesidad de conjurar la posible pérdida de la finalidad legítima del recurso con la medida cautelar que se ha solicitado por el demandante queda, si cabe, más reforzada contemplando la concurrencia, también, del complementario fumus boni iuris o apariencia de buen derecho.

En relación con el mencionado requisito, será útil recordar lo que el Tribunal Supremo razonaba ya respecto al mismo, entre otras muchas, en Sentencia de 6 de julio de 2009 (Rec. Cas. 658/2008):

“Es cierto que, como hemos declarado en repetidas ocasiones -sentencias de esta Sala de 14 de abril de 2003 (RC 5020/1999) y 17 de marzo de 2008 (RC 1021/2006), donde se citan otras anteriores de 27 de julio de 1996, 26 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 y 22 de febrero de 2003-, 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), si bien resulta aplicable en aquellos supuestos en que se solicita la nulidad del acto administrativo dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente. En la misma línea se expresa la sentencia de 18 de mayo de 2004 (RC 5793/2001), donde, citando resoluciones anteriores de la propia Sala (autos de 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y sentencia de 14 de enero de 1997, entre otros), se pone de manifiesto que la jurisprudencia hace una aplicación matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, que se utiliza sólo en determinados supuestos, citándose específicamente los casos en que concurra una nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, se trate de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, exista una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, o un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz; y, por el contrario, la doctrina de la apariencia de buen derecho no debe servir de fundamento para la adopción de la medida cautelar en los casos en que se predique la nulidad del acto impugnado en virtud de causas que han de ser objeto de valoración y decisión por primera vez, pues con ello 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.

En el mismo sentido, señalaba ya la STS 7 de abril de 2004 (Rec. Cas. 1678/2002) que “... la finalidad legítima del recurso, cuya protección constituye, ciertamente, el presupuesto para la adopción de medidas cautelares, no es sólo, en un caso como el de autos, que al final del proceso, incluida su fase de ejecución, se restablezca la legalidad urbanística, sino, más bien, que ésta no sea groseramente menoscabada durante la pendencia de aquél. En este sentido, no debe descartarse que la interpretación del concepto jurídico indeterminado “finalidad legítima del recurso” conduzca a incluir en él, no sólo la preservación del efecto útil de la sentencia futura, sino, también, la de evitar que quien aparentemente está revestido de toda razón tenga que esperar a la decisión final del proceso para “disfrutar” de la posición o situación jurídica que, con fuerte presunción, parece corresponderle. A favor de esta ampliación de aquel concepto juegan numerosas razones: desde la idea de que la institución cautelar opera en otras ramas de nuestro ordenamiento jurídico (así, por ejemplo, en sede del juicio ejecutivo) para tutelar provisionalmente situaciones dotadas de una fuerte presunción de certeza; hasta algunas decisiones de la jurisprudencia comunitaria en las que, en presencia de una “fuerte presunción” o “manifiesta fundamentación” de ilegalidad de la actividad frente a la que se solicita la medida cautelar, se concede ésta analizando sólo el aspecto del “fumus boni iuris”, sin entrar en el examen de la existencia o no de un perjuicio grave e irreparable; pasando, en fin, por principios tales como el de la proscripción del abuso del derecho o el de que el tener que recurrir al proceso para obtener reconocimiento de los derechos no debe perjudicar a quien tiene razón. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva parece demandar, también, que el “perjuicio” inherente al tiempo necesario para finalizar el proceso no recaiga en quien, con fuerte apariencia, tiene toda la razón.

Es por ello, en tercer término, que no cabe interpretar el nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares surgido en la Ley 29/1998 como de proscripción, radical, absoluta, del criterio de la apariencia de buen derecho. Este criterio del “fumus boni iuris”, aun siendo enormemente controvertido, no parece que pueda ser totalmente desatendido al decidir sobre la adopción de medidas cautelares. Bien para evitar que a través de demandas de todo punto infundadas se perturbe el interés público o los derechos de terceros; bien, como hemos dicho antes, para evitar que la necesidad de acudir al proceso corra en perjuicio de quien aparentemente tiene toda la razón; bien, en fin, para decantarse por la decisión en los casos extremos en que tanto la no adopción como la adopción de la cautela pueda determinar una situación gravemente perjudicial o irreversible”.

En este caso, la aplicación del repetido criterio se presenta como necesaria teniendo en cuenta que esta misma Sala y Sección, en numerosas Sentencias [entre las más recientes, pueden citarse las de 28 de mayo de 2015 (Rec. 1089/2014), 10 de junio de 2015 (Rec. 1091/2014), 29 de septiembre de 2017 (Rec. 1470/2016), 8 de noviembre de 2017 (40/2017), 11 de diciembre de 2017 (Rec. 918/2017), 18 de diciembre de 2017 (Rec. 1457/2017) y 26 de enero de 2018 (Rec. 41/2017)] ha estimado recursos contencioso-administrativos contra

idénticas resoluciones que aquéllas a las que viene referida la presente solicitud de tutela cautelar, habiendo acogido en las citadas Sentencias pretensiones basadas en argumentos sustancialmente idénticos a los esgrimidos por el recurrente en apoyo de la pretensión que ahora se resuelve, configurándose así por esta Sala un criterio reiterado y uniforme que a la misma Administración ahora demandada le es de sobra conocido.

Con aplicación, pues, del requisito de la apariencia de buen derecho en el sentido al que se ha hecho referencia, debe acogerse entonces la primera de las pretensiones ejercitadas en la solicitud de tutela cautelar suspendiendo la ejecutividad de las resoluciones recurridas, en la medida en que las mismas impiden al recurrente su desde la Ciudad Autónoma de Melilla al territorio peninsular, en la ciudad de Almería. Y todo ello apoyado, además de en lo ya expuesto, en lo razonado y resuelto por el Tribunal Supremo en un asunto en el que con idéntica aplicación del requisito del fumus boni iuris que ahora hacemos, dejó dicho lo siguiente [STS de 12 de febrero de 2018 (Rec. Cas. 103/2017)]:

“Efectivamente, en el ámbito del sistema cautelar se ha producido la aportación jurisprudencial -doctrina de la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris)- a la que se refiere la recurrente y que, pese a sus modulaciones, permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.

(...) la citada 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 o ante 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)...”.

A lo expuesto, añadimos ahora que ante otro supuesto de hecho análogo al que ahora nos ocupa, aunque resolviendo el fondo de la cuestión litigiosa, y referido también al acceso desde Ceuta a la península por extranjeros que han obtenido la admisión de solicitudes de asilo o protección internacional, decíamos en nuestra sentencia de 26 de enero de 2018 (P.O. 41/2017) lo siguiente:

“TERCERO.- A los hechos expuestos les resultan de aplicación la doctrina contenida en la sentencia citada, donde decíamos lo siguiente:

“QUINTO.- Una vez delimitado con precisión el objeto del presente recurso estamos en condiciones de afirmar que no es la primera vez que esta Sala ha examinado y resuelto pretensiones idénticas a la que aquí se sustancia. En Sentencias de 11 de mayo de 2015 (Rec. 1088/2014), 28 de mayo de 2015 (Rec. 1089/2014) y 10 de junio de 2015 (Rec. 1091/2014) ya se examinaron las mismas cuestiones aquí debatidas y el resultado, como se comprueba, fue el de la estimación de los respectivos recursos. Una decisión que, examinado detenidamente lo actuado en vía administrativa y en estos autos, también se pronunciará, según pasamos a razonar.

El artículo 25 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social, dispone en su artículo 25. 3, referido a los requisitos para la entrada en territorio nacional, que lo dispuesto en sus dos primeros apartados no será de aplicación a los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España, cuya concesión se regirá por lo dispuesto en la normativa específica.

El artículo 4 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, define el derecho a la protección subsidiaria como el "dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10 de esta Ley y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren, acogerse a la protección del país de que se trate, siempre que no concurra alguno de los supuestos mencionados en los artículos 11 y 12 de esta Ley".

Los artículos 17, 18 y 19 de la repetida Ley 12/2009 regulan el procedimiento de solicitud de asilo en los siguientes términos:

Artículo 17. Presentación de la solicitud.

1. El procedimiento se inicia con la presentación de la solicitud, que deberá efectuarse mediante comparecencia personal de los interesados que soliciten protección en los lugares que reglamentariamente se establezcan, o en caso de imposibilidad física o legal, mediante persona que lo represente. En este último caso, el solicitante deberá ratificar la petición una vez desaparezca el impedimento.

2. La comparecencia deberá realizarse sin demora y en todo caso en el plazo máximo de un mes desde la entrada en el territorio español o, en todo caso, desde que se produzcan los acontecimientos que justifiquen el temor

fundado de persecución o daños graves. A estos efectos, la entrada ilegal en territorio español no podrá ser sancionada cuando haya sido realizada por persona que reúna los requisitos para ser beneficiaria de la protección internacional prevista en esta Ley.

3. En el momento de efectuar la solicitud, la persona extranjera será informada, en una lengua que pueda comprender, acerca de:

- a) el procedimiento que debe seguirse;*
- b) sus derechos y obligaciones durante la tramitación, en especial en materia de plazos y medios de que dispone para cumplir éstas;*
- c) la posibilidad de contactar con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y con las Organizaciones no Gubernamentales legalmente reconocidas entre cuyos objetivos figure el asesoramiento y ayuda a las personas necesitadas de protección internacional;*
- d) las posibles consecuencias del incumplimiento de sus obligaciones o de su falta de colaboración con las autoridades; y*
- e) los derechos y prestaciones sociales a los que tiene acceso en su condición de solicitante de protección internacional.*

4. La solicitud se formalizará mediante entrevista personal que se realizará siempre individualmente. De forma excepcional, podrá requerirse la presencia de otros miembros de la familia de los solicitantes, si ello se considerase imprescindible para la adecuada formalización de la solicitud.

5. La Administración adoptará las medidas necesarias para que, cuando sea preciso, en la entrevista se preste un tratamiento diferenciado por razón del sexo de la persona solicitante o demás circunstancias previstas en el artículo 46 de esta Ley. De este trámite se dejará debida constancia en el expediente administrativo.

6. Las personas encargadas de efectuar la entrevista informarán a los solicitantes sobre cómo efectuar la solicitud, y les ayudarán a cumplimentarla, facilitándoles la información básica en relación con aquélla. Asimismo, colaborarán con los interesados para establecer los hechos relevantes de su solicitud.

7. Cuando razones de seguridad lo aconsejen, se podrá registrar a la persona solicitante y sus pertenencias, siempre y cuando se garantice el pleno respeto a su dignidad e integridad.

8. En los términos que se establezcan reglamentariamente, se planteará la posibilidad de una nueva audiencia personal sobre su solicitud de asilo. La ponderación sobre la necesidad o no de efectuar nuevas entrevistas será motivada”.

Artículo 18. Derechos y obligaciones de los solicitantes.

“1. El solicitante de asilo, presentada la solicitud, tiene en los términos recogidos en la presente Ley, en los artículos 16, 17, 19, 33 y 34, los siguientes derechos:

- a) a ser documentado como solicitante de protección internacional;*
- b) a asistencia jurídica gratuita e intérprete;*
- c) a que se comunique su solicitud al ACNUR;*
- d) a la suspensión de cualquier proceso de devolución, expulsión o extradición que pudiera afectar al solicitante;*
- e) a conocer el contenido del expediente en cualquier momento;*
- f) a la atención sanitaria en las condiciones expuestas;*
- g) a recibir prestaciones sociales específicas en los términos que se recogen en esta Ley.*

2. Serán obligaciones de los solicitantes de protección internacional las siguientes:

- a) cooperar con las autoridades españolas en el procedimiento para la concesión de protección internacional;*
- b) presentar, lo antes posible, todos aquellos elementos que, junto a su propia declaración, contribuyan a fundamentar su solicitud. Entre otros, podrán presentar la documentación de que dispongan sobre su edad, pasado -incluido el de parientes relacionados-, identidad, nacionalidad o nacionalidades, lugares de anterior residencia, solicitudes de protección internacional previas, itinerarios de viaje, documentos de viaje y motivos por los que solicita la protección;*
- c) proporcionar sus impresiones dactilares, permitir ser fotografiados y, en su caso, consentir que sean grabadas sus declaraciones, siempre que hayan sido previamente informados sobre este último extremo;*
- d) informar sobre su domicilio en España y cualquier cambio que se produzca en él;*
- e) informar, asimismo, a la autoridad competente o comparecer ante ella, cuando así se les requiera con relación a cualquier circunstancia de su solicitud”.*

Artículo 19. Efectos de la presentación de la solicitud.

“1. Solicitada la protección, la persona extranjera no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud o ésta no sea admitida. No obstante, por motivos de salud o seguridad públicas, la autoridad competente podrá adoptar medidas cautelares en aplicación de la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración.

2. Asimismo, la solicitud de protección suspenderá, hasta la decisión definitiva, la ejecución del fallo de cualquier proceso de extradición de la

persona interesada que se halle pendiente. A tal fin, la solicitud será comunicada inmediatamente al órgano judicial o al órgano gubernativo ante el que en ese momento tuviera lugar el correspondiente proceso.

3. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, podrá entregarse o extraditarse a una persona solicitante, según proceda, a otro Estado miembro de la Unión Europea en virtud de las obligaciones dimanantes de una orden europea de detención y entrega, o a un país tercero ante órganos judiciales penales internacionales.

4. Las personas solicitantes de asilo tienen derecho a entrevistarse con un abogado en las dependencias de los puestos fronterizos y centros de internamiento de extranjeros. Reglamentariamente, y sin perjuicio de las normas de funcionamiento establecidas para las citadas dependencias y centros, podrán establecerse condiciones para el ejercicio de este derecho derivadas de razones de seguridad, orden público o de su gestión administrativa.

5. La solicitud de protección dará lugar al inicio del cómputo de los plazos previstos para su tramitación.

6. La resolución que admita a trámite una solicitud de asilo determinará el procedimiento correspondiente.

7. En caso de que la tramitación de una solicitud pudiese exceder de seis meses, ampliables de acuerdo con lo previsto en el artículo 49 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para su resolución y notificación, se informará a la persona interesada del motivo de la demora".

El artículo 36.1,h) de la Ley 12/2009, dispone que

"La concesión del derecho de asilo o de la protección subsidiaria implicará el reconocimiento de los derechos establecidos en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración, así como en la normativa de la Unión Europea, y, en todo caso: h) la libertad de circulación".

El artículo 5 de la Ley Orgánica 4/2000, reconoce al extranjero que esté en situación regular en España su derecho a circular libremente por el territorio español.

El Acta final, apartado III de la Adhesión de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (BOE núm. 81, de 5 de abril de 1994) recoge textualmente lo siguiente en relación con la cuestión que aquí nos ocupa:

"e) En aplicación de su legislación nacional y con el fin de verificar si los pasajeros siguen cumpliendo las condiciones enumeradas en el artículo 5 del Convenio de 1990, en virtud de los cuales fueron autorizados a entrar en territorio nacional en el momento del control de pasaportes en la frontera exterior, España mantendrá controles (controles de identidad y de documentos) en las conexiones marítimas y aéreas provenientes de Ceuta y Melilla que

tengan como único destino otro punto del territorio español. A este mismo fin, España mantendrá controles sobre los vuelos interiores y sobre las conexiones regulares por transbordador que salgan de las ciudades de Ceuta y Melilla con destino a otro Estado parte del Convenio".

El artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) dispone, sobre las Condiciones de entrada de los nacionales de terceros países, que

"1. Para estancias previstas en el territorio de los Estados miembros de una duración que no exceda de 90 días dentro de cualquier período de 180 días, lo que implica tener en cuenta el período de 180 días que precede a cada día de estancia, las condiciones de entrada para los nacionales de terceros países serán las siguientes:

a) Estar en posesión de un documento de viaje válido que otorgue a su titular el derecho a cruzar la frontera y que cumpla los siguientes criterios:

i) Seguirá siendo válido como mínimo tres meses después de la fecha prevista de partida del territorio de los Estados miembros. En casos de emergencia justificados, esta obligación podrá suprimirse,

ii) deberá haberse expedido dentro de los diez años anteriores;

b) Estar en posesión de un visado válido, cuando así lo exija el Reglamento (CE) n.º 539/2001 del Consejo (25), salvo que sean titulares de un permiso de residencia válido o de un visado de larga duración válido;

c) Estar en posesión de documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista y disponer de medios de subsistencia suficientes, tanto para el período de estancia previsto como para el regreso al país de origen o el tránsito hacia un tercer país en el que su admisión esté garantizada, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios;

d) No estar inscrito como no admisible en el SIS;

e) No suponer una amenaza para el orden público, la seguridad interior, la salud pública o las relaciones internacionales de ninguno de los Estados miembros ni, en particular, estar inscrito como no admisible en las bases de datos nacionales de ningún Estado miembro por iguales motivos.

2. A efectos de la aplicación del apartado 1, la fecha de entrada se considerará como primer día de estancia en el territorio de los Estados miembros, y la fecha de salida como último día de estancia en el territorio de los Estados miembros. No se tendrán en cuenta para el cálculo de la duración de la estancia en el territorio de los Estados miembros los períodos de estancia autorizados por medio de un visado nacional de larga duración o de un permiso de residencia.

3. En el anexo I figura una lista no exhaustiva de documentos justificativos que la guardia de fronteras podrá pedir a los nacionales de terceros países para comprobar el cumplimiento de las condiciones contempladas en el apartado 1, letra c).

4. El criterio para calcular los medios de subsistencia estará en función de la duración y del motivo de la estancia y se usarán como referencia los precios medios en el Estado o Estados miembros de que se trate del alojamiento y de la alimentación, en hospedaje económico multiplicado por el número de días de estancia.

Los importes de referencia fijados por los Estados miembros se notificarán a la Comisión de conformidad con el artículo 39.

La comprobación de los medios de subsistencia suficientes podrá basarse en el dinero efectivo, los cheques de viaje y las tarjetas de crédito que obren en poder del nacional de un tercer país. Las declaraciones de invitación, cuando las prevea el Derecho interno, y las declaraciones de toma a cargo definidas por el Derecho interno, en caso de que el nacional de un tercer país se aloje en el domicilio de una persona de acogida, también podrán constituir prueba de medios adecuados de subsistencia.

5. No obstante lo dispuesto en el apartado 1:

a) Podrá autorizarse la entrada al territorio de los demás Estados miembros a aquellos nacionales de terceros países que no cumplan las condiciones establecidas en el apartado 1, pero que sean titulares de un permiso de residencia o de un visado de larga duración, al objeto de que puedan llegar al territorio del Estado miembro que haya expedido el permiso de residencia o el visado de larga duración, a no ser que figuren en la lista nacional de personas no admisibles del Estado miembro en cuyas fronteras exteriores se presenten y que la descripción que les afecte esté acompañada de medidas que se opongan a la entrada o al tránsito;

b) Podrá autorizarse la entrada al territorio de los Estados miembros a aquellos nacionales de terceros países que se presenten en la frontera y cumplan las condiciones establecidas en el apartado 1, excepto la de la letra b), si se les puede expedir un visado en la frontera en virtud de los artículos 35 y 36 del Reglamento (CE) n.º 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo (26).

Los Estados miembros elaborarán estadísticas sobre los visados expedidos en la frontera con arreglo al artículo 46 del Reglamento (CE) n.º 810/2009 y a su anexo XII.

En caso de que no fuera posible colocar el visado en el documento, se adherirá la etiqueta, con carácter excepcional, en una hoja suelta que se incorporará al documento. En tal caso, se utilizará obligatoriamente el modelo uniforme de impreso para la colocación del visado establecido por el Reglamento (CE) n.º 333/2002 del Consejo (27);

c) Por motivos humanitarios, de interés nacional o por obligaciones internacionales, todo Estado miembro podrá autorizar la entrada en su territorio a nacionales de terceros países que no cumplan alguna de las condiciones establecidas en el apartado 1. En tales casos, cuando un nacional de un tercer país esté inscrito como no admisible con arreglo al apartado 1, letra d), el Estado miembro que le autorice la entrada en su territorio informará de ello a los demás Estados miembros”.

Asimismo, sobre la base de que cuando el demandante solicitó poder trasladarse al territorio peninsular ya había instado la protección internacional y su solicitud se había admitido a trámite, habiendo sido, por ello, documentado con el de solicitante de protección internacional en trámite, añadíamos lo siguiente:

“Dado que el primer derecho de aquél a quien se le admite tal solicitud es que se le documente como solicitante de protección internacional [artículo 18.1.a)], el efecto directo de esa admisión a trámite es que dicha persona no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva su solicitud (art.19.1), quedando el interesado obligado a comunicar su cambio de domicilio [18.2.d)], lo que implica que está facultado para realizar dicho cambio. De igual modo, la admisión a trámite lleva consigo la apertura del procedimiento correspondiente, según se deriva del artículo 19.6, siempre de la Ley 12/2009.

En este caso, a tenor de los citados preceptos legales, el recurrente, en cuanto que se encuentra en la Ciudad Autónoma de Ceuta -territorio español, por tanto- y documentado como solicitante de asilo en tramitación, se encontraba, en la fecha a la que se contraen estos autos, una situación regular en España, aunque, cierto es también, transitoriamente como así lo demuestra el hecho de que el documento que le acredita como solicitante de asilo tenga un plazo de caducidad. No obstante, tal situación de regularidad en territorio español permitía su traslado dentro del mismo (y, por tanto, desde Ceuta a la Península) si bien sometido a la obligación de comunicar el cambio de domicilio que pretenda, lo que, sin embargo, no es exigible a quien ya ostenta la condición de titular del derecho de asilo instado.

El acto denegatorio y el que lo confirma en alzada, impugnados en este proceso, mantienen que, de acuerdo con los términos arriba expuestos de la Adhesión de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, el órgano competente, en este caso la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, (Orden INT/28/2013, de 18 de enero y artículo 4.2 del Real Decreto 557/2011) está normativamente habilitado para impedir que el recurrente, cuya solicitud de asilo ha sido admitida en la ciudad de Ceuta, pueda desplazarse a la Península, pues no cumpliría, se dice, para dicho cruce ninguno de los requisitos, tanto de índole documental como material, exigidos por el citado artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016.

Sin embargo, el control que pueden y deben realizar las autoridades competentes en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, conforme a lo dispuesto en el Acta Final del repetido Acuerdo de Adhesión de España al

Convenio de Schengen, a fin de comprobar el cumplimiento de las condiciones previstas en el repetido artículo 6 del Reglamento Comunitario, se refiere a controles de identidad y documentos en las conexiones marítimas y aéreas que tengan como único destino otro punto del territorio español; lo que implica que no exista impedimento alguno para el ahora recurrente dado que, cuando puso de manifiesto su intención de cambiar de domicilio, trasladándose a la Península, estaba debidamente documentado.

Por otra parte, aunque con igual relevancia que lo anterior, entiende la Sala que no resulta aplicable en este caso lo dispuesto en el artículo 4.2 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, invocado en la Resolución denegatoria confirmada luego en alzada. Y no lo es porque, repasando su tenor literal (“La Comisaría General de Extranjería y Fronteras podrá autorizar la entrada en España de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en el apartado anterior cuando existan razones excepcionales...”), es claro que el supuesto de hecho exigible para su aplicación no se da en este caso ya que, aun de modo transitorio hasta la decisión sobre su solicitud de asilo, el recurrente estaba ya en territorio español (Ceuta indiscutiblemente lo es). Difícilmente puede, pues, aceptarse que tuviera en este caso la Comisaría General citada facultades para autorizar, o denegar, la entrada del actor en España por los motivos expuestos en el repetido artículo reglamentario, si no es a través de un inasumible argumento en el que el término “España” -contenido en el precepto normativo en cuestión- se identifique con el de “territorio peninsular”; restricción que la Sala rechaza de plano, por lo expuesto.

En consecuencia, vistas las pretensiones ejercitadas en la demanda, el presente recurso habrá de ser íntegramente estimado en los términos solicitados en el escrito rector, anulándose las resoluciones impugnadas por no existir impedimento alguno para que el actor, conforme a la situación que mantenía en la fecha en que formuló la solicitud, pudiera trasladarse al territorio español peninsular”.

Consecuentemente, aplicando la doctrina expuesta al caso que ahora nos ocupa, procede la estimación del presente recurso contencioso-administrativo”.

Hemos sostenido este último criterio también en nuestras sentencias de 11 de mayo de 2015 (P.O. 1088/14), 28 de mayo de 2015 (P.O. 1089/14), 10 de junio de 2015 (P.O. 1091/14), 29 de septiembre de 2017 (P.O. 1470/16) y 26 de enero de 2018 (P.O. 41/17), entre otras.

Por los razonamientos jurídicos expuestos, hemos de concluir que concurren los requisitos necesarios para el otorgamiento de la medida cautelar solicitada, concretamente *periculum in mora*, sin que se aprecie una grave perturbación para los intereses generales o de tercero por su adopción, y que la parte demandante goza de apariencia de buen derecho en su pretensión, todo lo cual justifica la concesión de la medida cautelar.

CUARTO.- Por último, ha de precisarse que si bien es cierto que nuestra jurisprudencia se ha pronunciado en ocasiones en contra de acceder a la suspensión de actos

negativos, tales como denegaciones del reconocimiento de derechos, por suponer la satisfacción de la pretensión principal, no lo es menos que en el presente supuesto el objeto del recurso contencioso-administrativo no es propiamente un acto administrativo negativo, sino una actuación que incorpora una inscripción en la documentación suministrada al recurrente, mediante la cual se le impide el acceso a la península, limitándose su derecho a la libre circulación y residencia en el territorio español. De modo que tal doctrina no resulta aplicable al presente caso.

Por todo lo expuesto, procede la concesión de la medida cautelar solicitada, autorizándose el traslado del recurrente al territorio peninsular y su residencia en el mismo durante la sustanciación de este recurso.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, procede imponer las costas causadas en este incidente a la Administración demandada.

No obstante, a tenor del apartado tercero de dicho artículo 139 la imposición de las costas podrá ser *"a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima"* y la Sala considera procedente, atendida la índole del litigio y la concreta actividad desplegada por las partes, limitar la cantidad que, por los conceptos de honorarios de Abogado y derechos de Procurador, ha de satisfacer a la parte contraria la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima total de cien euros (100 €), más la cantidad que en concepto de IVA corresponda a la cuantía reclamada.

En atención a lo expuesto

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

Conceder la medida cautelar solicitada por Doña Elena Celdrán Álvarez, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de doña [REDACTED] autorizándose el traslado del recurrente al territorio peninsular y su residencia en el mismo durante la sustanciación de este recurso.

Se condena al pago de las costas causadas en el presente incidente a la Administración demandada con la limitación que respecto de su cuantía se ha realizado en el último razonamiento jurídico.

Notifíquese la presente resolución a las partes y remítase testimonio de la presente resolución a la Administración demandada, DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA, para que lleve a efecto lo acordado

El presente auto es susceptible de recurso de casación, previo recurso de reposición a interponer ante esta Sala en el plazo de cinco días, contados desde el siguiente al de su notificación, **previa constitución del depósito** previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite dicho recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2414-0000-91-0276-18 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 20

Contencioso-Repósito/Súplica (25 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2414-0000-91-0276-18 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos/as. Sres/as. anotados en el encabezamiento de la presente resolución. Doy fe.

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial previstas en el artículo 560.1.10 de la LOPJ

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Primera

C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

33016340

NIG: 28.079.00.3-2018/0002940

Pieza de Medidas Cautelares 195/2018 - 0001 (Procedimiento Ordinario)

De: D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. MARIA DOLORES FERNANDEZ PRIETO

Contra: DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

A U T O N° 475/2018

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO

ILMOS/ILMAS. SRES/SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS

D. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA

Doña. MARÍA DOLORES GALINDO GIL

En Madrid, a dos de julio de dos mil dieciocho.

HECHOS

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso-administrativo, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña María Dolores Fernández Prieto, en nombre y representación de don [REDACTED], contra la resolución administrativa que se dirá, la parte recurrente ha solicitado la adopción de la siguiente medida cautelar consistente en que se suspenda la decisión de no permitir el traslado desde la ciudad autónoma de Ceuta a territorio peninsular y se permita su residencia en dicho territorio mientras se sustancia el recurso.

SEGUNDO.- Formada la correspondiente pieza separada, se ha concedido a la Administración demandada un plazo de diez días a fin de que pudiera alegar lo que estimase pertinente en relación con la medida solicitada; un trámite que no ha sido evacuado por la Abogacía del Estado.

TERCERO.- En la sustanciación de las presentes actuaciones se han observado los preceptos y prescripciones legales en vigor.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La presente pieza separada de medidas cautelares tiene por objeto resolver la pretensión de tutela cautelar ejercitada por la parte demandante al amparo de lo previsto en los artículos 129 y siguientes de la Ley Jurisdiccional.

La recurrente ha solicitado la suspensión de la ejecutividad de la desestimación por silencio del recurso de alzada interpuesto ante el Director General de la Policía contra el acuerdo de 13 de octubre de 2017, del Jefe Superior de Policía de Ceuta actuando por delegación del Comisario General de Extranjería y Fronteras por el que en la documentación que le fue entregada en su condición de solicitante de Protección Internacional se le hizo constar la inscripción “válido solo en Ceuta”.

SEGUNDO.- De acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en STS de 22 de julio de 2002 (Rec. Cas. 3507/1998), transcrita en el ATS de 16 de julio de 2004 (R.C.A. 46/2004) y reiterada en el de 18 de julio de 2006 (R.C.A. 18/2006), la razón de ser de la justicia cautelar en el proceso en general se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme pueda dar lugar a 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 señala el artículo 129 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 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.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en SSTC 22/84, 66/84, 238/92, 148/93, entre otras muchas) ha declarado que el principio de autotutela administrativa, que no es incompatible con el artículo 24.1 CE, engarza con el principio de eficacia previsto en el artículo 103.1 CE y se satisface facilitando que la ejecución se someta a la decisión de un Tribunal y éste resuelva sobre la suspensión. Sobre esta base, la STC 218/1994 dejó dicho 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 artículo 106.1 CE.

TERCERO.- La decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares debe ser adoptada mediante la adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, según la justificación que se ofrezca en el momento de solicitarla, en relación con los

distintos criterios que según la Ley Jurisdiccional han de contemplarse, y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional.

Así, en relación con los criterios a considerar a la hora de resolver sobre la adopción o denegación de una medida cautelar, el ATS de 18 de julio de 2006, entre otros muchos, recuerda que han de ponderarse conjuntamente los siguientes:

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. 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 su adopción no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso.

c) El *periculum in mora*, 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.

d) La ponderación de los intereses concurrentes como criterio complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso. 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 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 de 3 de junio de 1997, entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*); un criterio que, no recogido expresamente en la Ley Jurisdiccional aunque sí en el artículo 728 LEC, permite realizar una valoración de los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar, con carácter provisional y en los casos delimitados por la jurisprudencia (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, 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), dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva.

CUARTO.- En este caso, examinada detenidamente la pretensión de tutela cautelar formulada por la parte actora, la misma tendrá que ser acogida por las razones que se pasa a exponer.

En este caso, el recurrente formuló el 12 de septiembre de 2017 una solicitud de protección internacional en el puesto fronterizo de Ceuta, habiendo sido admitida a trámite dicha solicitud en fecha 13 de octubre de 2017, por lo que está documentado por las autoridades españolas en este sentido.

Con tal base, solicita se le reconozca la posibilidad de trasladarse desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular y ello sin perjuicio del resultado final del expediente de solicitud de protección internacional. La negación, pues, al actor de la posibilidad de trasladar su domicilio desde una parte a otra del territorio nacional podría afectar al derecho que, aunque de modo transitorio y no definitivo, aparea la admisión a trámite de la solicitud formulada; una afectación que, al concernir a su situación personal por la limitación de un derecho, podría dar lugar a la producción de perjuicios difícilmente reversibles en el caso de dictarse eventualmente una sentencia estimatoria en los autos de los que dimana esta pieza de medidas cautelares.

Procede, pues, considerar concurrente el requisito del *periculum in mora* sobre el que se construye esencialmente el actual sistema de medidas cautelares que contempla la Ley Jurisdiccional de 1998.

Junto a lo anterior, la necesidad de conjurar la posible pérdida de la finalidad legítima del recurso con la medida cautelar que se ha solicitado por el demandante queda, si cabe, más reforzada contemplando la concurrencia, también, del complementario *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho.

En relación con el mencionado requisito, será útil recordar lo que el Tribunal Supremo razonaba ya respecto al mismo, entre otras muchas, en Sentencia de 6 de julio de 2009 (Rec. Cas. 658/2008):

“Es cierto que, como hemos declarado en repetidas ocasiones -sentencias de esta Sala de 14 de abril de 2003 (RC 5020/1999) y 17 de marzo de 2008 (RC 1021/2006), donde se citan otras anteriores de 27 de julio de 1996, 26 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 y 22 de febrero de 2003-, 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), si bien resulta aplicable en aquellos supuestos en que se solicita la nulidad del acto administrativo dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente. En la misma línea se expresa la sentencia de 18 de mayo de 2004 (RC 5793/2001), donde, citando resoluciones anteriores de la propia Sala (autos de 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y sentencia de 14 de enero de 1997, entre otros), se pone de manifiesto que la jurisprudencia hace una aplicación matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, que se utiliza sólo en determinados supuestos, citándose específicamente los casos en que concurra una nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, se trate de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, exista una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, o un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz; y, por el contrario, la

doctrina de la apariencia de buen derecho no debe servir de fundamento para la adopción de la medida cautelar en los casos en que se predique la nulidad del acto impugnado en virtud de causas que han de ser objeto de valoración y decisión por primera vez, pues con ello 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.

En el mismo sentido, señalaba ya la STS 7 de abril de 2004 (Rec. Cas. 1678/2002) que “... la finalidad legítima del recurso, cuya protección constituye, ciertamente, el presupuesto para la adopción de medidas cautelares, no es sólo, en un caso como el de autos, que al final del proceso, incluida su fase de ejecución, se restablezca la legalidad urbanística, sino, más bien, que ésta no sea groseramente menoscabada durante la pendencia de aquél. En este sentido, no debe descartarse que la interpretación del concepto jurídico indeterminado “finalidad legítima del recurso” conduzca a incluir en él, no sólo la preservación del efecto útil de la sentencia futura, sino, también, la de evitar que quien aparentemente está revestido de toda razón tenga que esperar a la decisión final del proceso para “disfrutar” de la posición o situación jurídica que, con fuerte presunción, parece corresponderle. A favor de esta ampliación de aquel concepto juegan numerosas razones: desde la idea de que la institución cautelar opera en otras ramas de nuestro ordenamiento jurídico (así, por ejemplo, en sede del juicio ejecutivo) para tutelar provisionalmente situaciones dotadas de una fuerte presunción de certeza; hasta algunas decisiones de la jurisprudencia comunitaria en las que, en presencia de una “fuerte presunción” o “manifiesta fundamentación” de ilegalidad de la actividad frente a la que se solicita la medida cautelar, se concede ésta analizando sólo el aspecto del “fumus boni iuris”, sin entrar en el examen de la existencia o no de un perjuicio grave e irreparable; pasando, en fin, por principios tales como el de la proscripción del abuso del derecho o el de que el tener que recurrir al proceso para obtener reconocimiento de los derechos no debe perjudicar a quien tiene razón. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva parece demandar, también, que el “perjuicio” inherente al tiempo necesario para finalizar el proceso no recaiga en quien, con fuerte apariencia, tiene toda la razón.

Es por ello, en tercer término, que no cabe interpretar el nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares surgido en la Ley 29/1998 como de proscripción, radical, absoluta, del criterio de la apariencia de buen derecho. Este criterio del “fumus boni iuris”, aun siendo enormemente controvertido, no parece que pueda ser totalmente desatendido al decidir sobre la adopción de medidas cautelares. Bien para evitar que a través de demandas de todo punto infundadas se perturbe el interés público o los derechos de terceros; bien, como hemos dicho antes, para evitar que la necesidad de acudir al proceso corra en perjuicio de quien aparentemente tiene toda la razón; bien, en fin, para decantarse por la decisión en los casos extremos en que tanto la no adopción como la adopción de la cautela pueda determinar una situación gravemente perjudicial o irreversible”.

En este caso, la aplicación del repetido criterio se presenta como necesaria teniendo en cuenta que esta misma Sala y Sección, en numerosas Sentencias [entre las más recientes, pueden citarse las de 28 de mayo de 2015 (Rec. 1089/2014), 10 de junio de 2015 (Rec. 1091/2014), 29 de septiembre de 2017 (Rec. 1470/2016), 8 de noviembre de 2017 (40/2017), 11 de diciembre de 2017 (Rec. 918/2017), 18 de diciembre de 2017 (Rec. 1457/2017) y 26 de enero de 2018 (Rec. 41/2017)] ha estimado recursos contencioso-administrativos contra

idénticas resoluciones que aquéllas a las que viene referida la presente solicitud de tutela cautelar, habiendo acogido en las citadas Sentencias pretensiones basadas en argumentos sustancialmente idénticos a los esgrimidos por el recurrente en apoyo de la pretensión que ahora se resuelve, configurándose así por esta Sala un criterio reiterado y uniforme que a la misma Administración ahora demandada le es de sobra conocido.

Con aplicación, pues, del requisito de la apariencia de buen derecho en el sentido al que se ha hecho referencia, debe acogerse entonces la primera de las pretensiones ejercitadas en la solicitud de tutela cautelar suspendiendo la ejecutividad de las resoluciones recurridas, en la medida en que las mismas impiden al recurrente viajar desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular. Y todo ello apoyado, además de en lo ya expuesto, en lo razonado y resuelto por el Tribunal Supremo en un asunto en el que con idéntica aplicación del requisito del *fumus boni iuris* que ahora hacemos, dejó dicho lo siguiente [STS de 12 de febrero de 2018 (Rec. Cas. 103/2017)]:

“Efectivamente, en el ámbito del sistema cautelar se ha producido la aportación jurisprudencial -doctrina de la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris)- a la que se refiere la recurrente y que, pese a sus modulaciones, permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.

(...) la citada 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 o ante 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)...”.

QUINTO.- Establece el art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción que en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En el caso de autos procede la condena en costas de la Administración que ha visto desestimada su pretensión y lo será en cuantía de cien euros (100 €) a la vista del contenido del escrito de oposición.

PARTE DISPOSITIVA

1.- Se acuerda la medida cautelar solicitada, consistente en que se suspenda la decisión de no permitir el traslado del demandante desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular.

2.- Se condena en costas a la Administración en cuantía de cien euros (100 €).

El presente auto es susceptible de recurso de casación, previo recurso de reposición a interponer ante esta Sala en el plazo de cinco días, contados desde el siguiente al de su notificación, con constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite dicho recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2414-0000-91-0197-18 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” 20 Contencioso-Reposición/Súplica (25 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2414-0000-91-0197-18 en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos/as. Sres/as. anotados en el encabezamiento de la presente resolución. Doy fe.

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio

o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial previstas en el artículo 560.1.10 de la LOPJ

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Primera

C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

33016340

NIG: 28.079.00.3-2018/0007307

Pieza de Medidas Cautelares 412/2018 - 0001 (Procedimiento Ordinario)

De: D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. DAVID PLAZA BUQUERIN

Contra: DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

AUTO Nº

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D./Dña. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO

ILMOS/ILMAS. SRES/SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D./Dña. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS

D./Dña. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA

D/Dña. M^a DOLORES GALINDO GIL

En Madrid, a treinta y uno de julio de dos mil dieciocho.

HECHOS

PRIMERO.- Por el procurador de los tribunales don David Plaza Buquerin, en nombre y representación de [REDACTED] natural de Marruecos, se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta del recurso de alzada presentado contra la inscripción incluida en documento que acredita la condición del recurrente de solicitante de protección internacional, que limita su validez a Ceuta, restringiendo su derecho a la libertad de circulación y de residencia al impedirle el traslado a territorio peninsular.

Asimismo, el recurrente ha solicitado como medida cautelar que se le autorice de forma expresa el traslado de Ceuta a territorio peninsular y se permita su residencia en dicho territorio durante la sustanciación del recurso, sin prestación de caución.

SEGUNDO.- Formada la correspondiente pieza separada, y dado traslado de las actuaciones a la Abogacía del Estado para que formular las alegaciones que estimara pertinentes, presentó escrito solicitando la denegación de la medida cautelar.

Es ponente de esta resolución el Ilmo. Magistrado Don José Arturo Fernández García

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Las medidas cautelares tratan de asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso, evitando la producción de un perjuicio de imposible o difícil reparación -periculum in mora- o, como expresa el artículo 129 LJCA, asegurar “la efectividad de la sentencia”. El objetivo es que la sentencia estimatoria que pudiera recaer pueda llevarse a la práctica de modo útil para que lo juzgado pueda ser ejecutado, garantizando así del principio de tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la CE (ATS de 14 de junio de 2012, Rec. 344/2012), y del cual forma parte integrante la llamada “tutela cautelar”. Se trata, en definitiva, de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso.

De acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en STS de 22 de julio de 2002 (Rec. Cas. 3507/1998), transcrita en el ATS de 16 de julio de 2004 (R.C.A. 46/2004) y reiterada en el de 18 de julio de 2006 (R.C.A. 18/2006), la razón de ser de la justicia cautelar en el proceso en general se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme pueda dar lugar a 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 señala el artículo 129 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 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.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en SSTC 22/84, 66/84, 238/92, 148/93, entre otras muchas) ha declarado que el principio de autotutela administrativa, que no es incompatible con el artículo 24.1 CE, engarza con el principio de eficacia previsto en el artículo 103.1 CE y se satisface facilitando que la ejecución se someta a la decisión de un Tribunal y éste resuelva sobre la suspensión. Sobre esta base, la STC 218/1994 dejó dicho 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 artículo 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 ser adoptada mediante la adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, según la justificación que se ofrezca en el momento de solicitarla, en

relación con los distintos criterios que según la Ley Jurisdiccional han de contemplarse, y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional.

Así, en relación con los criterios a considerar a la hora de resolver sobre la adopción o denegación de una medida cautelar, el ATS de 18 de julio de 2006, entre otros muchos, recuerda que han de ponderarse conjuntamente los siguientes:

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. 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 su adopción no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso.

c) El *periculum in mora*, 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.

d) La ponderación de los intereses concurrentes como criterio complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso. 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 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 de 3 de junio de 1997, entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*); un criterio que, no recogido expresamente en la Ley Jurisdiccional aunque sí en el artículo 728 LEC, permite realizar una valoración de los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar, con carácter provisional y en los casos delimitados por la jurisprudencia (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, 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), dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva

Por ello, la jurisprudencia contempla la adopción de las medidas cautelares bajo el régimen de la nueva Ley Jurisdiccional, no como una medida excepcional, sino como una verdadera facultad judicial y un instrumento de tutela judicial

ordinaria, por influjo directo de las exigencias que derivan de la tutela judicial efectiva (en este sentido AATS de 14 de junio de 2012, Rec. 344/2012, de 5 de febrero de 2009, Rec. 35/2008, y de 27 de marzo de 2007, Rec. 148/2005).

En la línea y ampliando lo anteriormente señalado, indicar que el artículo 129 LJCA abandona el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, que caracterizaba la regulación anterior, instaurando un sistema de "**númerus apertus**", de medidas innominadas, entre las que se encuentran las de carácter positivo. Así, el precepto utiliza una formulación amplia, en cuya virtud los interesados pueden solicitar "cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia".

Los presupuestos legales para la adopción de una medida cautelar en el proceso contencioso-administrativo se establecen con carácter general para el supuesto de impugnación de actos administrativos o disposiciones generales en el artículo 130 LJCA, sin perjuicio de las especialidades propias del régimen de tutela cautelar relativo a la vía de hecho y a la inactividad administrativa, que contempla el artículo 136 LJCA.

El criterio general para la adopción de medidas cautelares que se recoge en el artículo 130 LJCA se concreta en la expresión "pérdida de la finalidad legítima del recurso". Dicho concepto jurídico indeterminado gira en torno al llamado "periculum in mora", que el legislador ha situado como criterio decisor de la adopción de medidas cautelares, al margen de la mayor o menor incidencia que se quiera atribuir al principio "fumus boni iuris", y del relevante papel que ocupa la ponderación de intereses que preside todo el sistema.

La "pérdida de la finalidad legítima del recurso" puede identificarse en presencia de alguna de las siguientes circunstancias: a) la irreparabilidad o difícil reparación del daño o perjuicio que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera ocasionar, y b) la generación de una situación jurídica irreversible o de costosa o difícil reversibilidad que prive de efectividad a la sentencia favorable a la pretensión ejercitada.

Ahora bien, como contrapeso del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. De este modo, la ponderación de los intereses es el segundo de los presupuestos legales para la adopción de las medidas cautelares que debe concurrir junto con el periculum in mora para justificar la adopción de aquellas.

En definitiva, la Ley Jurisdiccional establece un requisito esencial para posibilitar la adopción de medidas cautelares, consistente en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder al recurso su finalidad legítima. De manera que sólo cumplido tal supuesto podrá ser adoptada la medida cautelar, aunque podrá denegarse cuando, pese a ello, pudiera seguirse de su adopción una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, exigiendo del Juez o Tribunal una ponderación circunstanciada de los intereses en conflicto. Por tanto, en dicho juicio de ponderación de intereses se debe comparar la intensidad del interés público que representa la ejecución del acto y la entidad de los perjuicios susceptibles de ser provocados por tal ejecución, concediéndose mayor relevancia en dicha valoración comparativa al interés general o de tercero afectado por la eficacia del acto impugnado.

Además se produce una interrelación entre el *periculum in mora* y la ponderación de intereses que condiciona el juicio cautelar, pues, tal y como afirma la jurisprudencia, cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; mientras que, por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto(en este sentido SSTS de 5 de julio de 2012, Rec. 2704/2011 y 4873/2010, de 29 de noviembre de 2012, Rec. 5487/2011, y de 26 de septiembre de 2011, Rec. 6198/2010, y ATS de 8 de mayo de 2012, Rec. 313/2012).

Por último, junto al *periculum in mora*, tradicional elemento definidor de la decisión cautelar, se ha abierto camino en los últimos tiempos, doctrinal y jurisprudencialmente, como criterio para la adopción de medidas cautelares, el “*fumus boni iuris*”, que se incorpora al proceso contencioso-administrativo de la mano de la jurisprudencia y procedente del Derecho comunitario.

Constituye un criterio de contornos aún no plenamente definidos y de aplicación ciertamente residual y muy limitada, que junto con aquel otro ha justificado el otorgamiento de la tutela cautelar en ocasiones.

La aplicación de la doctrina del “*fumus boni iuris*” nos sitúa ante el juicio de probabilidad o de verosimilitud de la existencia del derecho, y se vincula a la existencia de una situación jurídica necesitada de protección durante la tramitación del proceso y hasta que se dicte sentencia definitiva en el mismo, ante el previsible perjuicio que sufriría por la duración del proceso.

Sin embargo, tras el entusiasmo con que se acogió en un principio, actualmente la jurisprudencia advierte de los riesgos de su uso y demanda su prudente aplicación, recomendando su empleo para fundamentar la suspensión de ejecutividad o vigencia de actos o disposiciones, con carácter general, solo en determinados supuestos. Concretamente en los casos de nulidad de pleno derecho del acto o disposición recurridos, siempre y cuando la nulidad sea manifiesta, precisando que esta circunstancia concurre en los actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada previamente nula, cuando existe una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, y ante la existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz.

Tan prudente aplicación pretende conjurar el riesgo de prejuzgar la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulnere 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 -lo que conlleva que la decisión del Tribunal sobre las cuestiones suscitadas por las partes en el proceso principal se produzca tras su sustanciación bajo tales principios, en relación con los hechos en que se funda cada pretensión-, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito o decidir el fondo del asunto, sino solo para salvaguardar la finalidad legítima del recurso (en este sentido SSTS de 29 de noviembre de 2012, Rec. 5487/2011, y de 5 de julio de 2012, Rec. 2704/2011 y 4873/2010)

Tal y como señala la STC 148/1993 "el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal", pues al resolver sobre una medida cautelar se carece aún de los elementos precisos para efectuar un enjuiciamiento definitivo.

Finalmente señalar que la carga de acreditar que la ejecución del acto recurrido o la vigencia de la disposición impugnada, sobre los que recae la solicitud de medida cautelar, podría frustrar la finalidad legítima del recurso, recae sobre el solicitante y favorecido por la misma. Es decir, el interesado en obtener la medida cautelar tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurrirían en el caso para acordarla, sin que sea suficiente una mera invocación genérica o una mera alegación, sin prueba alguna (en este sentido SSTs de 29 de noviembre de 2012, Rec. 5487/2011, y de 5 de julio de 2012, Rec. 2704/2011 y 4873/2010).

No obstante, la concurrencia de los requisitos para la adopción de la medida cautelar no requiere una prueba plena, sino que bastará con una razonabilidad de su producción o concurrencia. Es decir, será suficiente con una prueba por indicios o incompleta acerca de la posibilidad de que las consecuencias dañosas alegadas se produzcan, así como de su naturaleza y alcance (en este sentido, además de las SSTs anteriormente citadas, los AATS de 5 de febrero de 2009, Rec. 35/2008, y de 27 de marzo de 2007, Rec. 148/2005).

SEGUNDO.- El acto administrativo respecto al que se solicita la presente medida cautelar es la desestimación presunta del recurso de alzada presentado contra la inscripción incluida en el documento facilitado que acredita la condición del recurrente como solicitante de protección internacional, limitando su validez a Ceuta y restringiendo, por ello, su derecho a la libertad de circulación y de residencia al impedirle el traslado a territorio peninsular.

La parte demandante que insta la medida cautelar alega esencialmente que el recurrente, con fecha 10 de octubre de 2017, formalizó solicitud de protección internacional en Ceuta, siendo admitida a trámite, por lo que el 22 de noviembre de 2017 la Jefatura Superior de Policía de Ceuta, por delegación del Comisario General del Extranjería y Fronteras, le hizo entrega de la correspondiente documentación que acredita su condición de solicitante de protección internacional, en la que se insertó una inscripción que reza "válido sólo en Ceuta".

Opone dicha parte la apariencia de buen derecho en su favor, dado que tal inscripción causa una indebida limitación al derecho del interesado a circular libremente por el territorio nacional y a elegir su residencia; así como la existencia de periculum in mora, teniendo en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél por su orientación sexual y creencias religiosas que se perpetuaría por la limitación personal que le supone no poder desplazarse a la península. Finalmente, señala que la adopción de la medida cautelar no lesiona intereses generales ni de tercero.

Frente a estos argumentos, la Abogacía del Estado opone la improcedencia de medidas cautelares frente a actos negativos por constituir una estimación anticipada de la pretensión del actor y que no se acredita la concurrencia de los requisitos necesarios para la adopción de la medida cautelar solicitada.

En un supuesto análogo al presente se ha pronunciado esta Sección en el auto de 19 de junio de 2018 (Procedimiento ordinario 197/2018), reproducido en otro dictado el 27 de junio de 2018(Procedimiento Ordinario 276/2018) en asunto similar, en el sentido siguiente:

“CUARTO.- (...)

Con tal base, solicita se le reconozca la posibilidad de trasladarse desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular y ello sin perjuicio del resultado final del expediente de solicitud de protección internacional. La negación, pues, al actor de la posibilidad de trasladar su domicilio desde una parte a otra del territorio nacional podría afectar al derecho que, aunque de modo transitorio y no definitivo, apareja la admisión a trámite de la solicitud formulada; una afectación que, al concernir a su situación personal por la limitación de un derecho, podría dar lugar a la producción de perjuicios difícilmente reversibles en el caso de dictarse eventualmente una sentencia estimatoria en los autos de los que dimana esta pieza de medidas cautelares.

Procede, pues, considerar concurrente el requisito del periculum in mora sobre el que se construye esencialmente el actual sistema de medidas cautelares que contempla la Ley Jurisdiccional de 1998.

Junto a lo anterior, la necesidad de conjurar la posible pérdida de la finalidad legítima del recurso con la medida cautelar que se ha solicitado por el demandante queda, si cabe, más reforzada contemplando la concurrencia, también, del complementario fumus boni iuris o apariencia de buen derecho.

En relación con el mencionado requisito, será útil recordar lo que el Tribunal Supremo razonaba ya respecto al mismo, entre otras muchas, en Sentencia de 6 de julio de 2009 (Rec. Cas. 658/2008):

“Es cierto que, como hemos declarado en repetidas ocasiones - sentencias de esta Sala de 14 de abril de 2003 (RC 5020/1999) y 17 de marzo de 2008 (RC 1021/2006), donde se citan otras anteriores de 27 de julio de 1996, 26 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 y 22 de febrero de 2003-, 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), si bien resulta aplicable en aquellos supuestos en que se solicita la nulidad

del acto administrativo dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente. En la misma línea se expresa la sentencia de 18 de mayo de 2004 (RC 5793/2001), donde, citando resoluciones anteriores de la propia Sala (autos de 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y sentencia de 14 de enero de 1997, entre otros), se pone de manifiesto que la jurisprudencia hace una aplicación matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, que se utiliza sólo en determinados supuestos, citándose específicamente los casos en que concurre una nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, se trate de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, exista una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, o un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz; y, por el contrario, la doctrina de la apariencia de buen derecho no debe servir de fundamento para la adopción de la medida cautelar en los casos en que se predique la nulidad del acto impugnado en virtud de causas que han de ser objeto de valoración y decisión por primera vez, pues con ello 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.

En el mismo sentido, señalaba ya la STS 7 de abril de 2004 (Rec. Cas. 1678/2002) que "... la finalidad legítima del recurso, cuya protección constituye, ciertamente, el presupuesto para la adopción de medidas cautelares, no es sólo, en un caso como el de autos, que al final del proceso, incluida su fase de ejecución, se restablezca la legalidad urbanística, sino, más bien, que ésta no sea groseramente menoscabada durante la pendencia de aquél. En este sentido, no debe descartarse que la interpretación del concepto jurídico indeterminado "finalidad legítima del recurso" conduzca a incluir en él, no sólo la preservación del efecto útil de la sentencia futura, sino, también, la de evitar que quien aparentemente está revestido de toda razón tenga que esperar a la decisión final del proceso para "disfrutar" de la posición o situación jurídica que, con fuerte presunción, parece corresponderle. A favor de esta ampliación de aquel concepto juegan numerosas razones: desde la idea de que la institución cautelar opera en otras ramas de nuestro ordenamiento jurídico (así, por ejemplo, en sede del juicio ejecutivo) para tutelar provisionalmente situaciones dotadas de una fuerte presunción de certeza; hasta algunas decisiones de la jurisprudencia comunitaria en las que, en presencia de una "fuerte presunción" o "manifiesta fundamentación" de ilegalidad de la actividad frente a la que se solicita la medida cautelar, se concede ésta analizando sólo el aspecto del "fumus boni iuris", sin entrar en el examen de la existencia o no de un perjuicio grave e irreparable; pasando, en fin, por principios tales como el de la

proscripción del abuso del derecho o el de que el tener que recurrir al proceso para obtener reconocimiento de los derechos no debe perjudicar a quien tiene razón. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva parece demandar, también, que el "perjuicio" inherente al tiempo necesario para finalizar el proceso no recaiga en quien, con fuerte apariencia, tiene toda la razón.

Es por ello, en tercer término, que no cabe interpretar el nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares surgido en la Ley 29/1998 como de proscripción, radical, absoluta, del criterio de la apariencia de buen derecho. Este criterio del "fumus boni iuris", aun siendo enormemente controvertido, no parece que pueda ser totalmente desatendido al decidir sobre la adopción de medidas cautelares. Bien para evitar que a través de demandas de todo punto infundadas se perturbe el interés público o los derechos de terceros; bien, como hemos dicho antes, para evitar que la necesidad de acudir al proceso corra en perjuicio de quien aparentemente tiene toda la razón; bien, en fin, para decantarse por la decisión en los casos extremos en que tanto la no adopción como la adopción de la cautela pueda determinar una situación gravemente perjudicial o irreversible".

En este caso, la aplicación del repetido criterio se presenta como necesaria teniendo en cuenta que esta misma Sala y Sección, en numerosas Sentencias [entre las más recientes, pueden citarse las de 28 de mayo de 2015 (Rec. 1089/2014), 10 de junio de 2015 (Rec. 1091/2014), 29 de septiembre de 2017 (Rec. 1470/2016), 8 de noviembre de 2017 (40/2017), 11 de diciembre de 2017 (Rec. 918/2017), 18 de diciembre de 2017 (Rec. 1457/2017) y 26 de enero de 2018 (Rec. 41/2017)] ha estimado recursos contencioso-administrativos contra idénticas resoluciones que aquéllas a las que viene referida la presente solicitud de tutela cautelar, habiendo acogido en las citadas Sentencias pretensiones basadas en argumentos sustancialmente idénticos a los esgrimidos por el recurrente en apoyo de la pretensión que ahora se resuelve, configurándose así por esta Sala un criterio reiterado y uniforme que a la misma Administración ahora demandada le es de sobra conocido.

Con aplicación, pues, del requisito de la apariencia de buen derecho en el sentido al que se ha hecho referencia, debe acogerse entonces la primera de las pretensiones ejercitadas en la solicitud de tutela cautelar suspendiendo la ejecutividad de las resoluciones recurridas, en la medida en que las mismas impiden al recurrente su desde la Ciudad Autónoma de Melilla al territorio peninsular, en la ciudad de Almería. Y todo ello apoyado, además de en lo ya expuesto, en lo razonado y resuelto por el Tribunal Supremo en un asunto en el que con idéntica aplicación del requisito del *fumus boni iuris* que ahora hacemos, dejó dicho lo siguiente [STS de 12 de febrero de 2018 (Rec. Cas. 103/2017)]:

“Efectivamente, en el ámbito del sistema cautelar se ha producido la aportación jurisprudencial -doctrina de la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris)- a la que se refiere la recurrente y que, pese a sus modulaciones, permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.

(...) la citada 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 o ante 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)...”.

Como se indicó en el auto de 27 de junio de 2018, se ha de añadir que ante otro supuesto de hecho análogo al que ahora se trata, aunque resolviendo el fondo de la cuestión litigiosa, y referido también al acceso desde Ceuta a la península por extranjeros que han obtenido la admisión de solicitudes de asilo o protección internacional, se indicaba en la sentencia de esta Sección de 26 de enero de 2018 (P.O. 41/2017):

“TERCERO.- A los hechos expuestos les resultan de aplicación la doctrina contenida en la sentencia citada, donde decíamos lo siguiente:

“QUINTO.- Una vez delimitado con precisión el objeto del presente recurso estamos en condiciones de afirmar que no es la primera vez que esta Sala ha examinado y resuelto pretensiones idénticas a la que aquí se sustancia. En Sentencias de 11 de mayo de 2015 (Rec. 1088/2014), 28 de mayo de 2015 (Rec. 1089/2014) y 10 de junio de 2015 (Rec. 1091/2014) ya se examinaron las mismas cuestiones aquí debatidas y el resultado, como se comprueba, fue el de la estimación de los respectivos recursos. Una decisión que, examinado detenidamente lo actuado en vía administrativa y en estos autos, también se pronunciará, según pasamos a razonar.

El artículo 25 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social, dispone en su artículo 25. 3, referido a los requisitos para la entrada en territorio nacional, que lo dispuesto en sus dos primeros apartados no será de aplicación a los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España, cuya concesión se regirá por lo dispuesto en la normativa específica.

El artículo 4 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, define el derecho a la protección subsidiaria como el "dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10 de esta Ley y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren, acogerse a la protección del país de que se trate, siempre que no concorra alguno de los supuestos mencionados en los artículos 11 y 12 de esta Ley".

Los artículos 17, 18 y 19 de la repetida Ley 12/2009 regulan el procedimiento de solicitud de asilo en los siguientes términos:

Artículo 17. Presentación de la solicitud.

1. El procedimiento se inicia con la presentación de la solicitud, que deberá efectuarse mediante comparecencia personal de los interesados que soliciten protección en los lugares que reglamentariamente se establezcan, o en caso de imposibilidad física o legal, mediante persona que lo represente. En este último caso, el solicitante deberá ratificar la petición una vez desaparezca el impedimento.

2. La comparecencia deberá realizarse sin demora y en todo caso en el plazo máximo de un mes desde la entrada en el territorio español o, en todo caso, desde que se produzcan los acontecimientos que justifiquen el temor fundado de persecución o daños graves. A estos efectos, la entrada ilegal en territorio español no podrá ser sancionada cuando haya sido realizada por persona que reúna los requisitos para ser beneficiaria de la protección internacional prevista en esta Ley.

3. En el momento de efectuar la solicitud, la persona extranjera será informada, en una lengua que pueda comprender, acerca de:

- a) el procedimiento que debe seguirse;
- b) sus derechos y obligaciones durante la tramitación, en especial en materia de plazos y medios de que dispone para cumplir éstas;
- c) la posibilidad de contactar con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y con las Organizaciones no Gubernamentales legalmente reconocidas entre cuyos objetivos figure el asesoramiento y ayuda a las personas necesitadas de protección internacional;
- d) las posibles consecuencias del incumplimiento de sus obligaciones o de su falta de colaboración con las autoridades; y
- e) los derechos y prestaciones sociales a los que tiene acceso en su condición de solicitante de protección internacional.

4. La solicitud se formalizará mediante entrevista personal que se realizará siempre individualmente. De forma excepcional, podrá requerirse la presencia de otros miembros de la familia de los solicitantes, si ello se considerase imprescindible para la adecuada formalización de la solicitud.

5. La Administración adoptará las medidas necesarias para que, cuando sea preciso, en la entrevista se preste un tratamiento diferenciado por razón del sexo de la persona solicitante o demás circunstancias previstas en el artículo 46 de esta Ley. De este trámite se dejará debida constancia en el expediente administrativo.

6. Las personas encargadas de efectuar la entrevista informarán a los solicitantes sobre cómo efectuar la solicitud, y les ayudarán a cumplimentarla, facilitándoles la información básica en relación con aquélla. Asimismo, colaborarán con los interesados para establecer los hechos relevantes de su solicitud.

7. Cuando razones de seguridad lo aconsejen, se podrá registrar a la persona solicitante y sus pertenencias, siempre y cuando se garantice el pleno respeto a su dignidad e integridad.

8. En los términos que se establezcan reglamentariamente, se planteará la posibilidad de una nueva audiencia personal sobre su solicitud de asilo. La ponderación sobre la necesidad o no de efectuar nuevas entrevistas será motivada”.

Artículo 18. Derechos y obligaciones de los solicitantes.

“1. El solicitante de asilo, presentada la solicitud, tiene en los términos recogidos en la presente Ley, en los artículos 16, 17, 19, 33 y 34, los siguientes derechos:

- a) a ser documentado como solicitante de protección internacional;
- b) a asistencia jurídica gratuita e intérprete;
- c) a que se comunique su solicitud al ACNUR;
- d) a la suspensión de cualquier proceso de devolución, expulsión o extradición que pudiera afectar al solicitante;
- e) a conocer el contenido del expediente en cualquier momento;
- f) a la atención sanitaria en las condiciones expuestas;
- g) a recibir prestaciones sociales específicas en los términos que se recogen en esta Ley.

2. Serán obligaciones de los solicitantes de protección internacional las siguientes:

- a) cooperar con las autoridades españolas en el procedimiento para la concesión de protección internacional;
- b) presentar, lo antes posible, todos aquellos elementos que, junto a su propia declaración, contribuyan a fundamentar su solicitud. Entre otros,

podrán presentar la documentación de que dispongan sobre su edad, pasado -incluido el de parientes relacionados-, identidad, nacionalidad o nacionalidades, lugares de anterior residencia, solicitudes de protección internacional previas, itinerarios de viaje, documentos de viaje y motivos por los que solicita la protección;

c) proporcionar sus impresiones dactilares, permitir ser fotografiados y, en su caso, consentir que sean grabadas sus declaraciones, siempre que hayan sido previamente informados sobre este último extremo;

d) informar sobre su domicilio en España y cualquier cambio que se produzca en él;

e) informar, asimismo, a la autoridad competente o comparecer ante ella, cuando así se les requiera con relación a cualquier circunstancia de su solicitud”.

Artículo 19. Efectos de la presentación de la solicitud.

“1. Solicitada la protección, la persona extranjera no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud o ésta no sea admitida. No obstante, por motivos de salud o seguridad públicas, la autoridad competente podrá adoptar medidas cautelares en aplicación de la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración.

2. Asimismo, la solicitud de protección suspenderá, hasta la decisión definitiva, la ejecución del fallo de cualquier proceso de extradición de la persona interesada que se halle pendiente. A tal fin, la solicitud será comunicada inmediatamente al órgano judicial o al órgano gubernativo ante el que en ese momento tuviera lugar el correspondiente proceso.

3. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, podrá entregarse o extraditarse a una persona solicitante, según proceda, a otro Estado miembro de la Unión Europea en virtud de las obligaciones dimanantes de una orden europea de detención y entrega, o a un país tercero ante órganos judiciales penales internacionales.

4. Las personas solicitantes de asilo tienen derecho a entrevistarse con un abogado en las dependencias de los puestos fronterizos y centros de internamiento de extranjeros. Reglamentariamente, y sin perjuicio de las normas de funcionamiento establecidas para las citadas dependencias y centros, podrán establecerse condiciones para el ejercicio de este derecho derivadas de razones de seguridad, orden público o de su gestión administrativa.

5. La solicitud de protección dará lugar al inicio del cómputo de los plazos previstos para su tramitación.

6. La resolución que admita a trámite una solicitud de asilo determinará el procedimiento correspondiente.

7. En caso de que la tramitación de una solicitud pudiese exceder de seis meses, ampliables de acuerdo con lo previsto en el artículo 49 de

la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para su resolución y notificación, se informará a la persona interesada del motivo de la demora".

El artículo 36.1,h) de la Ley 12/2009, dispone que

"La concesión del derecho de asilo o de la protección subsidiaria implicará el reconocimiento de los derechos establecidos en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración, así como en la normativa de la Unión Europea, y, en todo caso: h) la libertad de circulación".

El artículo 5 de la Ley Orgánica 4/2000, reconoce al extranjero que esté en situación regular en España su derecho a circular libremente por el territorio español.

El Acta final, apartado III de la Adhesión de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (BOE núm. 81, de 5 de abril de 1994) recoge textualmente lo siguiente en relación con la cuestión que aquí nos ocupa:

"e) En aplicación de su legislación nacional y con el fin de verificar si los pasajeros siguen cumpliendo las condiciones enumeradas en el artículo 5 del Convenio de 1990, en virtud de los cuales fueron autorizados a entrar en territorio nacional en el momento del control de pasaportes en la frontera exterior, España mantendrá controles (controles de identidad y de documentos) en las conexiones marítimas y aéreas provenientes de Ceuta y Melilla que tengan como único destino otro punto del territorio español. A este mismo fin, España mantendrá controles sobre los vuelos interiores y sobre las conexiones regulares por transbordador que salgan de las ciudades de Ceuta y Melilla con destino a otro Estado parte del Convenio".

El artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) dispone, sobre las Condiciones de entrada de los nacionales de terceros países, que

"1. Para estancias previstas en el territorio de los Estados miembros de una duración que no exceda de 90 días dentro de cualquier período de 180 días, lo que implica tener en cuenta el período de 180 días que precede a cada día de estancia, las condiciones de entrada para los nacionales de terceros países serán las siguientes:

a) Estar en posesión de un documento de viaje válido que otorgue a su titular el derecho a cruzar la frontera y que cumpla los siguientes criterios:

i) Seguirá siendo válido como mínimo tres meses después de la fecha prevista de partida del territorio de los Estados miembros. En casos de emergencia justificados, esta obligación podrá suprimirse,

ii) deberá haberse expedido dentro de los diez años anteriores;

b) Estar en posesión de un visado válido, cuando así lo exija el Reglamento (CE) n.º 539/2001 del Consejo (25), salvo que sean titulares de un permiso de residencia válido o de un visado de larga duración válido;

c) Estar en posesión de documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista y disponer de medios de subsistencia suficientes, tanto para el período de estancia previsto como para el regreso al país de origen o el tránsito hacia un tercer país en el que su admisión esté garantizada, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios;

d) No estar inscrito como no admisible en el SIS;

e) No suponer una amenaza para el orden público, la seguridad interior, la salud pública o las relaciones internacionales de ninguno de los Estados miembros ni, en particular, estar inscrito como no admisible en las bases de datos nacionales de ningún Estado miembro por iguales motivos.

2. A efectos de la aplicación del apartado 1, la fecha de entrada se considerará como primer día de estancia en el territorio de los Estados miembros, y la fecha de salida como último día de estancia en el territorio de los Estados miembros. No se tendrán en cuenta para el cálculo de la duración de la estancia en el territorio de los Estados miembros los períodos de estancia autorizados por medio de un visado nacional de larga duración o de un permiso de residencia.

3. En el anexo I figura una lista no exhaustiva de documentos justificativos que la guardia de fronteras podrá pedir a los nacionales de terceros países para comprobar el cumplimiento de las condiciones contempladas en el apartado 1, letra c).

4. El criterio para calcular los medios de subsistencia estará en función de la duración y del motivo de la estancia y se usarán como referencia los precios medios en el Estado o Estados miembros de que se trate del alojamiento y de la alimentación, en hospedaje económico multiplicado por el número de días de estancia.

Los importes de referencia fijados por los Estados miembros se notificarán a la Comisión de conformidad con el artículo 39.

La comprobación de los medios de subsistencia suficientes podrá basarse en el dinero efectivo, los cheques de viaje y las tarjetas de crédito que obren en poder del nacional de un tercer país. Las declaraciones de invitación, cuando las prevea el Derecho interno, y las declaraciones de toma a cargo definidas por el Derecho interno, en caso de que el nacional de un tercer país se aloje en el domicilio de una persona de acogida, también podrán constituir prueba de medios adecuados de subsistencia.

5. No obstante lo dispuesto en el apartado 1:

a) Podrá autorizarse la entrada al territorio de los demás Estados miembros a aquellos nacionales de terceros países que no cumplan las condiciones establecidas en el apartado 1, pero que sean titulares de un permiso de residencia o de un visado de larga duración, al objeto de que puedan llegar al territorio del Estado miembro que haya expedido el permiso de residencia o el visado de larga duración, a no ser que figuren en la lista nacional de personas no admisibles del Estado miembro en cuyas fronteras exteriores se presenten y que la descripción que les afecte esté acompañada de medidas que se opongan a la entrada o al tránsito;

b) Podrá autorizarse la entrada al territorio de los Estados miembros a aquellos nacionales de terceros países que se presenten en la frontera y cumplan las condiciones establecidas en el apartado 1, excepto la de la letra b), si se les puede expedir un visado en la frontera en virtud de los artículos 35 y 36 del Reglamento (CE) n.º 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo (26).

Los Estados miembros elaborarán estadísticas sobre los visados expedidos en la frontera con arreglo al artículo 46 del Reglamento (CE) n.º 810/2009 y a su anexo XII.

En caso de que no fuera posible colocar el visado en el documento, se adherirá la etiqueta, con carácter excepcional, en una hoja suelta que se incorporará al documento. En tal caso, se utilizará obligatoriamente el modelo uniforme de impreso para la colocación del visado establecido por el Reglamento (CE) n.º 333/2002 del Consejo (27);

c) Por motivos humanitarios, de interés nacional o por obligaciones internacionales, todo Estado miembro podrá autorizar la entrada en su territorio a nacionales de terceros países que no cumplan alguna de las condiciones establecidas en el apartado 1. En tales casos, cuando un nacional de un tercer país esté inscrito como no admisible con arreglo al apartado 1, letra d), el Estado miembro que le autorice la entrada en su territorio informará de ello a los demás Estados miembros”.

Asimismo, sobre la base de que cuando el demandante solicitó poder trasladarse al territorio peninsular ya había instado la protección internacional y su solicitud se había admitido a trámite, habiendo sido, por ello, documentado con el de solicitante de protección internacional en trámite, añadíamos lo siguiente:

“Dado que el primer derecho de aquél a quien se le admite tal solicitud es que se le documente como solicitante de protección internacional [artículo 18.1.a)], el efecto directo de esa admisión a trámite es que dicha persona no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva su solicitud (art.19.1), quedando el interesado obligado a comunicar su cambio de domicilio [18.2.d)], lo que implica que está facultado para realizar dicho cambio. De igual modo, la admisión a trámite lleva consigo la apertura del procedimiento correspondiente, según se deriva del artículo 19.6, siempre de la Ley 12/2009.

En este caso, a tenor de los citados preceptos legales, el recurrente, en cuanto que se encuentra en la Ciudad Autónoma de Ceuta -territorio español, por tanto- y documentado como solicitante de asilo en tramitación, se encontraba, en la fecha a la que se contraen estos autos, una situación regular en España, aunque, cierto es también, transitoriamente como así lo demuestra el hecho de que el documento que le acredita como solicitante de asilo tenga un plazo de caducidad. No obstante, tal situación de regularidad en territorio español permitía su traslado dentro del mismo (y, por tanto, desde Ceuta a la Península) si bien sometido a la obligación de comunicar el cambio de domicilio que pretenda, lo que, sin embargo, no es exigible a quien ya ostenta la condición de titular del derecho de asilo instado.

El acto denegatorio y el que lo confirma en alzada, impugnados en este proceso, mantienen que, de acuerdo con los términos arriba expuestos de la Adhesión de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, el órgano competente, en este caso la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, (Orden INT/28/2013, de 18 de enero y artículo 4.2 del Real Decreto 557/2011) está normativamente habilitado para impedir que el recurrente, cuya solicitud de asilo ha sido admitida en la ciudad de Ceuta, pueda desplazarse a la Península, pues no cumpliría, se dice, para dicho cruce ninguno de los requisitos, tanto de índole documental como material, exigidos por el citado artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016.

Sin embargo, el control que pueden y deben realizar las autoridades competentes en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, conforme a lo dispuesto en el Acta Final del repetido Acuerdo de Adhesión de España al Convenio de Schengen, a fin de comprobar el cumplimiento de las condiciones previstas en el repetido artículo 6 del Reglamento Comunitario, se refiere a controles de identidad y documentos en las conexiones marítimas y aéreas que tengan como único destino otro punto del territorio español; lo que implica que no exista impedimento alguno para el ahora recurrente dado que, cuando puso de manifiesto su intención de cambiar de domicilio, trasladándose a la Península, estaba debidamente documentado.

Por otra parte, aunque con igual relevancia que lo anterior, entiende la Sala que no resulta aplicable en este caso lo dispuesto en el artículo 4.2 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, invocado en la Resolución denegatoria confirmada luego en alzada. Y no lo es porque, repasando su tenor literal (“La Comisaría General de Extranjería y Fronteras podrá autorizar la entrada en España de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en el apartado anterior cuando existan razones excepcionales...”), es claro que el supuesto de hecho exigible para su aplicación no se da en este caso ya que, aun de modo transitorio hasta la decisión sobre su solicitud de asilo, el recurrente estaba ya en territorio español (Ceuta indiscutiblemente lo es). Difícilmente puede, pues, aceptarse que tuviera en este caso la Comisaría General citada facultades para autorizar, o denegar, la entrada del actor en España por

los motivos expuestos en el repetido artículo reglamentario, si no es a través de un inasumible argumento en el que el término “España” - contenido en el precepto normativo en cuestión- se identifique con el de “territorio peninsular”; restricción que la Sala rechaza de plano, por lo expuesto.

En consecuencia, vistas las pretensiones ejercitadas en la demanda, el presente recurso habrá de ser íntegramente estimado en los términos solicitados en el escrito rector, anulándose las resoluciones impugnadas por no existir impedimento alguno para que el actor, conforme a la situación que mantenía en la fecha en que formuló la solicitud, pudiera trasladarse al territorio español peninsular”.

Consecuentemente, aplicando la doctrina expuesta al caso que ahora nos ocupa, procede la estimación del presente recurso contencioso-administrativo”.

Este criterio se ha mantenido también en sentencias de 11 de mayo de 2015 (P.O. 1088/14), 28 de mayo de 2015 (P.O. 1089/14), 10 de junio de 2015 (P.O. 1091/14), 29 de septiembre de 2017 (P.O. 1470/16) y 26 de enero de 2018 (P.O. 41/17), entre otras.

A tenor de todo lo expuesto, se considera que en este caso concurren los requisitos necesarios para el otorgamiento de la medida cautelar solicitada, concretamente periculum in mora, sin que se aprecie una grave perturbación para los intereses generales o de tercero por su adopción, existiendo, además, a favor de la pretensión de la parte demandante apariencia de buen derecho.

CUARTO.- Por último, como ya se dijo en el referido auto de 27 de junio de 2018, que si bien es cierto que nuestra jurisprudencia se ha pronunciado en ocasiones en contra de acceder a la suspensión de actos negativos, tales como denegaciones del reconocimiento de derechos, por suponer la satisfacción de la pretensión principal, sin embargo en el concreto caso que se está resolviendo no se trata propiamente un acto administrativo negativo, sino una actuación que incorpora una inscripción en la documentación suministrada al recurrente, mediante la cual se le impide el acceso a la península, limitándose su derecho a la libre circulación y residencia en el territorio español. Por lo tanto, tal doctrina no resulta aplicable al presente caso.

Por todo lo razonado, procede la concesión de la medida cautelar solicitada, autorizándose el traslado del recurrente al territorio peninsular y su residencia en el mismo durante la sustanciación de este recurso.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, procede imponer las costas causadas en este incidente a la Administración demandada.

No obstante, a tenor del apartado tercero de dicho artículo 139 la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima" y la Sala considera procedente, atendida la índole del litigio y la concreta actividad desplegada por las partes, limitar la cantidad que, por los conceptos de honorarios de Abogado y derechos de Procurador, ha de satisfacer a la parte

contraria la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima total de cien euros (100 €), más la cantidad que en concepto de IVA corresponda a la cuantía reclamada.

En atención a lo expuesto

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Conceder la medida cautelar solicitada por el procurador don David Plaza Buquerin, en nombre y representación de **DON** [REDACTED] autorizándose el traslado del recurrente al territorio peninsular y su residencia en el mismo durante la sustanciación de este recurso.

Se condena al pago de las costas causadas en el presente incidente a la Administración demandada con la limitación que respecto de su cuantía se ha realizado en el último razonamiento jurídico.

Notifíquese la presente resolución a las partes y remítase testimonio de la presente resolución a la Administración demandada, DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA, para que lleve a efecto lo acordado

El presente auto es susceptible de recurso de casación, previo recurso de reposición a interponer ante esta Sala en el plazo de cinco días, contados desde el siguiente al de su notificación, **previa constitución del depósito** previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite dicho recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2414-0000-91-0276-18 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 20 Contencioso-Reposición/Súplica (25 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2414-0000-91-0276-18 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos/as. Sres/as. anotados en el encabezamiento de la presente resolución. Doy fe.

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial previstas en el artículo 560.1.10 de la LOPJ

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Primera

C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

33016340

NIG: 28.079.00.3-2018/0008713

Pieza de Medidas Cautelares 506/2018 - 0001 (Procedimiento Ordinario)

De: D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. NEDDY BERECHÉ LADINES

Contra: DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

A U T O N°

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D./Dña. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO

ILMOS/ILMAS. SRES/SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D./Dña. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS

D./Dña. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA

D./Dña. MARÍA DOLORES GALINDO GIL

En Madrid, a dieciocho de septiembre de dos mil dieciocho

HECHOS

PRIMERO.- Doña Neddy Bereché Ladines, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de doña [REDACTED], natural de Argelia, ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta del recurso de alzada presentado contra la inscripción incluida en documento que acredita la condición del recurrente de solicitante de protección internacional, que limita su validez a Ceuta, restringiendo su derecho a la libertad de circulación y de residencia al impedirle el traslado a territorio peninsular.

Asimismo, la recurrente ha solicitado como medida cautelar que se le autorice de forma expresa el traslado de Ceuta a territorio peninsular y se permita su residencia en dicho territorio durante la sustanciación del recurso.

SEGUNDO.- Formada la correspondiente pieza separada, y dado traslado de las actuaciones a la Abogacía del Estado para que formulara las alegaciones que estimara pertinentes, presentó escrito el 11 de septiembre de 2018, en el que solicita la denegación de la medida cautelar.

Es ponente el Presidente de la Sala, Ilmo. Sr. D. Juan Pedro Quintana Carretero, quien expresa el parecer de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Recordemos antes de proceder a resolver acerca de la cuestión controvertida en esta pieza separada de medidas cautelares los criterios que han de tomarse en consideración a tal efecto.

Las medidas cautelares tratan de asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso, evitando la producción de un perjuicio de imposible o difícil reparación *-periculum in mora-* o, como expresa el artículo 129 LJCA, asegurar “la efectividad de la sentencia”. El objetivo es que la sentencia estimatoria que pudiera recaer pueda llevarse a la práctica de modo útil para que lo juzgado pueda ser ejecutado, garantizando así del principio de tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la CE (ATS de 14 de junio de 2012, Rec. 344/2012), y del cual forma parte integrante la llamada “tutela cautelar”. Se trata, en definitiva, de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso.

No obstante, como subraya la STC 218/1994, la potestad jurisdiccional de suspensión cautelar en el proceso contencioso-administrativo tiene, además, otra finalidad de trascendencia constitucional. La tutela cautelar constituye 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”).

Por ello, nuestra jurisprudencia contempla la adopción de las medidas cautelares bajo el régimen de la nueva Ley Jurisdiccional, no como una medida excepcional, sino como una verdadera facultad judicial y un instrumento de tutela judicial ordinaria, por influjo directo de las exigencias que derivan de la tutela judicial efectiva (en este sentido AATS de 14 de junio de 2012, Rec. 344/2012, de 5 de febrero de 2009, Rec. 35/2008, y de 27 de marzo de 2007, Rec. 148/2005).

En consonancia con lo anterior, el artículo 129 LJCA abandona el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, que caracterizaba la regulación anterior, instaurando un sistema de “**númerus apertus**”, de medidas innominadas, entre las que se encuentran las de carácter positivo. Así, el precepto utiliza una formulación amplia, en cuya virtud los interesados pueden solicitar “cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”.

Los presupuestos legales para la adopción de una medida cautelar en el proceso contencioso-administrativo se establecen con carácter general para el supuesto de impugnación de actos administrativos o disposiciones generales en el artículo 130 LJCA, sin perjuicio de las especialidades propias del régimen de tutela cautelar relativo a la vía de hecho y a la inactividad administrativa, que contempla el artículo 136 LJCA.

El criterio general para la adopción de medidas cautelares que se recoge en el artículo 130 LJCA se concreta en la expresión "pérdida de la finalidad legítima del recurso". Dicho concepto jurídico indeterminado gira en torno al llamado "*periculum in mora*", que el legislador ha situado como criterio decisor de la adopción de medidas cautelares, al margen de la mayor o menor incidencia que se quiera atribuir al principio "*fumus boni iuris*", y del relevante papel que ocupa la ponderación de intereses que preside todo el sistema.

La "pérdida de la finalidad legítima del recurso" puede identificarse en presencia de alguna de las siguientes circunstancias: a) la irreparabilidad o difícil reparación del daño o perjuicio que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera ocasionar, y b) la generación de una situación jurídica irreversible o de costosa o difícil reversibilidad que prive de efectividad a la sentencia favorable a la pretensión ejercitada.

Ahora bien, como contrapeso del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. De este modo, la ponderación de los intereses es el segundo de los presupuestos legales para la adopción de las medidas cautelares que debe concurrir junto con el *periculum in mora* para justificar la adopción de aquellas.

En definitiva, la Ley Jurisdiccional establece un requisito esencial para posibilitar la adopción de medidas cautelares, consistente en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder al recurso su finalidad legítima. De manera que sólo cumplido tal presupuesto podrá ser adoptada la medida cautelar, aunque podrá denegarse cuando, pese a ello, pudiera seguirse de su adopción una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, exigiendo del Juez o Tribunal una ponderación circunstanciada de los intereses en conflicto. Por tanto, en dicho juicio de ponderación de intereses se debe comparar la intensidad del interés público que representa la ejecución del acto y la entidad de los perjuicios susceptibles de ser provocados por tal ejecución, concediéndose mayor relevancia en dicha valoración comparativa al interés general o de tercero afectado por la eficacia del acto impugnado.

Además se produce una interrelación entre el *periculum in mora* y la ponderación de intereses que condiciona el juicio cautelar, pues, tal y como afirma la jurisprudencia, cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; mientras que, por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto(en este sentido SSTs de 5 de julio de 2012, Rec. 2704/2011 y 4873/2010, de 29 de noviembre de 2012, Rec. 5487/2011, y de 26 de septiembre de 2011, Rec. 6198/2010, y ATS de 8 de mayo de 2012, Rec. 313/2012).

Por último, junto al *periculum in mora*, tradicional elemento definidor de la decisión cautelar, se ha abierto camino en los últimos tiempos, doctrinal y jurisprudencialmente, como criterio para la adopción de medidas cautelares, el "*fumus boni iuris*", que se incorpora al proceso contencioso-administrativo de la mano de la jurisprudencia y procedente del Derecho comunitario.

Constituye un criterio de contornos aún no plenamente definidos y de aplicación ciertamente residual y muy limitada, que junto con aquel otro ha justificado el otorgamiento de la tutela cautelar en ocasiones.

La aplicación de la doctrina del "*fumus boni iuris*" nos sitúa ante el juicio de probabilidad o de verosimilitud de la existencia del derecho, y se vincula a la existencia de una situación jurídica necesitada de protección durante la tramitación del proceso y hasta que se dicte sentencia definitiva en el mismo, ante el previsible perjuicio que sufriría por la duración del proceso.

Sin embargo, tras el entusiasmo con que se acogió en un principio, actualmente la jurisprudencia advierte de los riesgos de su uso y demanda su prudente aplicación, recomendando su empleo para fundamentar la suspensión de ejecutividad o vigencia de actos o disposiciones, con carácter general, solo en determinados supuestos. Concretamente en los casos de nulidad de pleno derecho del acto o disposición recurridos, siempre y cuando la nulidad sea manifiesta, precisando que esta circunstancia concurre en los actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada previamente nula, cuando existe una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, y ante la existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz.

Tan prudente aplicación pretende conjurar el riesgo de prejuzgar la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulnere 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 -lo que conlleva que la decisión del Tribunal sobre las cuestiones suscitadas por las partes en el proceso principal se produzca tras su sustanciación bajo tales principios, en relación con los hechos en que se funda cada pretensión-, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito o decidir el fondo del asunto, sino solo para salvaguardar la finalidad legítima del recurso (en este sentido SSTs de 29 de noviembre de 2012, Rec. 5487/2011, y de 5 de julio de 2012, Rec. 2704/2011 y 4873/2010)

Tal y como señala la STC 148/1993 "el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal", pues al resolver sobre una medida cautelar se carece aún de los elementos precisos para efectuar un enjuiciamiento definitivo.

Para finalizar esta exposición general de las exigencias de la tutela cautelar, tan solo resta señalar que la carga de acreditar que la ejecución del acto recurrido o la vigencia de la disposición impugnada, sobre los que recae la solicitud de medida cautelar, podría frustrar la finalidad legítima del recurso, recae sobre el solicitante y favorecido por la misma. Es decir, el interesado en obtener la medida cautelar tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurrirían en el caso para acordarla, sin que sea suficiente una mera invocación genérica o una mera alegación, sin prueba alguna (en este sentido SSTs de 29 de noviembre de 2012, Rec. 5487/2011, y de 5 de julio de 2012, Rec. 2704/2011 y 4873/2010).

Ahora bien, tal afirmación debe matizarse, pues la concurrencia de los requisitos para la adopción de la medida cautelar no requiere una prueba plena, sino que bastará con una razonabilidad de su producción o concurrencia. Es decir, será suficiente con una prueba por indicios o incompleta acerca de la posibilidad de que las consecuencias dañosas alegadas se produzcan, así como de su naturaleza y alcance (en este sentido, además de las SSTs

anteriormente citadas, los AATS de 5 de febrero de 2009, Rec. 35/2008, y de 27 de marzo de 2007, Rec. 148/2005).

SEGUNDO.- En el presente supuesto el acto administrativo en relación con el cual se insta la medida cautelar es la desestimación presunta del recurso de alzada presentado contra la inscripción incluida en el documento facilitado que acredita la condición del recurrente de solicitante de protección internacional, limitando su validez a Ceuta y restringiendo, por tanto, su derecho a la libertad de circulación y de residencia al impedirle el traslado a territorio peninsular.

La parte demandante alega que el 26 de septiembre de 2017 formalizó solicitud de protección internacional en Ceuta que fue admitida a trámite, por lo que el 30 de octubre de 2017 la Jefatura Superior de Policía de Ceuta, por delegación del Comisario General del Extranjería y Fronteras, le hizo entrega de la correspondiente documentación que acredita su condición de solicitante de protección internacional, en la que se insertó una inscripción que reza “válido sólo en Ceuta”.

La parte demandante alega la apariencia de buen derecho en su favor, con sustento en la indebida limitación que tal inscripción constituye para su derecho a circular libremente por el territorio nacional y a elegir su residencia, así como la presencia de *periculum in mora*, dada su situación de especial vulnerabilidad por su orientación sexual y la limitación personal que le supone no poder desplazarse a la península, al tiempo que afirma que la adopción de la medida cautelar no lesiona intereses generales ni de tercero.

Frente a estas consideraciones jurídicas la Abogacía del Estado opone la improcedencia de medidas cautelares frente a actos negativos por constituir una estimación anticipada de la pretensión del actor y que no se acredita la concurrencia de los requisitos necesarios para la adopción de la medida cautelar solicitada.

Pues bien, ante un supuesto análogo al que nos ocupa, nos hemos pronunciado recientemente en el auto de 19 de junio de 2018 (Procedimiento ordinario 197/2018) en el sentido siguiente:

“CUARTO.- (...)

Con tal base, solicita se le reconozca la posibilidad de trasladarse desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular y ello sin perjuicio del resultado final del expediente de solicitud de protección internacional. La negación, pues, al actor de la posibilidad de trasladar su domicilio desde una parte a otra del territorio nacional podría afectar al derecho que, aunque de modo transitorio y no definitivo, apareja la admisión a trámite de la solicitud formulada; una afectación que, al concernir a su situación personal por la limitación de un derecho, podría dar lugar a la producción de perjuicios difícilmente reversibles en el caso de dictarse eventualmente una sentencia estimatoria en los autos de los que dimana esta pieza de medidas cautelares.

Procede, pues, considerar concurrente el requisito del periculum in mora sobre el que se construye esencialmente el actual sistema de medidas cautelares que contempla la Ley Jurisdiccional de 1998.

Junto a lo anterior, la necesidad de conjurar la posible pérdida de la finalidad legítima del recurso con la medida cautelar que se ha solicitado por el demandante queda, si cabe, más reforzada contemplando la concurrencia, también, del complementario fumus boni iuris o apariencia de buen derecho.

En relación con el mencionado requisito, será útil recordar lo que el Tribunal Supremo razonaba ya respecto al mismo, entre otras muchas, en Sentencia de 6 de julio de 2009 (Rec. Cas. 658/2008):

“Es cierto que, como hemos declarado en repetidas ocasiones -sentencias de esta Sala de 14 de abril de 2003 (RC 5020/1999) y 17 de marzo de 2008 (RC 1021/2006), donde se citan otras anteriores de 27 de julio de 1996, 26 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 y 22 de febrero de 2003-, 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), si bien resulta aplicable en aquellos supuestos en que se solicita la nulidad del acto administrativo dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente. En la misma línea se expresa la sentencia de 18 de mayo de 2004 (RC 5793/2001), donde, citando resoluciones anteriores de la propia Sala (autos de 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y sentencia de 14 de enero de 1997, entre otros), se pone de manifiesto que la jurisprudencia hace una aplicación matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, que se utiliza sólo en determinados supuestos, citándose específicamente los casos en que concurra una nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, se trate de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, exista una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, o un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz; y, por el contrario, la doctrina de la apariencia de buen derecho no debe servir de fundamento para la adopción de la medida cautelar en los casos en que se predique la nulidad del acto impugnado en virtud de causas que han de ser objeto de valoración y decisión por primera vez, pues con ello 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.

En el mismo sentido, señalaba ya la STS 7 de abril de 2004 (Rec. Cas. 1678/2002) que "... la finalidad legítima del recurso, cuya protección constituye, ciertamente, el presupuesto para la adopción de medidas cautelares, no es sólo, en un caso como el de autos, que al final del proceso, incluida su fase de ejecución, se restablezca la legalidad urbanística, sino, más bien, que ésta no sea groseramente menoscabada durante la pendencia de aquél. En este sentido, no debe descartarse que la interpretación del concepto jurídico indeterminado "finalidad legítima del recurso" conduzca a incluir en él, no sólo la preservación del efecto útil de la sentencia futura, sino, también, la de evitar que quien aparentemente está revestido de toda razón tenga que esperar a la decisión final del proceso para "disfrutar" de la posición o situación jurídica que, con fuerte presunción, parece corresponderle. A favor de esta ampliación de aquel concepto juegan numerosas razones: desde la idea de que la institución cautelar opera en otras ramas de nuestro ordenamiento jurídico (así, por ejemplo, en sede del juicio ejecutivo) para tutelar provisionalmente situaciones dotadas de una fuerte presunción de certeza; hasta algunas decisiones de la jurisprudencia comunitaria en las que, en presencia de una "fuerte presunción" o "manifiesta fundamentación" de ilegalidad de la actividad frente a la que se solicita la medida cautelar, se concede ésta analizando sólo el aspecto del "fumus boni iuris", sin entrar en el examen de la existencia o no de un perjuicio grave e irreparable; pasando, en fin, por principios tales como el de la proscripción del abuso del derecho o el de que el tener que recurrir al proceso para obtener reconocimiento de los derechos no debe perjudicar a quien tiene razón. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva parece demandar, también, que el "perjuicio" inherente al tiempo necesario para finalizar el proceso no recaiga en quien, con fuerte apariencia, tiene toda la razón.

Es por ello, en tercer término, que no cabe interpretar el nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares surgido en la Ley 29/1998 como de proscripción, radical, absoluta, del criterio de la apariencia de buen derecho. Este criterio del "fumus boni iuris", aun siendo enormemente controvertido, no parece que pueda ser totalmente desatendido al decidir sobre la adopción de medidas cautelares. Bien para evitar que a través de demandas de todo punto infundadas se perturbe el interés público o los derechos de terceros; bien, como hemos dicho antes, para evitar que la necesidad de acudir al proceso corra en perjuicio de quien aparentemente tiene toda la razón; bien, en fin, para decantarse por la decisión en los casos extremos en que tanto la no adopción como la adopción de la cautela pueda determinar una situación gravemente perjudicial o irreversible".

En este caso, la aplicación del repetido criterio se presenta como necesaria teniendo en cuenta que esta misma Sala y Sección, en numerosas Sentencias [entre las más recientes, pueden citarse las de 28 de mayo de 2015 (Rec.

1089/2014), 10 de junio de 2015 (Rec. 1091/2014), 29 de septiembre de 2017 (Rec. 1470/2016), 8 de noviembre de 2017 (40/2017), 11 de diciembre de 2017 (Rec. 918/2017), 18 de diciembre de 2017 (Rec. 1457/2017) y 26 de enero de 2018 (Rec. 41/2017)] ha estimado recursos contencioso-administrativos contra idénticas resoluciones que aquéllas a las que viene referida la presente solicitud de tutela cautelar, habiendo acogido en las citadas Sentencias pretensiones basadas en argumentos sustancialmente idénticos a los esgrimidos por el recurrente en apoyo de la pretensión que ahora se resuelve, configurándose así por esta Sala un criterio reiterado y uniforme que a la misma Administración ahora demandada le es de sobra conocido.

Con aplicación, pues, del requisito de la apariencia de buen derecho en el sentido al que se ha hecho referencia, debe acogerse entonces la primera de las pretensiones ejercitadas en la solicitud de tutela cautelar suspendiendo la ejecutividad de las resoluciones recurridas, en la medida en que las mismas impiden al recurrente su desde la Ciudad Autónoma de Melilla al territorio peninsular, en la ciudad de Almería. Y todo ello apoyado, además de en lo ya expuesto, en lo razonado y resuelto por el Tribunal Supremo en un asunto en el que con idéntica aplicación del requisito del *fumus boni iuris* que ahora hacemos, dejó dicho lo siguiente [STS de 12 de febrero de 2018 (Rec. Cas. 103/2017)]:

“Efectivamente, en el ámbito del sistema cautelar se ha producido la aportación jurisprudencial -doctrina de la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris)- a la que se refiere la recurrente y que, pese a sus modulaciones, permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.

(...) la citada 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 o ante 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)...”.

A lo expuesto, añadimos ahora que ante otro supuesto de hecho análogo al que ahora nos ocupa, aunque resolviendo el fondo de la cuestión litigiosa, y referido también al acceso desde Ceuta a la península por extranjeros que han obtenido la admisión de

solicitudes de asilo o protección internacional, decíamos en nuestra sentencia de 26 de enero de 2018 (P.O. 41/2017) lo siguiente:

“TERCERO.- A los hechos expuestos les resultan de aplicación la doctrina contenida en la sentencia citada, donde decíamos lo siguiente:

“QUINTO.- Una vez delimitado con precisión el objeto del presente recurso estamos en condiciones de afirmar que no es la primera vez que esta Sala ha examinado y resuelto pretensiones idénticas a la que aquí se sustancia. En Sentencias de 11 de mayo de 2015 (Rec. 1088/2014), 28 de mayo de 2015 (Rec. 1089/2014) y 10 de junio de 2015 (Rec. 1091/2014) ya se examinaron las mismas cuestiones aquí debatidas y el resultado, como se comprueba, fue el de la estimación de los respectivos recursos. Una decisión que, examinado detenidamente lo actuado en vía administrativa y en estos autos, también se pronunciará, según pasamos a razonar.

El artículo 25 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social, dispone en su artículo 25. 3, referido a los requisitos para la entrada en territorio nacional, que lo dispuesto en sus dos primeros apartados no será de aplicación a los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España, cuya concesión se regirá por lo dispuesto en la normativa específica.

El artículo 4 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, define el derecho a la protección subsidiaria como el "dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10 de esta Ley y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren, acogerse a la protección del país de que se trate, siempre que no concurra alguno de los supuestos mencionados en los artículos 11 y 12 de esta Ley".

Los artículos 17, 18 y 19 de la repetida Ley 12/2009 regulan el procedimiento de solicitud de asilo en los siguientes términos:

Artículo 17. Presentación de la solicitud.

1. El procedimiento se inicia con la presentación de la solicitud, que deberá efectuarse mediante comparecencia personal de los interesados que soliciten protección en los lugares que reglamentariamente se establezcan, o en caso de imposibilidad física o legal, mediante persona que lo represente. En este último caso, el solicitante deberá ratificar la petición una vez desaparezca el impedimento.

2. La comparecencia deberá realizarse sin demora y en todo caso en el plazo máximo de un mes desde la entrada en el territorio español o, en todo caso, desde que se produzcan los acontecimientos que justifiquen el temor fundado de persecución o daños graves. A estos efectos, la entrada ilegal en territorio español no podrá ser sancionada cuando haya sido realizada por persona que reúna los requisitos para ser beneficiaria de la protección internacional prevista en esta Ley.

3. En el momento de efectuar la solicitud, la persona extranjera será informada, en una lengua que pueda comprender, acerca de:

- a) el procedimiento que debe seguirse;
- b) sus derechos y obligaciones durante la tramitación, en especial en materia de plazos y medios de que dispone para cumplir éstas;
- c) la posibilidad de contactar con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y con las Organizaciones no Gubernamentales legalmente reconocidas entre cuyos objetivos figure el asesoramiento y ayuda a las personas necesitadas de protección internacional;
- d) las posibles consecuencias del incumplimiento de sus obligaciones o de su falta de colaboración con las autoridades; y
- e) los derechos y prestaciones sociales a los que tiene acceso en su condición de solicitante de protección internacional.

4. La solicitud se formalizará mediante entrevista personal que se realizará siempre individualmente. De forma excepcional, podrá requerirse la presencia de otros miembros de la familia de los solicitantes, si ello se considerase imprescindible para la adecuada formalización de la solicitud.

5. La Administración adoptará las medidas necesarias para que, cuando sea preciso, en la entrevista se preste un tratamiento diferenciado por razón del sexo de la persona solicitante o demás circunstancias previstas en el artículo 46 de esta Ley. De este trámite se dejará debida constancia en el expediente administrativo.

6. Las personas encargadas de efectuar la entrevista informarán a los solicitantes sobre cómo efectuar la solicitud, y les ayudarán a cumplimentarla, facilitándoles la información básica en relación con aquella. Asimismo, colaborarán con los interesados para establecer los hechos relevantes de su solicitud.

7. Cuando razones de seguridad lo aconsejen, se podrá registrar a la persona solicitante y sus pertenencias, siempre y cuando se garantice el pleno respeto a su dignidad e integridad.

8. En los términos que se establezcan reglamentariamente, se planteará la posibilidad de una nueva audiencia personal sobre su solicitud de asilo. La ponderación sobre la necesidad o no de efectuar nuevas entrevistas será motivada”.

Artículo 18. Derechos y obligaciones de los solicitantes.

“1. El solicitante de asilo, presentada la solicitud, tiene en los términos recogidos en la presente Ley, en los artículos 16, 17, 19, 33 y 34, los siguientes derechos:

- a) a ser documentado como solicitante de protección internacional;*
- b) a asistencia jurídica gratuita e intérprete;*
- c) a que se comunique su solicitud al ACNUR;*
- d) a la suspensión de cualquier proceso de devolución, expulsión o extradición que pudiera afectar al solicitante;*
- e) a conocer el contenido del expediente en cualquier momento;*
- f) a la atención sanitaria en las condiciones expuestas;*
- g) a recibir prestaciones sociales específicas en los términos que se recogen en esta Ley.*

2. Serán obligaciones de los solicitantes de protección internacional las siguientes:

- a) cooperar con las autoridades españolas en el procedimiento para la concesión de protección internacional;*
- b) presentar, lo antes posible, todos aquellos elementos que, junto a su propia declaración, contribuyan a fundamentar su solicitud. Entre otros, podrán presentar la documentación de que dispongan sobre su edad, pasado -incluido el de parientes relacionados-, identidad, nacionalidad o nacionalidades, lugares de anterior residencia, solicitudes de protección internacional previas, itinerarios de viaje, documentos de viaje y motivos por los que solicita la protección;*
- c) proporcionar sus impresiones dactilares, permitir ser fotografiados y, en su caso, consentir que sean grabadas sus declaraciones, siempre que hayan sido previamente informados sobre este último extremo;*
- d) informar sobre su domicilio en España y cualquier cambio que se produzca en él;*
- e) informar, asimismo, a la autoridad competente o comparecer ante ella, cuando así se les requiera con relación a cualquier circunstancia de su solicitud”.*

Artículo 19. Efectos de la presentación de la solicitud.

“1. Solicitada la protección, la persona extranjera no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud o ésta no sea admitida. No obstante, por motivos de salud o seguridad públicas, la autoridad competente podrá adoptar medidas cautelares en aplicación de la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración.

2. Asimismo, la solicitud de protección suspenderá, hasta la decisión definitiva, la ejecución del fallo de cualquier proceso de extradición de la persona interesada que se halle pendiente. A tal fin, la solicitud será comunicada inmediatamente al órgano judicial o al órgano gubernativo ante el que en ese momento tuviera lugar el correspondiente proceso.

3. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, podrá entregarse o extraditarse a una persona solicitante, según proceda, a otro Estado miembro de la Unión Europea en virtud de las obligaciones dimanantes de una orden europea de detención y entrega, o a un país tercero ante órganos judiciales penales internacionales.

4. Las personas solicitantes de asilo tienen derecho a entrevistarse con un abogado en las dependencias de los puestos fronterizos y centros de internamiento de extranjeros. Reglamentariamente, y sin perjuicio de las normas de funcionamiento establecidas para las citadas dependencias y centros, podrán establecerse condiciones para el ejercicio de este derecho derivadas de razones de seguridad, orden público o de su gestión administrativa.

5. La solicitud de protección dará lugar al inicio del cómputo de los plazos previstos para su tramitación.

6. La resolución que admita a trámite una solicitud de asilo determinará el procedimiento correspondiente.

7. En caso de que la tramitación de una solicitud pudiese exceder de seis meses, ampliables de acuerdo con lo previsto en el artículo 49 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para su resolución y notificación, se informará a la persona interesada del motivo de la demora".

El artículo 36.1,h) de la Ley 12/2009, dispone que

"La concesión del derecho de asilo o de la protección subsidiaria implicará el reconocimiento de los derechos establecidos en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración, así como en la normativa de la Unión Europea, y, en todo caso: h) la libertad de circulación".

El artículo 5 de la Ley Orgánica 4/2000, reconoce al extranjero que esté en situación regular en España su derecho a circular libremente por el territorio español.

El Acta final, apartado III de la Adhesión de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (BOE núm. 81, de 5 de abril de 1994) recoge textualmente lo siguiente en relación con la cuestión que aquí nos ocupa:

"e) En aplicación de su legislación nacional y con el fin de verificar si los pasajeros siguen cumpliendo las condiciones enumeradas en el artículo 5 del Convenio de 1990, en virtud de los cuales fueron autorizados a entrar en territorio nacional en el momento del control de pasaportes en la frontera

exterior, España mantendrá controles (controles de identidad y de documentos) en las conexiones marítimas y aéreas provenientes de Ceuta y Melilla que tengan como único destino otro punto del territorio español. A este mismo fin, España mantendrá controles sobre los vuelos interiores y sobre las conexiones regulares por transbordador que salgan de las ciudades de Ceuta y Melilla con destino a otro Estado parte del Convenio".

El artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) dispone, sobre las Condiciones de entrada de los nacionales de terceros países, que

"1. Para estancias previstas en el territorio de los Estados miembros de una duración que no exceda de 90 días dentro de cualquier período de 180 días, lo que implica tener en cuenta el período de 180 días que precede a cada día de estancia, las condiciones de entrada para los nacionales de terceros países serán las siguientes:

a) Estar en posesión de un documento de viaje válido que otorgue a su titular el derecho a cruzar la frontera y que cumpla los siguientes criterios:

i) Seguirá siendo válido como mínimo tres meses después de la fecha prevista de partida del territorio de los Estados miembros. En casos de emergencia justificados, esta obligación podrá suprimirse,

ii) deberá haberse expedido dentro de los diez años anteriores;

b) Estar en posesión de un visado válido, cuando así lo exija el Reglamento (CE) n.º 539/2001 del Consejo (25), salvo que sean titulares de un permiso de residencia válido o de un visado de larga duración válido;

c) Estar en posesión de documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista y disponer de medios de subsistencia suficientes, tanto para el período de estancia previsto como para el regreso al país de origen o el tránsito hacia un tercer país en el que su admisión esté garantizada, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios;

d) No estar inscrito como no admisible en el SIS;

e) No suponer una amenaza para el orden público, la seguridad interior, la salud pública o las relaciones internacionales de ninguno de los Estados miembros ni, en particular, estar inscrito como no admisible en las bases de datos nacionales de ningún Estado miembro por iguales motivos.

2. A efectos de la aplicación del apartado 1, la fecha de entrada se considerará como primer día de estancia en el territorio de los Estados miembros, y la fecha de salida como último día de estancia en el territorio de los Estados miembros. No se tendrán en cuenta para el cálculo de la duración de la estancia en el territorio de los Estados miembros los períodos de estancia

autorizados por medio de un visado nacional de larga duración o de un permiso de residencia.

3. En el anexo I figura una lista no exhaustiva de documentos justificativos que la guardia de fronteras podrá pedir a los nacionales de terceros países para comprobar el cumplimiento de las condiciones contempladas en el apartado 1, letra c).

4. El criterio para calcular los medios de subsistencia estará en función de la duración y del motivo de la estancia y se usarán como referencia los precios medios en el Estado o Estados miembros de que se trate del alojamiento y de la alimentación, en hospedaje económico multiplicado por el número de días de estancia.

Los importes de referencia fijados por los Estados miembros se notificarán a la Comisión de conformidad con el artículo 39.

La comprobación de los medios de subsistencia suficientes podrá basarse en el dinero efectivo, los cheques de viaje y las tarjetas de crédito que obren en poder del nacional de un tercer país. Las declaraciones de invitación, cuando las prevea el Derecho interno, y las declaraciones de toma a cargo definidas por el Derecho interno, en caso de que el nacional de un tercer país se aloje en el domicilio de una persona de acogida, también podrán constituir prueba de medios adecuados de subsistencia.

5. No obstante lo dispuesto en el apartado 1:

a) Podrá autorizarse la entrada al territorio de los demás Estados miembros a aquellos nacionales de terceros países que no cumplan las condiciones establecidas en el apartado 1, pero que sean titulares de un permiso de residencia o de un visado de larga duración, al objeto de que puedan llegar al territorio del Estado miembro que haya expedido el permiso de residencia o el visado de larga duración, a no ser que figuren en la lista nacional de personas no admisibles del Estado miembro en cuyas fronteras exteriores se presenten y que la descripción que les afecte esté acompañada de medidas que se opongan a la entrada o al tránsito;

b) Podrá autorizarse la entrada al territorio de los Estados miembros a aquellos nacionales de terceros países que se presenten en la frontera y cumplan las condiciones establecidas en el apartado 1, excepto la de la letra b), si se les puede expedir un visado en la frontera en virtud de los artículos 35 y 36 del Reglamento (CE) n.º 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo (26).

Los Estados miembros elaborarán estadísticas sobre los visados expedidos en la frontera con arreglo al artículo 46 del Reglamento (CE) n.º 810/2009 y a su anexo XII.

En caso de que no fuera posible colocar el visado en el documento, se adherirá la etiqueta, con carácter excepcional, en una hoja suelta que se incorporará al documento. En tal caso, se utilizará obligatoriamente el modelo

uniforme de impreso para la colocación del visado establecido por el Reglamento (CE) nº 333/2002 del Consejo (27);

c) Por motivos humanitarios, de interés nacional o por obligaciones internacionales, todo Estado miembro podrá autorizar la entrada en su territorio a nacionales de terceros países que no cumplan alguna de las condiciones establecidas en el apartado 1. En tales casos, cuando un nacional de un tercer país esté inscrito como no admisible con arreglo al apartado 1, letra d), el Estado miembro que le autorice la entrada en su territorio informará de ello a los demás Estados miembros”.

Asimismo, sobre la base de que cuando el demandante solicitó poder trasladarse al territorio peninsular ya había instado la protección internacional y su solicitud se había admitido a trámite, habiendo sido, por ello, documentado con el de solicitante de protección internacional en trámite, añadíamos lo siguiente:

“Dado que el primer derecho de aquél a quien se le admite tal solicitud es que se le documente como solicitante de protección internacional [artículo 18.1.a)], el efecto directo de esa admisión a trámite es que dicha persona no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva su solicitud (art.19.1), quedando el interesado obligado a comunicar su cambio de domicilio [18.2.d)], lo que implica que está facultado para realizar dicho cambio. De igual modo, la admisión a trámite lleva consigo la apertura del procedimiento correspondiente, según se deriva del artículo 19.6, siempre de la Ley 12/2009.

En este caso, a tenor de los citados preceptos legales, el recurrente, en cuanto que se encuentra en la Ciudad Autónoma de Ceuta -territorio español, por tanto- y documentado como solicitante de asilo en tramitación, se encontraba, en la fecha a la que se contraen estos autos, una situación regular en España, aunque, cierto es también, transitoriamente como así lo demuestra el hecho de que el documento que le acredita como solicitante de asilo tenga un plazo de caducidad. No obstante, tal situación de regularidad en territorio español permitía su traslado dentro del mismo (y, por tanto, desde Ceuta a la Península) si bien sometido a la obligación de comunicar el cambio de domicilio que pretenda, lo que, sin embargo, no es exigible a quien ya ostenta la condición de titular del derecho de asilo instado.

El acto denegatorio y el que lo confirma en alzada, impugnados en este proceso, mantienen que, de acuerdo con los términos arriba expuestos de la Adhesión de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, el órgano competente, en este caso la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, (Orden INT/28/2013, de 18 de enero y artículo 4.2 del Real Decreto 557/2011) está normativamente habilitado para impedir que el recurrente, cuya solicitud de asilo ha sido admitida en la ciudad de Ceuta, pueda desplazarse a la Península, pues no cumpliría, se dice, para dicho cruce ninguno de los requisitos, tanto de índole documental como material, exigidos por el citado artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016.

Sin embargo, el control que pueden y deben realizar las autoridades competentes en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, conforme a lo dispuesto en el Acta Final del repetido Acuerdo de Adhesión de España al Convenio de Schengen, a fin de comprobar el cumplimiento de las condiciones previstas en el repetido artículo 6 del Reglamento Comunitario, se refiere a controles de identidad y documentos en las conexiones marítimas y aéreas que tengan como único destino otro punto del territorio español; lo que implica que no exista impedimento alguno para el ahora recurrente dado que, cuando puso de manifiesto su intención de cambiar de domicilio, trasladándose a la Península, estaba debidamente documentado.

Por otra parte, aunque con igual relevancia que lo anterior, entiende la Sala que no resulta aplicable en este caso lo dispuesto en el artículo 4.2 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, invocado en la Resolución denegatoria confirmada luego en alzada. Y no lo es porque, repasando su tenor literal (“La Comisaría General de Extranjería y Fronteras podrá autorizar la entrada en España de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en el apartado anterior cuando existan razones excepcionales...”), es claro que el supuesto de hecho exigible para su aplicación no se da en este caso ya que, aun de modo transitorio hasta la decisión sobre su solicitud de asilo, el recurrente estaba ya en territorio español (Ceuta indiscutiblemente lo es). Difícilmente puede, pues, aceptarse que tuviera en este caso la Comisaría General citada facultades para autorizar, o denegar, la entrada del actor en España por los motivos expuestos en el repetido artículo reglamentario, si no es a través de un inasumible argumento en el que el término “España” -contenido en el precepto normativo en cuestión- se identifique con el de “territorio peninsular”; restricción que la Sala rechaza de plano, por lo expuesto.

En consecuencia, vistas las pretensiones ejercitadas en la demanda, el presente recurso habrá de ser íntegramente estimado en los términos solicitados en el escrito rector, anulándose las resoluciones impugnadas por no existir impedimento alguno para que el actor, conforme a la situación que mantenía en la fecha en que formuló la solicitud, pudiera trasladarse al territorio español peninsular”.

Consecuentemente, aplicando la doctrina expuesta al caso que ahora nos ocupa, procede la estimación del presente recurso contencioso-administrativo”.

Hemos sostenido este último criterio también en nuestras sentencias de 11 de mayo de 2015 (P.O. 1088/14), 28 de mayo de 2015 (P.O. 1089/14), 10 de junio de 2015 (P.O. 1091/14), 29 de septiembre de 2017 (P.O. 1470/16) y 26 de enero de 2018 (P.O. 41/17), entre otras.

Por los razonamientos jurídicos expuestos, hemos de concluir que concurren los requisitos necesarios para el otorgamiento de la medida cautelar solicitada, concretamente *periculum in mora*, sin que se aprecie una grave perturbación para los intereses generales o de tercero por su adopción, y que la parte demandante goza de apariencia de buen derecho en su pretensión, todo lo cual justifica la concesión de la medida cautelar.

TERCERO.- Por último, ha de precisarse que si bien es cierto que nuestra jurisprudencia se ha pronunciado en ocasiones en contra de acceder a la suspensión de actos negativos, tales como denegaciones del reconocimiento de derechos, por suponer la satisfacción de la pretensión principal, no lo es menos que en el presente supuesto el objeto del recurso contencioso-administrativo no es propiamente un acto administrativo negativo, sino una actuación que incorpora una inscripción en la documentación suministrada al recurrente, mediante la cual se le impide el acceso a la península, limitándose su derecho a la libre circulación y residencia en el territorio español. De modo que tal doctrina no resulta aplicable al presente caso.

Por todo lo expuesto, procede la concesión de la medida cautelar solicitada, autorizándose el traslado del recurrente al territorio peninsular y su residencia en el mismo durante la sustanciación de este recurso, señalándose que esta misma resolución ha sido adoptada en otros supuestos análogos al presente (por todos, autos de 27 de junio de 2018, recursos 196/2018 y 276/2018).

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, procede imponer las costas causadas en este incidente a la Administración demandada.

No obstante, a tenor del apartado tercero de dicho artículo 139 la imposición de las costas podrá ser *"a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima"* y la Sala considera procedente, atendida la índole del litigio y la concreta actividad desplegada por las partes, limitar la cantidad que, por los conceptos de honorarios de Abogado y derechos de Procurador, ha de satisfacer a la parte contraria la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima total de cien euros (100 €), más la cantidad que en concepto de IVA corresponda a la cuantía reclamada.

En atención a lo expuesto

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

Conceder la medida cautelar solicitada por doña Neddy Bereche Ladines, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de don [REDACTED] autorizándose el traslado del recurrente al territorio peninsular y su residencia en el mismo durante la sustanciación de este recurso.

Se condena al pago de las costas causadas en el presente incidente a la Administración demandada con la limitación que respecto de su cuantía se ha realizado en el último razonamiento jurídico.

Notifíquese la presente resolución a las partes y remítase testimonio de la presente resolución a la Administración demandada, DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA, para que lleve a efecto lo acordado

El presente auto es susceptible de recurso de casación, previo recurso de reposición a interponer ante esta Sala en el plazo de cinco días, contados desde el siguiente al de su notificación, **previa constitución del depósito** previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de

no admitir a trámite dicho recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2414-0000-91-0276-18 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” 20 Contencioso-Reposición/Súplica (25 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2414-0000-91-0276-18 en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos/as. Sres/as. anotados en el encabezamiento de la presente resolución. Doy fe.

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial previstas en el artículo 560.1.10 de la LOPJ.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Primera

C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

33016340

NIG: 28.079.00.3-2018/0010649

Pieza de Medidas Cautelares 617/2018 - 0001 (Procedimiento Ordinario)

De: [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. PATRICIA LEON GRANDE

Contra: DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

A U T O N°

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D./Dña. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO

ILMOS/ILMAS. SRES/SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D./Dña. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS

D./Dña. MARÍA DOLORES GALINDO GIL

En Madrid, a veintitrés de octubre de dos mil dieciocho.

Resultando los siguientes

HECHOS

PRIMERO.- En fecha 7 de mayo de 2.018 tuvo entrada en esta Sección recurso promovido por don [REDACTED] contra la desestimación por silencio del recurso de alzada interpuesto contra “el acto administrativo por el que se adiciona la inscripción válido solo en Ceuta en el documento que acredita su condición de solicitante de protección internacional”.

SEGUNDO.- En fecha 3 de octubre de 2018 se instó como medida cautelar urgente que se autorizara de forma expresa su traslado de Ceuta a territorio peninsular y se permitiera su residencia en dicho territorio durante la sustanciación del recurso.

TERCERO.- Dicha solicitud fue desestimada por Auto de 3 de octubre de 2018 abriéndose la presente pieza de medidas cautelares en la que se ha dado traslado a la demandada que se opuso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La presente pieza separada de medidas cautelares tiene por objeto resolver la pretensión de tutela cautelar ejercitada por la parte demandante al amparo de lo previsto en los artículos 129 y siguientes de la Ley Jurisdiccional.

El recurrente ha solicitado la suspensión de la ejecutividad de la desestimación por silencio del recurso de alzada interpuesto contra el acuerdo de 9 de octubre de 2017, del Jefe Superior de Policía de Ceuta por el que en la documentación que le fue entregada en su condición de solicitante de Protección Internacional se le hizo constar la inscripción “válido solo en Ceuta”.

SEGUNDO.- De acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en STS de 22 de julio de 2002 (Rec. Cas. 3507/1998), transcrita en el ATS de 16 de julio de 2004 (R.C.A. 46/2004) y reiterada en el de 18 de julio de 2006 (R.C.A. 18/2006), la razón de ser de la justicia cautelar en el proceso en general se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme pueda dar lugar a 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 señala el artículo 129 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 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.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en SSTC 22/84, 66/84, 238/92, 148/93, entre otras muchas) ha declarado que el principio de autotutela administrativa, que no es incompatible con el artículo 24.1 CE, engarza con el principio de eficacia previsto en el artículo 103.1 CE y se satisface facilitando que la ejecución se someta a la decisión de un Tribunal y éste resuelva sobre la suspensión. Sobre esta base, la STC 218/1994 dejó dicho 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 artículo 106.1 CE.

TERCERO.- La decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares debe ser adoptada mediante la adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso,

según la justificación que se ofrezca en el momento de solicitarla, en relación con los distintos criterios que según la Ley Jurisdiccional han de contemplarse, y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional.

Así, en relación con los criterios a considerar a la hora de resolver sobre la adopción o denegación de una medida cautelar, el ATS de 18 de julio de 2006, entre otros muchos, recuerda que han de ponderarse conjuntamente los siguientes:

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. 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 su adopción no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso.

c) El *periculum in mora*, 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.

d) La ponderación de los intereses concurrentes como criterio complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso. 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 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 de 3 de junio de 1997, entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*); un criterio que, no recogido expresamente en la Ley Jurisdiccional aunque sí en el artículo 728 LEC, permite realizar una valoración de los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar, con carácter provisional y en los casos delimitados por la jurisprudencia (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, 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), dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva.

CUARTO.- En este caso, examinada detenidamente la pretensión de tutela cautelar formulada por la parte actora, la misma tendrá que ser acogida por las razones que se pasa a exponer.

En este caso, el recurrente formuló el 21 de diciembre de 2017 una solicitud de protección internacional en el puesto fronterizo de Ceuta, habiendo sido admitida a trámite dicha solicitud en fecha 23 de enero de 2018, por lo que está documentado por las autoridades españolas en este sentido.

Con tal base, solicita se le reconozca la posibilidad de trasladarse desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular y ello sin perjuicio del resultado final del expediente de solicitud de protección internacional. La negación, pues, al actor de la posibilidad de trasladar su domicilio desde una parte a otra del territorio nacional podría afectar al derecho que, aunque de modo transitorio y no definitivo, apareja la admisión a trámite de la solicitud formulada; una afectación que, al concernir a su situación personal por la limitación de un derecho, podría dar lugar a la producción de perjuicios difícilmente reversibles en el caso de dictarse eventualmente una sentencia estimatoria en los autos de los que dimana esta pieza de medidas cautelares.

Procede, pues, considerar concurrente el requisito del *periculum in mora* sobre el que se construye esencialmente el actual sistema de medidas cautelares que contempla la Ley Jurisdiccional de 1998.

Junto a lo anterior, la necesidad de conjurar la posible pérdida de la finalidad legítima del recurso con la medida cautelar que se ha solicitado por el demandante queda, si cabe, más reforzada contemplando la concurrencia, también, del complementario *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho.

En relación con el mencionado requisito, será útil recordar lo que el Tribunal Supremo razonaba ya respecto al mismo, entre otras muchas, en Sentencia de 6 de julio de 2009 (Rec. Cas. 658/2008):

“Es cierto que, como hemos declarado en repetidas ocasiones -sentencias de esta Sala de 14 de abril de 2003 (RC 5020/1999) y 17 de marzo de 2008 (RC 1021/2006), donde se citan otras anteriores de 27 de julio de 1996, 26 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 y 22 de febrero de 2003-, 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), si bien resulta aplicable en aquellos supuestos en que se solicita la nulidad del acto administrativo dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente. En la misma línea se expresa la sentencia de 18 de mayo de 2004 (RC 5793/2001), donde, citando resoluciones anteriores de la propia Sala (autos de 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y sentencia de 14 de enero de 1997, entre otros), se pone de manifiesto que la jurisprudencia hace una aplicación matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, que se utiliza sólo en determinados supuestos, citándose específicamente los casos en que concurra una nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, se trate de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, exista una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, o un criterio reiterado de la jurisprudencia

frente al que la Administración opone una resistencia contumaz; y, por el contrario, la doctrina de la apariencia de buen derecho no debe servir de fundamento para la adopción de la medida cautelar en los casos en que se predique la nulidad del acto impugnado en virtud de causas que han de ser objeto de valoración y decisión por primera vez, pues con ello 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.

En el mismo sentido, señalaba ya la STS 7 de abril de 2004 (Rec. Cas. 1678/2002) que “... la finalidad legítima del recurso, cuya protección constituye, ciertamente, el presupuesto para la adopción de medidas cautelares, no es sólo, en un caso como el de autos, que al final del proceso, incluida su fase de ejecución, se restablezca la legalidad urbanística, sino, más bien, que ésta no sea groseramente menoscabada durante la pendencia de aquél. En este sentido, no debe descartarse que la interpretación del concepto jurídico indeterminado “finalidad legítima del recurso” conduzca a incluir en él, no sólo la preservación del efecto útil de la sentencia futura, sino, también, la de evitar que quien aparentemente está revestido de toda razón tenga que esperar a la decisión final del proceso para “disfrutar” de la posición o situación jurídica que, con fuerte presunción, parece corresponderle. A favor de esta ampliación de aquel concepto juegan numerosas razones: desde la idea de que la institución cautelar opera en otras ramas de nuestro ordenamiento jurídico (así, por ejemplo, en sede del juicio ejecutivo) para tutelar provisionalmente situaciones dotadas de una fuerte presunción de certeza; hasta algunas decisiones de la jurisprudencia comunitaria en las que, en presencia de una “fuerte presunción” o “manifiesta fundamentación” de ilegalidad de la actividad frente a la que se solicita la medida cautelar, se concede ésta analizando sólo el aspecto del “fumus boni iuris”, sin entrar en el examen de la existencia o no de un perjuicio grave e irreparable; pasando, en fin, por principios tales como el de la proscripción del abuso del derecho o el de que el tener que recurrir al proceso para obtener reconocimiento de los derechos no debe perjudicar a quien tiene razón. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva parece demandar, también, que el “perjuicio” inherente al tiempo necesario para finalizar el proceso no recaiga en quien, con fuerte apariencia, tiene toda la razón.

Es por ello, en tercer término, que no cabe interpretar el nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares surgido en la Ley 29/1998 como de proscripción, radical, absoluta, del criterio de la apariencia de buen derecho. Este criterio del “fumus boni iuris”, aun siendo enormemente controvertido, no parece que pueda ser totalmente desatendido al decidir sobre la adopción de medidas cautelares. Bien para evitar que a través de demandas de todo punto infundadas se perturbe el interés público o los derechos de terceros; bien, como hemos dicho antes, para evitar que la necesidad de acudir al proceso corra en perjuicio de quien aparentemente tiene toda la razón; bien, en fin, para decantarse por la decisión en los casos extremos en que tanto la no adopción como la adopción de la cautela pueda determinar una situación gravemente perjudicial o irreversible”.

En este caso, la aplicación del repetido criterio se presenta como necesaria teniendo en cuenta que esta misma Sala y Sección, en numerosas Sentencias [entre las más recientes, pueden citarse las de 28 de mayo de 2015 (Rec. 1089/2014), 10 de junio de 2015 (Rec. 1091/2014), 29 de septiembre de 2017 (Rec. 1470/2016), 8 de noviembre de 2017 (40/2017), 11 de diciembre de 2017 (Rec. 918/2017), 18 de diciembre de 2017 (Rec. 1457/2017) y 26

de enero de 2018 (Rec. 41/2017)] ha estimado recursos contencioso-administrativos contra idénticas resoluciones que aquéllas a las que viene referida la presente solicitud de tutela cautelar, habiendo acogido en las citadas Sentencias pretensiones basadas en argumentos sustancialmente idénticos a los esgrimidos por el recurrente en apoyo de la pretensión que ahora se resuelve, configurándose así por esta Sala un criterio reiterado y uniforme que a la misma Administración ahora demandada le es de sobra conocido.

Con aplicación, pues, del requisito de la apariencia de buen derecho en el sentido al que se ha hecho referencia, debe acogerse entonces la primera de las pretensiones ejercitadas en la solicitud de tutela cautelar suspendiendo la ejecutividad de las resoluciones recurridas, en la medida en que las mismas impiden al recurrente su desde la Ciudad Autónoma de Melilla al territorio peninsular, en la ciudad de Almería. Y todo ello apoyado, además de en lo ya expuesto, en lo razonado y resuelto por el Tribunal Supremo en un asunto en el que con idéntica aplicación del requisito del *fumus boni iuris* que ahora hacemos, dejó dicho lo siguiente [STS de 12 de febrero de 2018 (Rec. Cas. 103/2017)]:

“Efectivamente, en el ámbito del sistema cautelar se ha producido la aportación jurisprudencial -doctrina de la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris)- a la que se refiere la recurrente y que, pese a sus modulaciones, permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.

(...) la citada 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 o ante 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)...”.

QUINTO.- Establece el art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción que en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En el caso de autos procede la condena en costas de la Administración que ha visto desestimada su pretensión y lo será en cuantía de cien euros (100 €) a la vista del contenido del escrito de oposición.

PARTE DISPOSITIVA

1.- Se acuerda la medida cautelar solicitada, consistente en que se suspenda la decisión de no permitir el traslado del demandante desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular.

2.- Se condena en costas a la Administración en cuantía de cien euros (100 €).

Notifíquese la presente resolución a las partes y remítase testimonio de la presente resolución a la Administración demandada, DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA, para que lleve a efecto lo acordado.

El presente auto es susceptible de recurso de casación, previo recurso de reposición a interponer ante esta Sala en el plazo de cinco días, contados desde el siguiente al de su notificación, con constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite dicho recurso.

Así lo acuerda, mandan y firman los Ilmos. Sres. Anotados al margen, de lo que yo, El Secretario, doy fe.

NOTA: De conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, se informa que la difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Primera

C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

33016340

NIG: 28.079.00.3-2018/0010554

Pieza de Medidas Cautelares 613/2018 - 0001 (Procedimiento Ordinario)

De: D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. MARIA CONCEPCION LOPEZ GARCIA

Contra: DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

A U T O N°

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D. /Dña. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO

ILMOS/ILMAS. SRES/SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D. /Dña. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS

D. /Dña. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA

Dña. MARÍA DOLORES GALINDO GIL

En Madrid, a veintidos de enero de dos mil diecinueve.

HECHOS

PRIMERO.- Doña María Concepción López García, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de don [REDACTED], natural de Marruecos y mayor de edad, ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta del recurso de alzada presentado contra la inscripción incluida en documento que acredita la condición del recurrente de solicitante de protección internacional, que limita su validez a Ceuta, restringiendo su derecho a la libertad de circulación y de residencia al impedirle el traslado a territorio peninsular.

Asimismo, la recurrente ha solicitado como medida cautelar que se le autorice de forma expresa el traslado de Ceuta a territorio peninsular y se permita su residencia en dicho territorio durante la sustanciación del recurso, todo ello sin exigirle la prestación de caución.

SEGUNDO.- Formada la correspondiente pieza separada, y dado traslado de las actuaciones a la Abogacía del Estado para que formular las alegaciones que estimara pertinentes, presentó escrito el 9 de octubre de 2018, en el que solicita la denegación de la medida cautelar.

Es ponente el Presidente de la Sala, **Ilma. Sra. D^a. María Dolores Galindo Gil**, quien expresa el parecer de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Recordemos antes de proceder a resolver acerca de la cuestión controvertida en esta pieza separada de medidas cautelares los criterios que han de tomarse en consideración a tal efecto.

Las medidas cautelares tratan de asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso, evitando la producción de un perjuicio de imposible o difícil reparación *-periculum in mora-* o, como expresa el artículo 129 LJCA, asegurar “la efectividad de la sentencia”. El objetivo es que la sentencia estimatoria que pudiera recaer pueda llevarse a la práctica de modo útil para que lo juzgado pueda ser ejecutado, garantizando así del principio de tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la CE (ATS de 14 de junio de 2012, Rec. 344/2012), y del cual forma parte integrante la llamada “tutela cautelar”. Se trata, en definitiva, de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso.

No obstante, como subraya la STC 218/1994, la potestad jurisdiccional de suspensión cautelar en el proceso contencioso-administrativo tiene, además, otra finalidad de trascendencia constitucional. La tutela cautelar constituye 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”).

Por ello, nuestra jurisprudencia contempla la adopción de las medidas cautelares bajo el régimen de la nueva Ley Jurisdiccional, no como una medida excepcional, sino como una verdadera facultad judicial y un instrumento de tutela judicial ordinaria, por influjo directo de las exigencias que derivan de la tutela judicial efectiva (en este sentido AATS de 14 de junio de 2012, Rec. 344/2012, de 5 de febrero de 2009, Rec. 35/2008, y de 27 de marzo de 2007, Rec. 148/2005).

En consonancia con lo anterior, el artículo 129 LJCA abandona el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, que caracterizaba la regulación anterior, instaurando un sistema de “*númerus apertus*”, de medidas innominadas, entre las que se encuentran las de carácter positivo. Así, el precepto utiliza una formulación amplia, en cuya virtud los interesados pueden solicitar “cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”.

Los presupuestos legales para la adopción de una medida cautelar en el proceso contencioso-administrativo se establecen con carácter general para el supuesto de impugnación de actos administrativos o disposiciones generales en el artículo 130 LJCA, sin

perjuicio de las especialidades propias del régimen de tutela cautelar relativo a la vía de hecho y a la inactividad administrativa, que contempla el artículo 136 LJCA.

El criterio general para la adopción de medidas cautelares que se recoge en el artículo 130 LJCA se concreta en la expresión "pérdida de la finalidad legítima del recurso". Dicho concepto jurídico indeterminado gira en torno al llamado "*periculum in mora*", que el legislador ha situado como criterio decisor de la adopción de medidas cautelares, al margen de la mayor o menor incidencia que se quiera atribuir al principio "*fumus boni iuris*", y del relevante papel que ocupa la ponderación de intereses que preside todo el sistema.

La "pérdida de la finalidad legítima del recurso" puede identificarse en presencia de alguna de las siguientes circunstancias: a) la irreparabilidad o difícil reparación del daño o perjuicio que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera ocasionar, y b) la generación de una situación jurídica irreversible o de costosa o difícil reversibilidad que prive de efectividad a la sentencia favorable a la pretensión ejercitada.

Ahora bien, como contrapeso del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. De este modo, la ponderación de los intereses es el segundo de los presupuestos legales para la adopción de las medidas cautelares que debe concurrir junto con el *periculum in mora* para justificar la adopción de aquellas.

En definitiva, la Ley Jurisdiccional establece un requisito esencial para posibilitar la adopción de medidas cautelares, consistente en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder al recurso su finalidad legítima. De manera que sólo cumplido tal presupuesto podrá ser adoptada la medida cautelar, aunque podrá denegarse cuando, pese a ello, pudiera seguirse de su adopción una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, exigiendo del Juez o Tribunal una ponderación circunstanciada de los intereses en conflicto. Por tanto, en dicho juicio de ponderación de intereses se debe comparar la intensidad del interés público que representa la ejecución del acto y la entidad de los perjuicios susceptibles de ser provocados por tal ejecución, concediéndose mayor relevancia en dicha valoración comparativa al interés general o de tercero afectado por la eficacia del acto impugnado.

Además se produce una interrelación entre el *periculum in mora* y la ponderación de intereses que condiciona el juicio cautelar, pues, tal y como afirma la jurisprudencia, cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; mientras que, por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto(en este sentido SSTs de 5 de julio de 2012, Rec. 2704/2011 y 4873/2010, de 29 de noviembre de 2012, Rec. 5487/2011, y de 26 de septiembre de 2011, Rec. 6198/2010, y ATS de 8 de mayo de 2012, Rec. 313/2012).

Por último, junto al *periculum in mora*, tradicional elemento definidor de la decisión cautelar, se ha abierto camino en los últimos tiempos, doctrinal y jurisprudencialmente, como criterio para la adopción de medidas cautelares, el "*fumus boni iuris*", que se incorpora al proceso contencioso-administrativo de la mano de la jurisprudencia y procedente del Derecho comunitario.

Constituye un criterio de contornos aún no plenamente definidos y de aplicación ciertamente residual y muy limitada, que junto con aquel otro ha justificado el otorgamiento de la tutela cautelar en ocasiones.

La aplicación de la doctrina del "*fumus boni iuris*" nos sitúa ante el juicio de probabilidad o de verosimilitud de la existencia del derecho, y se vincula a la existencia de una situación jurídica necesitada de protección durante la tramitación del proceso y hasta que se dicte sentencia definitiva en el mismo, ante el previsible perjuicio que sufriría por la duración del proceso.

Sin embargo, tras el entusiasmo con que se acogió en un principio, actualmente la jurisprudencia advierte de los riesgos de su uso y demanda su prudente aplicación, recomendando su empleo para fundamentar la suspensión de ejecutividad o vigencia de actos o disposiciones, con carácter general, solo en determinados supuestos. Concretamente en los casos de nulidad de pleno derecho del acto o disposición recurridos, siempre y cuando la nulidad sea manifiesta, precisando que esta circunstancia concurre en los actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada previamente nula, cuando existe una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, y ante la existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz.

Tan prudente aplicación pretende conjurar el riesgo de prejuzgar la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulnere 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 -lo que conlleva que la decisión del Tribunal sobre las cuestiones suscitadas por las partes en el proceso principal se produzca tras su sustanciación bajo tales principios, en relación con los hechos en que se funda cada pretensión-, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito o decidir el fondo del asunto, sino solo para salvaguardar la finalidad legítima del recurso (en este sentido SSTs de 29 de noviembre de 2012, Rec. 5487/2011, y de 5 de julio de 2012, Rec. 2704/2011 y 4873/2010)

Tal y como señala la STC 148/1993 "el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal", pues al resolver sobre una medida cautelar se carece aún de los elementos precisos para efectuar un enjuiciamiento definitivo.

Para finalizar esta exposición general de las exigencias de la tutela cautelar, tan solo resta señalar que la carga de acreditar que la ejecución del acto recurrido o la vigencia de la disposición impugnada, sobre los que recae la solicitud de medida cautelar, podría frustrar la finalidad legítima del recurso, recae sobre el solicitante y favorecido por la misma. Es decir, el interesado en obtener la medida cautelar tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurrirían en el caso para acordarla, sin que sea suficiente una mera invocación genérica o una mera alegación, sin prueba alguna (en este sentido SSTs de 29 de noviembre de 2012, Rec. 5487/2011, y de 5 de julio de 2012, Rec. 2704/2011 y 4873/2010).

Ahora bien, tal afirmación debe matizarse, pues la concurrencia de los requisitos para la adopción de la medida cautelar no requiere una prueba plena, sino que bastará con una razonabilidad de su producción o concurrencia. Es decir, será suficiente con una prueba por

indicios o incompleta acerca de la posibilidad de que las consecuencias dañosas alegadas se produzcan, así como de su naturaleza y alcance (en este sentido, además de las SSTs anteriormente citadas, los AATS de 5 de febrero de 2009, Rec. 35/2008, y de 27 de marzo de 2007, Rec. 148/2005).

TERCERO.- En el presente supuesto el acto administrativo en relación con el cual se insta la medida cautelar es la desestimación presunta del recurso de alzada presentado contra la inscripción incluida en el documento facilitado que acredita la condición del recurrente de solicitante de protección internacional, limitando su validez a Ceuta y restringiendo, por tanto, su derecho a la libertad de circulación y de residencia al impedirle el traslado a territorio peninsular.

La parte demandante alega que el 7 de noviembre de 2017 formalizó solicitud de protección internacional en Ceuta que fue admitida a trámite, por lo que el día 18 de diciembre de 2017 la Jefatura Superior de Policía de Ceuta, por delegación del Comisario General del Extranjería y Fronteras, le hizo entrega de la correspondiente documentación que acredita su condición de solicitante de protección internacional, en la que se insertó una inscripción que reza “*válido sólo en Ceuta*”.

La parte demandante alega la apariencia de buen derecho en su favor, con sustento en la indebida limitación que tal inscripción constituye para su derecho a circular libremente por el territorio nacional y a elegir su residencia, así como la presencia de *periculum in mora*, dada su situación de especial vulnerabilidad y la limitación personal que le supone verse retenido en Ceuta, sin expectativa real de alcanzar el territorio peninsular y de ser acogido en un dispositivo específico para solicitantes de protección internacional, todo lo cual, le supone un daño moral que se agravaría cada día que se mantiene en Ceuta, lo que califica de perjuicio de imposible reparación, al tiempo que afirma que la adopción de la medida cautelar no lesiona intereses generales ni de tercero.

Frente a estas consideraciones jurídicas la Abogacía del Estado opone la improcedencia de medidas cautelares frente a actos negativos por constituir una estimación anticipada de la pretensión del actor y que no se acredita la concurrencia de los requisitos necesarios para la adopción de la medida cautelar solicitada.

Pues bien, ante supuestos análogos al que nos ocupa, nos hemos pronunciado en los autos fecha 19 de junio de 2018 (Procedimiento ordinario 197/2018) y 27 de junio de 2018 (Procedimientos Ordinarios números 196/2018 y 2176/2018) en el sentido siguiente:

“CUARTO.- (...)

Con tal base, solicita se le reconozca la posibilidad de trasladarse desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular y ello sin perjuicio del resultado final del expediente de solicitud de protección internacional. La negación, pues, al actor de la posibilidad de trasladar su domicilio desde una parte a otra del territorio nacional podría afectar al derecho que, aunque de modo transitorio y no definitivo, apareja la admisión a trámite de la solicitud formulada; una afectación que, al concernir a su situación personal por la limitación de un derecho, podría dar lugar a la producción de perjuicios

difícilmente reversibles en el caso de dictarse eventualmente una sentencia estimatoria en los autos de los que dimana esta pieza de medidas cautelares.

Procede, pues, considerar concurrente el requisito del periculum in mora sobre el que se construye esencialmente el actual sistema de medidas cautelares que contempla la Ley Jurisdiccional de 1998.

Junto a lo anterior, la necesidad de conjurar la posible pérdida de la finalidad legítima del recurso con la medida cautelar que se ha solicitado por el demandante queda, si cabe, más reforzada contemplando la concurrencia, también, del complementario fumus boni iuris o apariencia de buen derecho.

En relación con el mencionado requisito, será útil recordar lo que el Tribunal Supremo razonaba ya respecto al mismo, entre otras muchas, en Sentencia de 6 de julio de 2009 (Rec. Cas. 658/2008):

“Es cierto que, como hemos declarado en repetidas ocasiones -sentencias de esta Sala de 14 de abril de 2003 (RC 5020/1999) y 17 de marzo de 2008 (RC 1021/2006), donde se citan otras anteriores de 27 de julio de 1996, 26 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 y 22 de febrero de 2003-, 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), si bien resulta aplicable en aquellos supuestos en que se solicita la nulidad del acto administrativo dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente. En la misma línea se expresa la sentencia de 18 de mayo de 2004 (RC 5793/2001), donde, citando resoluciones anteriores de la propia Sala (autos de 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y sentencia de 14 de enero de 1997, entre otros), se pone de manifiesto que la jurisprudencia hace una aplicación matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, que se utiliza sólo en determinados supuestos, citándose específicamente los casos en que concurra una nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, se trate de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, exista una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, o un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz; y, por el contrario, la doctrina de la apariencia de buen derecho no debe servir de fundamento para la adopción de la medida cautelar en los casos en que se predique la nulidad del acto impugnado en virtud de causas que han de ser objeto de valoración y decisión por primera vez, pues con ello 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.

En el mismo sentido, señalaba ya la STS 7 de abril de 2004 (Rec. Cas. 1678/2002) que "... la finalidad legítima del recurso, cuya protección constituye, ciertamente, el presupuesto para la adopción de medidas cautelares, no es sólo, en un caso como el de autos, que al final del proceso, incluida su fase de ejecución, se restablezca la legalidad urbanística, sino, más bien, que ésta no sea groseramente menoscabada durante la pendencia de aquél. En este sentido, no debe descartarse que la interpretación del concepto jurídico indeterminado "finalidad legítima del recurso" conduzca a incluir en él, no sólo la preservación del efecto útil de la sentencia futura, sino, también, la de evitar que quien aparentemente está revestido de toda razón tenga que esperar a la decisión final del proceso para "disfrutar" de la posición o situación jurídica que, con fuerte presunción, parece corresponderle. A favor de esta ampliación de aquel concepto juegan numerosas razones: desde la idea de que la institución cautelar opera en otras ramas de nuestro ordenamiento jurídico (así, por ejemplo, en sede del juicio ejecutivo) para tutelar provisionalmente situaciones dotadas de una fuerte presunción de certeza; hasta algunas decisiones de la jurisprudencia comunitaria en las que, en presencia de una "fuerte presunción" o "manifiesta fundamentación" de ilegalidad de la actividad frente a la que se solicita la medida cautelar, se concede ésta analizando sólo el aspecto del "fumus boni iuris", sin entrar en el examen de la existencia o no de un perjuicio grave e irreparable; pasando, en fin, por principios tales como el de la proscripción del abuso del derecho o el de que el tener que recurrir al proceso para obtener reconocimiento de los derechos no debe perjudicar a quien tiene razón. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva parece demandar, también, que el "perjuicio" inherente al tiempo necesario para finalizar el proceso no recaiga en quien, con fuerte apariencia, tiene toda la razón.

Es por ello, en tercer término, que no cabe interpretar el nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares surgido en la Ley 29/1998 como de proscripción, radical, absoluta, del criterio de la apariencia de buen derecho. Este criterio del "fumus boni iuris", aun siendo enormemente controvertido, no parece que pueda ser totalmente desatendido al decidir sobre la adopción de medidas cautelares. Bien para evitar que a través de demandas de todo punto infundadas se perturbe el interés público o los derechos de terceros; bien, como hemos dicho antes, para evitar que la necesidad de acudir al proceso corra en perjuicio de quien aparentemente tiene toda la razón; bien, en fin, para decantarse por la decisión en los casos extremos en que tanto la no adopción como la adopción de la cautela pueda determinar una situación gravemente perjudicial o irreversible".

En este caso, la aplicación del repetido criterio se presenta como necesaria teniendo en cuenta que esta misma Sala y Sección, en numerosas Sentencias [entre las más recientes, pueden citarse las de 28 de mayo de 2015 (Rec. 1089/2014), 10 de junio de 2015 (Rec. 1091/2014), 29 de septiembre de 2017 (Rec. 1470/2016), 8 de noviembre de 2017 (40/2017), 11 de diciembre de 2017

(Rec. 918/2017), 18 de diciembre de 2017 (Rec. 1457/2017) y 26 de enero de 2018 (Rec. 41/2017)] ha estimado recursos contencioso-administrativos contra idénticas resoluciones que aquéllas a las que viene referida la presente solicitud de tutela cautelar, habiendo acogido en las citadas Sentencias pretensiones basadas en argumentos sustancialmente idénticos a los esgrimidos por el recurrente en apoyo de la pretensión que ahora se resuelve, configurándose así por esta Sala un criterio reiterado y uniforme que a la misma Administración ahora demandada le es de sobra conocido.

Con aplicación, pues, del requisito de la apariencia de buen derecho en el sentido al que se ha hecho referencia, debe acogerse entonces la primera de las pretensiones ejercitadas en la solicitud de tutela cautelar suspendiendo la ejecutividad de las resoluciones recurridas, en la medida en que las mismas impiden al recurrente su desde la Ciudad Autónoma de Melilla al territorio peninsular, en la ciudad de Almería. Y todo ello apoyado, además de en lo ya expuesto, en lo razonado y resuelto por el Tribunal Supremo en un asunto en el que con idéntica aplicación del requisito del fumus boni iuris que ahora hacemos, dejó dicho lo siguiente [STS de 12 de febrero de 2018 (Rec. Cas. 103/2017)]:

“Efectivamente, en el ámbito del sistema cautelar se ha producido la aportación jurisprudencial -doctrina de la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris)- a la que se refiere la recurrente y que, pese a sus modulaciones, permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.

(...) la citada 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 o ante 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)...”.

A lo expuesto, añadimos ahora que ante otro supuesto de hecho análogo al que ahora nos ocupa, aunque resolviendo el fondo de la cuestión litigiosa, y referido también al acceso desde Ceuta a la península por extranjeros que han obtenido la admisión de solicitudes de asilo o protección internacional, decíamos en nuestra sentencia de 26 de enero de 2018 (P.O. 41/2017) lo siguiente:

“TERCERO.- A los hechos expuestos les resultan de aplicación la doctrina contenida en la sentencia citada, donde decíamos lo siguiente:

“QUINTO.- Una vez delimitado con precisión el objeto del presente recurso estamos en condiciones de afirmar que no es la primera vez que esta Sala ha examinado y resuelto pretensiones idénticas a la que aquí se sustancia. En Sentencias de 11 de mayo de 2015 (Rec. 1088/2014), 28 de mayo de 2015 (Rec. 1089/2014) y 10 de junio de 2015 (Rec. 1091/2014) ya se examinaron las mismas cuestiones aquí debatidas y el resultado, como se comprueba, fue el de la estimación de los respectivos recursos. Una decisión que, examinado detenidamente lo actuado en vía administrativa y en estos autos, también se pronunciará, según pasamos a razonar.

El artículo 25 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social, dispone en su artículo 25. 3, referido a los requisitos para la entrada en territorio nacional, que lo dispuesto en sus dos primeros apartados no será de aplicación a los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España, cuya concesión se regirá por lo dispuesto en la normativa específica.

El artículo 4 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, define el derecho a la protección subsidiaria como el "dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10 de esta Ley y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren, acogerse a la protección del país de que se trate, siempre que no concurra alguno de los supuestos mencionados en los artículos 11 y 12 de esta Ley".

Los artículos 17, 18 y 19 de la repetida Ley 12/2009 regulan el procedimiento de solicitud de asilo en los siguientes términos:

Artículo 17. Presentación de la solicitud.

1. El procedimiento se inicia con la presentación de la solicitud, que deberá efectuarse mediante comparecencia personal de los interesados que soliciten protección en los lugares que reglamentariamente se establezcan, o en caso de imposibilidad física o legal, mediante persona que lo represente. En este último caso, el solicitante deberá ratificar la petición una vez desaparezca el impedimento.

2. La comparecencia deberá realizarse sin demora y en todo caso en el plazo máximo de un mes desde la entrada en el territorio español o, en todo caso, desde que se produzcan los acontecimientos que justifiquen el temor fundado de persecución o daños graves. A estos efectos, la entrada ilegal en territorio español no podrá ser sancionada cuando haya sido realizada por

persona que reúna los requisitos para ser beneficiaria de la protección internacional prevista en esta Ley.

3. En el momento de efectuar la solicitud, la persona extranjera será informada, en una lengua que pueda comprender, acerca de:

- a) el procedimiento que debe seguirse;
- b) sus derechos y obligaciones durante la tramitación, en especial en materia de plazos y medios de que dispone para cumplir éstas;
- c) la posibilidad de contactar con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y con las Organizaciones no Gubernamentales legalmente reconocidas entre cuyos objetivos figure el asesoramiento y ayuda a las personas necesitadas de protección internacional;
- d) las posibles consecuencias del incumplimiento de sus obligaciones o de su falta de colaboración con las autoridades; y
- e) los derechos y prestaciones sociales a los que tiene acceso en su condición de solicitante de protección internacional.

4. La solicitud se formalizará mediante entrevista personal que se realizará siempre individualmente. De forma excepcional, podrá requerirse la presencia de otros miembros de la familia de los solicitantes, si ello se considerase imprescindible para la adecuada formalización de la solicitud.

5. La Administración adoptará las medidas necesarias para que, cuando sea preciso, en la entrevista se preste un tratamiento diferenciado por razón del sexo de la persona solicitante o demás circunstancias previstas en el artículo 46 de esta Ley. De este trámite se dejará debida constancia en el expediente administrativo.

6. Las personas encargadas de efectuar la entrevista informarán a los solicitantes sobre cómo efectuar la solicitud, y les ayudarán a cumplimentarla, facilitándoles la información básica en relación con aquella. Asimismo, colaborarán con los interesados para establecer los hechos relevantes de su solicitud.

7. Cuando razones de seguridad lo aconsejen, se podrá registrar a la persona solicitante y sus pertenencias, siempre y cuando se garantice el pleno respeto a su dignidad e integridad.

8. En los términos que se establezcan reglamentariamente, se planteará la posibilidad de una nueva audiencia personal sobre su solicitud de asilo. La ponderación sobre la necesidad o no de efectuar nuevas entrevistas será motivada”.

Artículo 18. Derechos y obligaciones de los solicitantes.

“1. El solicitante de asilo, presentada la solicitud, tiene en los términos recogidos en la presente Ley, en los artículos 16, 17, 19, 33 y 34, los siguientes derechos:

- a) a ser documentado como solicitante de protección internacional;*
- b) a asistencia jurídica gratuita e intérprete;*
- c) a que se comunique su solicitud al ACNUR;*
- d) a la suspensión de cualquier proceso de devolución, expulsión o extradición que pudiera afectar al solicitante;*
- e) a conocer el contenido del expediente en cualquier momento;*
- f) a la atención sanitaria en las condiciones expuestas;*
- g) a recibir prestaciones sociales específicas en los términos que se recogen en esta Ley.*

2. Serán obligaciones de los solicitantes de protección internacional las siguientes:

- a) cooperar con las autoridades españolas en el procedimiento para la concesión de protección internacional;*
- b) presentar, lo antes posible, todos aquellos elementos que, junto a su propia declaración, contribuyan a fundamentar su solicitud. Entre otros, podrán presentar la documentación de que dispongan sobre su edad, pasado -incluido el de parientes relacionados-, identidad, nacionalidad o nacionalidades, lugares de anterior residencia, solicitudes de protección internacional previas, itinerarios de viaje, documentos de viaje y motivos por los que solicita la protección;*
- c) proporcionar sus impresiones dactilares, permitir ser fotografiados y, en su caso, consentir que sean grabadas sus declaraciones, siempre que hayan sido previamente informados sobre este último extremo;*
- d) informar sobre su domicilio en España y cualquier cambio que se produzca en él;*
- e) Informar, asimismo, a la autoridad competente o comparecer ante ella, cuando así se les requiera con relación a cualquier circunstancia de su solicitud”.*

Artículo 19. Efectos de la presentación de la solicitud.

“1. Solicitada la protección, la persona extranjera no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud o ésta no sea admitida. No obstante, por motivos de salud o seguridad públicas, la autoridad competente podrá adoptar medidas cautelares en aplicación de la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración.

2. Asimismo, la solicitud de protección suspenderá, hasta la decisión definitiva, la ejecución del fallo de cualquier proceso de extradición de la persona interesada que se halle pendiente. A tal fin, la solicitud será comunicada inmediatamente al órgano judicial o al órgano gubernativo ante el que en ese momento tuviera lugar el correspondiente proceso.

3. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, podrá entregarse o extraditarse a una persona solicitante, según proceda, a otro Estado miembro de la Unión Europea en virtud de las obligaciones dimanantes de una orden europea de detención y entrega, o a un país tercero ante órganos judiciales penales internacionales.

4. Las personas solicitantes de asilo tienen derecho a entrevistarse con un abogado en las dependencias de los puestos fronterizos y centros de internamiento de extranjeros. Reglamentariamente, y sin perjuicio de las normas de funcionamiento establecidas para las citadas dependencias y centros, podrán establecerse condiciones para el ejercicio de este derecho derivadas de razones de seguridad, orden público o de su gestión administrativa.

5. La solicitud de protección dará lugar al inicio del cómputo de los plazos previstos para su tramitación.

6. La resolución que admita a trámite una solicitud de asilo determinará el procedimiento correspondiente.

7. En caso de que la tramitación de una solicitud pudiese exceder de seis meses, ampliables de acuerdo con lo previsto en el artículo 49 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para su resolución y notificación, se informará a la persona interesada del motivo de la demora".

El artículo 36.1,h) de la Ley 12/2009, dispone que

"La concesión del derecho de asilo o de la protección subsidiaria implicará el reconocimiento de los derechos establecidos en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración, así como en la normativa de la Unión Europea, y, en todo caso: h) la libertad de circulación".

El artículo 5 de la Ley Orgánica 4/2000, reconoce al extranjero que esté en situación regular en España su derecho a circular libremente por el territorio español.

El Acta final, apartado III de la Adhesión de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (BOE núm. 81, de 5 de abril de 1994) recoge textualmente lo siguiente en relación con la cuestión que aquí nos ocupa:

"e) En aplicación de su legislación nacional y con el fin de verificar si los pasajeros siguen cumpliendo las condiciones enumeradas en el artículo 5 del Convenio de 1990, en virtud de los cuales fueron autorizados a entrar en territorio nacional en el momento del control de pasaportes en la frontera exterior, España mantendrá controles (controles de identidad y de documentos) en las conexiones marítimas y aéreas provenientes de Ceuta y Melilla que tengan como único destino otro punto del territorio español. A este mismo fin, España mantendrá controles sobre los vuelos interiores y sobre las conexiones regulares por transbordador que salgan de las ciudades de Ceuta y Melilla con destino a otro Estado parte del Convenio".

El artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) dispone, sobre las Condiciones de entrada de los nacionales de terceros países, que

“1. Para estancias previstas en el territorio de los Estados miembros de una duración que no exceda de 90 días dentro de cualquier período de 180 días, lo que implica tener en cuenta el período de 180 días que precede a cada día de estancia, las condiciones de entrada para los nacionales de terceros países serán las siguientes:

a) Estar en posesión de un documento de viaje válido que otorgue a su titular el derecho a cruzar la frontera y que cumpla los siguientes criterios:

i) Seguirá siendo válido como mínimo tres meses después de la fecha prevista de partida del territorio de los Estados miembros. En casos de emergencia justificados, esta obligación podrá suprimirse,

ii) deberá haberse expedido dentro de los diez años anteriores;

b) Estar en posesión de un visado válido, cuando así lo exija el Reglamento (CE) nº 539/2001 del Consejo (25), salvo que sean titulares de un permiso de residencia válido o de un visado de larga duración válido;

c) Estar en posesión de documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista y disponer de medios de subsistencia suficientes, tanto para el período de estancia previsto como para el regreso al país de origen o el tránsito hacia un tercer país en el que su admisión esté garantizada, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios;

d) No estar inscrito como no admisible en el SIS;

e) No suponer una amenaza para el orden público, la seguridad interior, la salud pública o las relaciones internacionales de ninguno de los Estados miembros ni, en particular, estar inscrito como no admisible en las bases de datos nacionales de ningún Estado miembro por iguales motivos.

2. A efectos de la aplicación del apartado 1, la fecha de entrada se considerará como primer día de estancia en el territorio de los Estados miembros, y la fecha de salida como último día de estancia en el territorio de los Estados miembros. No se tendrán en cuenta para el cálculo de la duración de la estancia en el territorio de los Estados miembros los períodos de estancia autorizados por medio de un visado nacional de larga duración o de un permiso de residencia.

3. En el anexo I figura una lista no exhaustiva de documentos justificativos que la guardia de fronteras podrá pedir a los nacionales de terceros países para comprobar el cumplimiento de las condiciones contempladas en el apartado 1, letra c).

4. El criterio para calcular los medios de subsistencia estará en función de la duración y del motivo de la estancia y se usarán como referencia los precios medios en el Estado o Estados miembros de que se trate del alojamiento y de la alimentación, en hospedaje económico multiplicado por el número de días de estancia.

Los importes de referencia fijados por los Estados miembros se notificarán a la Comisión de conformidad con el artículo 39.

La comprobación de los medios de subsistencia suficientes podrá basarse en el dinero efectivo, los cheques de viaje y las tarjetas de crédito que obren en poder del nacional de un tercer país. Las declaraciones de invitación, cuando las prevea el Derecho interno, y las declaraciones de toma a cargo definidas por el Derecho interno, en caso de que el nacional de un tercer país se aloje en el domicilio de una persona de acogida, también podrán constituir prueba de medios adecuados de subsistencia.

5. No obstante lo dispuesto en el apartado 1:

a) Podrá autorizarse la entrada al territorio de los demás Estados miembros a aquellos nacionales de terceros países que no cumplan las condiciones establecidas en el apartado 1, pero que sean titulares de un permiso de residencia o de un visado de larga duración, al objeto de que puedan llegar al territorio del Estado miembro que haya expedido el permiso de residencia o el visado de larga duración, a no ser que figuren en la lista nacional de personas no admisibles del Estado miembro en cuyas fronteras exteriores se presenten y que la descripción que les afecte esté acompañada de medidas que se opongan a la entrada o al tránsito;

b) Podrá autorizarse la entrada al territorio de los Estados miembros a aquellos nacionales de terceros países que se presenten en la frontera y cumplan las condiciones establecidas en el apartado 1, excepto la de la letra b), si se les puede expedir un visado en la frontera en virtud de los artículos 35 y 36 del Reglamento (CE) nº 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo (26).

Los Estados miembros elaborarán estadísticas sobre los visados expedidos en la frontera con arreglo al artículo 46 del Reglamento (CE) nº 810/2009 y a su anexo XII.

En caso de que no fuera posible colocar el visado en el documento, se adherirá la etiqueta, con carácter excepcional, en una hoja suelta que se incorporará al documento. En tal caso, se utilizará obligatoriamente el modelo uniforme de impreso para la colocación del visado establecido por el Reglamento (CE) nº 333/2002 del Consejo (27);

c) Por motivos humanitarios, de interés nacional o por obligaciones internacionales, todo Estado miembro podrá autorizar la entrada en su territorio a nacionales de terceros países que no cumplan alguna de las condiciones establecidas en el apartado 1. En tales casos, cuando un nacional de un tercer país esté inscrito como no admisible con arreglo al apartado 1,

letra d), el Estado miembro que le autorice la entrada en su territorio informará de ello a los demás Estados miembros”.

Asimismo, sobre la base de que cuando el demandante solicitó poder trasladarse al territorio peninsular ya había instado la protección internacional y su solicitud se había admitido a trámite, habiendo sido, por ello, documentado con el de solicitante de protección internacional en trámite, añadíamos lo siguiente:

“Dado que el primer derecho de aquél a quien se le admite tal solicitud es que se le documente como solicitante de protección internacional [artículo 18.1.a)], el efecto directo de esa admisión a trámite es que dicha persona no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva su solicitud (art.19.1), quedando el interesado obligado a comunicar su cambio de domicilio [18.2.d)], lo que implica que está facultado para realizar dicho cambio. De igual modo, la admisión a trámite lleva consigo la apertura del procedimiento correspondiente, según se deriva del artículo 19.6, siempre de la Ley 12/2009.

En este caso, a tenor de los citados preceptos legales, el recurrente, en cuanto que se encuentra en la Ciudad Autónoma de Ceuta -territorio español, por tanto- y documentado como solicitante de asilo en tramitación, se encontraba, en la fecha a la que se contraen estos autos, una situación regular en España, aunque, cierto es también, transitoriamente como así lo demuestra el hecho de que el documento que le acredita como solicitante de asilo tenga un plazo de caducidad. No obstante, tal situación de regularidad en territorio español permitía su traslado dentro del mismo (y, por tanto, desde Ceuta a la Península) si bien sometido a la obligación de comunicar el cambio de domicilio que pretenda, lo que, sin embargo, no es exigible a quien ya ostenta la condición de titular del derecho de asilo instado.

El acto denegatorio y el que lo confirma en alzada, impugnados en este proceso, mantienen que, de acuerdo con los términos arriba expuestos de la Adhesión de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, el órgano competente, en este caso la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, (Orden INT/28/2013, de 18 de enero y artículo 4.2 del Real Decreto 557/2011) está normativamente habilitado para impedir que el recurrente, cuya solicitud de asilo ha sido admitida en la ciudad de Ceuta, pueda desplazarse a la Península, pues no cumpliría, se dice, para dicho cruce ninguno de los requisitos, tanto de índole documental como material, exigidos por el citado artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016.

Sin embargo, el control que pueden y deben realizar las autoridades competentes en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, conforme a lo dispuesto en el Acta Final del repetido Acuerdo de Adhesión de España al Convenio de Schengen, a fin de comprobar el cumplimiento de las condiciones previstas en el repetido artículo 6 del Reglamento Comunitario, se refiere a controles de identidad y documentos en las conexiones marítimas y aéreas que tengan como único destino otro punto del territorio español; lo que implica que no exista impedimento alguno para el ahora recurrente dado que, cuando puso

de manifiesto su intención de cambiar de domicilio, trasladándose a la Península, estaba debidamente documentado.

Por otra parte, aunque con igual relevancia que lo anterior, entiende la Sala que no resulta aplicable en este caso lo dispuesto en el artículo 4.2 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, invocado en la Resolución denegatoria confirmada luego en alzada. Y no lo es porque, repasando su tenor literal (“La Comisaría General de Extranjería y Fronteras podrá autorizar la entrada en España de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en el apartado anterior cuando existan razones excepcionales...”), es claro que el supuesto de hecho exigible para su aplicación no se da en este caso ya que, aun de modo transitorio hasta la decisión sobre su solicitud de asilo, el recurrente estaba ya en territorio español (Ceuta indiscutiblemente lo es). Difícilmente puede, pues, aceptarse que tuviera en este caso la Comisaría General citada facultades para autorizar, o denegar, la entrada del actor en España por los motivos expuestos en el repetido artículo reglamentario, si no es a través de un inasumible argumento en el que el término “España” -contenido en el precepto normativo en cuestión- se identifique con el de “territorio peninsular”; restricción que la Sala rechaza de plano, por lo expuesto.

En consecuencia, vistas las pretensiones ejercitadas en la demanda, el presente recurso habrá de ser íntegramente estimado en los términos solicitados en el escrito rector, anulándose las resoluciones impugnadas por no existir impedimento alguno para que el actor, conforme a la situación que mantenía en la fecha en que formuló la solicitud, pudiera trasladarse al territorio español peninsular”.

Consecuentemente, aplicando la doctrina expuesta al caso que ahora nos ocupa, procede la estimación del presente recurso contencioso-administrativo”.

Hemos sostenido este último criterio también en nuestras sentencias de 11 de mayo de 2015 (P.O. 1088/14), 28 de mayo de 2015 (P.O. 1089/14), 10 de junio de 2015 (P.O. 1091/14), 29 de septiembre de 2017 (P.O. 1470/16) y 26 de enero de 2018 (P.O. 41/17), entre otras.

Por los razonamientos jurídicos expuestos, hemos de concluir que concurren los requisitos necesarios para el otorgamiento de la medida cautelar solicitada, concretamente *periculum in mora*, sin que se aprecie una grave perturbación para los intereses generales o de tercero por su adopción, y que la parte demandante goza de apariencia de buen derecho en su pretensión, todo lo cual justifica la concesión de la medida cautelar.

CUARTO.- Por último, ha de precisarse que si bien es cierto que nuestra jurisprudencia se ha pronunciado en ocasiones en contra de acceder a la suspensión de actos negativos, tales como denegaciones del reconocimiento de derechos, por suponer la satisfacción de la pretensión principal, no lo es menos que en el presente supuesto el objeto del recurso contencioso-administrativo no es propiamente un acto administrativo negativo, sino una actuación que incorpora una inscripción en la documentación suministrada al recurrente, mediante la cual se le impide el acceso a la península, limitándose su derecho a la libre circulación y residencia en el territorio español. De modo que tal doctrina no resulta aplicable al presente caso.

Por todo lo expuesto, procede la concesión de la medida cautelar solicitada, autorizándose el traslado del recurrente al territorio peninsular y su residencia en el mismo durante la sustanciación de este recurso.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, procede imponer las costas causadas en este incidente a la Administración demandada.

No obstante, a tenor del apartado tercero de dicho artículo 139 la imposición de las costas podrá ser *"a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima"* y la Sala considera procedente, atendida la índole del litigio y la concreta actividad desplegada por las partes, limitar la cantidad que, por los conceptos de honorarios de Abogado y derechos de Procurador, ha de satisfacer a la parte contraria la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima total de cien euros (100 €), más la cantidad que en concepto de IVA corresponda a la cuantía reclamada.

En atención a lo expuesto

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

1.- Conceder la medida cautelar solicitada por Doña María Concepción López García, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de don [REDACTED] autorizándose el traslado del recurrente al territorio peninsular y su residencia en el mismo durante la sustanciación de este recurso.

2.- Se condena al pago de las costas causadas en el presente incidente a la Administración demandada con la limitación que respecto de su cuantía se ha realizado en el último razonamiento jurídico.

Notifíquese la presente resolución a las partes y remítase testimonio de la presente resolución a la Administración demandada, DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA, para que lleve a efecto lo acordado.

El presente auto es susceptible de recurso de casación, previo recurso de reposición a interponer ante esta Sala en el plazo de cinco días, contados desde el siguiente al de su notificación, **previa constitución del depósito** previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite dicho recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2414-0000-91-0196-18 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 20 Contencioso-Reposición/Súplica (25 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2414-0000-91-0196-18 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos/as. Sres. /as. anotados en el encabezamiento de la presente resolución. Doy fe.

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial previstas en el artículo 560.1.10 de la LOPJ

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Primera

C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

33016340

NIG: 28.079.00.3-2018/0018146

Pieza de Medidas Cautelares 1028/2018 - 0001 (Procedimiento Ordinario)

De: D./Dña [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. PALOMA GONZALEZ DEL YERRO VALDES

Contra: DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

A U T O N° 128/19

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D./Dña. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO

ILMOS/ILMAS. SRES/SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D./Dña. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS

D./Dña. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA

En Madrid, a veintiocho de febrero de dos mil diecinueve.

Resultando los siguientes

HECHOS

PRIMERO.- En fecha 30 de julio de 2.018 tuvo entrada en esta Sección recurso promovido por don [REDACTED] contra la desestimación por silencio del recurso de alzada interpuesto contra “el acto administrativo por el que se adiciona la inscripción válido solo en Ceuta en el documento que acredita su condición de solicitante de protección internacional”.

SEGUNDO.- En fecha 28 de enero de 2019 se ha instado como medida cautelar que se autorice de forma expresa su traslado de Ceuta a territorio peninsular y se permita su residencia en dicho territorio durante la sustanciación del recurso.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La presente pieza separada de medidas cautelares tiene por objeto resolver la pretensión de tutela cautelar ejercitada por la parte demandante al amparo de lo previsto en los artículos 129 y siguientes de la Ley Jurisdiccional.

El recurrente ha solicitado la suspensión de la ejecutividad de la desestimación por silencio del recurso de alzada interpuesto contra el acuerdo de 9 de abril de 2018, del Jefe Superior de Policía de Ceuta por el que en la documentación que le fue entregada en su condición de solicitante de Protección Internacional se le hizo constar la inscripción “válido solo en Ceuta”.

SEGUNDO.- De acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en STS de 22 de julio de 2002 (Rec. Cas. 3507/1998), transcrita en el ATS de 16 de julio de 2004 (R.C.A. 46/2004) y reiterada en el de 18 de julio de 2006 (R.C.A. 18/2006), la razón de ser de la justicia cautelar en el proceso en general se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme pueda dar lugar a 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 señala el artículo 129 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 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.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en SSTC 22/84, 66/84, 238/92, 148/93, entre otras muchas) ha declarado que el principio de autotutela administrativa, que no es incompatible con el artículo 24.1 CE, engarza con el principio de eficacia previsto en el artículo 103.1 CE y se satisface facilitando que la ejecución se someta a la decisión de un Tribunal y éste resuelva sobre la suspensión. Sobre esta base, la STC 218/1994 dejó dicho 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 artículo 106.1 CE.

TERCERO.- La decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares debe ser adoptada mediante la adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, según la justificación que se ofrezca en el momento de solicitarla, en relación con los distintos criterios que según la Ley Jurisdiccional han de contemplarse, y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional.

Así, en relación con los criterios a considerar a la hora de resolver sobre la adopción o denegación de una medida cautelar, el ATS de 18 de julio de 2006, entre otros muchos, recuerda que han de ponderarse conjuntamente los siguientes:

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. 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 su adopción no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso.

c) El *periculum in mora*, 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.

d) La ponderación de los intereses concurrentes como criterio complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso. 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 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 de 3 de junio de 1997, entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*); un criterio que, no recogido expresamente en la Ley Jurisdiccional aunque sí en el artículo 728 LEC, permite realizar una valoración de los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar, con carácter provisional y en los casos delimitados por la jurisprudencia (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, 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), dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva.

CUARTO.- En este caso, examinada detenidamente la pretensión de tutela cautelar formulada por la parte actora, la misma tendrá que ser acogida por las razones que se pasa a exponer.

En este caso, el recurrente formuló el 21 de diciembre de 2017 una solicitud de protección internacional en el puesto fronterizo de Ceuta, habiendo sido admitida a trámite dicha solicitud en fecha 23 de enero de 2018, por lo que está documentado por las autoridades españolas en este sentido.

Con tal base, solicita se le reconozca la posibilidad de trasladarse desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular y ello sin perjuicio del resultado final del expediente de solicitud de protección internacional. La negación, pues, al actor de la posibilidad de trasladar su domicilio desde una parte a otra del territorio nacional podría afectar al derecho que, aunque de modo transitorio y no definitivo, apareja la admisión a trámite de la solicitud formulada; una afectación que, al concernir a su situación personal por la limitación de un derecho, podría dar lugar a la producción de perjuicios difícilmente reversibles en el caso de

dictarse eventualmente una sentencia estimatoria en los autos de los que dimana esta pieza de medidas cautelares.

Procede, pues, considerar concurrente el requisito del *periculum in mora* sobre el que se construye esencialmente el actual sistema de medidas cautelares que contempla la Ley Jurisdiccional de 1998.

Junto a lo anterior, la necesidad de conjurar la posible pérdida de la finalidad legítima del recurso con la medida cautelar que se ha solicitado por el demandante queda, si cabe, más reforzada contemplando la concurrencia, también, del complementario *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho.

En relación con el mencionado requisito, será útil recordar lo que el Tribunal Supremo razonaba ya respecto al mismo, entre otras muchas, en Sentencia de 6 de julio de 2009 (Rec. Cas. 658/2008):

“Es cierto que, como hemos declarado en repetidas ocasiones -sentencias de esta Sala de 14 de abril de 2003 (RC 5020/1999) y 17 de marzo de 2008 (RC 1021/2006), donde se citan otras anteriores de 27 de julio de 1996, 26 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 y 22 de febrero de 2003-, 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), si bien resulta aplicable en aquellos supuestos en que se solicita la nulidad del acto administrativo dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente. En la misma línea se expresa la sentencia de 18 de mayo de 2004 (RC 5793/2001), donde, citando resoluciones anteriores de la propia Sala (autos de 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y sentencia de 14 de enero de 1997, entre otros), se pone de manifiesto que la jurisprudencia hace una aplicación matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, que se utiliza sólo en determinados supuestos, citándose específicamente los casos en que concurra una nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, se trate de

actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, exista una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, o un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz; y, por el contrario, la doctrina de la apariencia de buen derecho no debe servir de fundamento para la adopción de la medida cautelar en los casos en que se predique la nulidad del acto impugnado en virtud de causas que han de ser objeto de valoración y decisión por primera vez, pues con ello 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.

En el mismo sentido, señalaba ya la STS 7 de abril de 2004 (Rec. Cas. 1678/2002) que "... la finalidad legítima del recurso, cuya protección constituye, ciertamente, el presupuesto para la adopción de medidas cautelares, no es sólo, en un caso como el de autos, que al final del proceso, incluida su fase de ejecución, se restablezca la legalidad urbanística, sino, más bien, que ésta no sea groseramente menoscabada durante la pendencia de aquél. En este sentido, no debe descartarse que la interpretación del concepto jurídico indeterminado "finalidad legítima del recurso" conduzca a incluir en él, no sólo la preservación del efecto útil de la sentencia futura, sino, también, la de evitar que quien aparentemente está revestido de toda razón tenga que esperar a la decisión final del proceso para "disfrutar" de la posición o situación jurídica que, con fuerte presunción, parece corresponderle. A favor de esta ampliación de aquel concepto juegan numerosas razones: desde la idea de que la institución cautelar opera en otras ramas de nuestro ordenamiento jurídico (así, por ejemplo, en sede del juicio ejecutivo) para tutelar provisionalmente situaciones dotadas de una fuerte presunción de certeza; hasta algunas decisiones de la jurisprudencia comunitaria en las que, en presencia de una "fuerte presunción" o "manifiesta fundamentación" de ilegalidad de la actividad frente a la que se solicita la medida cautelar, se concede ésta analizando sólo el aspecto del "fumus boni iuris", sin entrar en el examen de la existencia o no de un perjuicio grave e irreparable; pasando, en fin, por principios tales como el de la proscripción del abuso del derecho o el de que el tener que recurrir al proceso para obtener reconocimiento de los derechos no debe perjudicar a quien tiene razón. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva parece demandar, también, que el "perjuicio"

inherente al tiempo necesario para finalizar el proceso no recaiga en quien, con fuerte apariencia, tiene toda la razón.

Es por ello, en tercer término, que no cabe interpretar el nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares surgido en la Ley 29/1998 como de proscripción, radical, absoluta, del criterio de la apariencia de buen derecho. Este criterio del "fumus boni iuris", aun siendo enormemente controvertido, no parece que pueda ser totalmente desatendido al decidir sobre la adopción de medidas cautelares. Bien para evitar que a través de demandas de todo punto infundadas se perturbe el interés público o los derechos de terceros; bien, como hemos dicho antes, para evitar que la necesidad de acudir al proceso corra en perjuicio de quien aparentemente tiene toda la razón; bien, en fin, para decantarse por la decisión en los casos extremos en que tanto la no adopción como la adopción de la cautela pueda determinar una situación gravemente perjudicial o irreversible”.

En este caso, la aplicación del repetido criterio se presenta como necesaria teniendo en cuenta que esta misma Sala y Sección, en numerosas Sentencias [entre las más recientes, pueden citarse las de 28 de mayo de 2015 (Rec. 1089/2014), 10 de junio de 2015 (Rec. 1091/2014), 29 de septiembre de 2017 (Rec. 1470/2016), 8 de noviembre de 2017 (40/2017), 11 de diciembre de 2017 (Rec. 918/2017), 18 de diciembre de 2017 (Rec. 1457/2017) y 26 de enero de 2018 (Rec. 41/2017)] ha estimado recursos contencioso-administrativos contra idénticas resoluciones que aquéllas a las que viene referida la presente solicitud de tutela cautelar, habiendo acogido en las citadas Sentencias pretensiones basadas en argumentos sustancialmente idénticos a los esgrimidos por el recurrente en apoyo de la pretensión que ahora se resuelve, configurándose así por esta Sala un criterio reiterado y uniforme que a la misma Administración ahora demandada le es de sobra conocido.

Con aplicación, pues, del requisito de la apariencia de buen derecho en el sentido al que se ha hecho referencia, debe acogerse entonces la primera de las pretensiones ejercitadas en la solicitud de tutela cautelar suspendiendo la ejecutividad de las resoluciones recurridas, en la medida en que las mismas impiden al recurrente su desde la Ciudad Autónoma de Melilla al territorio peninsular, en la ciudad de Almería. Y todo ello apoyado, además de en lo ya expuesto, en lo razonado y resuelto por el Tribunal Supremo en un asunto en el que con idéntica aplicación del requisito del *fumus boni iuris* que ahora hacemos, dejó dicho lo siguiente [STS de 12 de febrero de 2018 (Rec. Cas. 103/2017)]:

“Efectivamente, en el ámbito del sistema cautelar se ha producido la aportación jurisprudencial -doctrina de la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris)- a la que se refiere la recurrente y que, pese a sus modulaciones, permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.

(...) la citada 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 o ante 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)...”.

QUINTO.- Establece el art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción que en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En el caso de autos procede la condena en costas de la Administración que ha visto desestimada su pretensión y lo será en cuantía de cien euros (100 €) a la vista del contenido del escrito de oposición.

LA SALA ACUERDA:

1.- Se acuerda la medida cautelar solicitada, consistente en que se suspenda la decisión de no permitir el traslado del demandante desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular.

2.- Se condena en costas a la Administración en cuantía de cien euros (100 €).

El presente auto es susceptible de recurso de casación, previo recurso de reposición a interponer ante esta Sala en el plazo de cinco días, contados desde el siguiente al de su

notificación, con constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite dicho recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2414-0000-91-1028-18 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” 20 Contencioso-Reposición/Súplica (25 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2414-0000-91-1028-18 en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así lo acuerda, mandan y firman los Ilmos. Sres. Anotados al margen, de lo que yo, El Secretario, doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Primera

C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

33016340

NIG: 28.079.00.3-2018/0025946

Pieza de Medidas Cautelares 1485/2018 - 0001 (Procedimiento Ordinario)

De: D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. EVA MARIA ESCOLAR ESCOLAR

Contra: DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

A U T O N° 140/2019

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D./Dña. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO

ILMOS/ILMAS. SRES/SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS

D. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA

En Madrid, a seis de marzo de dos mil diecinueve.

HECHOS

PRIMERO.- Por la procuradora de los tribunales doña Eva María Escolar Escolar, en nombre y representación de [REDACTED] natural de Marruecos, se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta del recurso de alzada presentado contra la inscripción incluida en documento de fecha 10 de julio de 2018 que acredita la condición del recurrente de solicitante de protección internacional (de la Jefatura Superior de Policía en Ceuta, actuando por delegación del Comisario General de Extranjería y Fronteras), que limita su validez a Ceuta, restringiendo su derecho a la libertad de circulación y de residencia al impedirle el traslado a territorio peninsular.

Asimismo, el recurrente ha solicitado como medida cautelar que se le autorice de forma expresa el traslado de Ceuta a territorio peninsular y se permita su residencia en dicho territorio durante la sustanciación del recurso, sin prestación de caución.

SEGUNDO.- Formada la correspondiente pieza separada, y dado traslado de las actuaciones a la Abogacía del Estado para que formular las alegaciones que estimara pertinentes, presentó escrito solicitando la denegación de la medida cautelar.

Es ponente de esta resolución el Ilmo. Magistrado Don José Arturo Fernández García

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Las medidas cautelares tratan de asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso, evitando la producción de un perjuicio de imposible o difícil reparación *-periculum in mora-* o, como expresa el artículo 129 LJCA, asegurar “la efectividad de la sentencia”. El objetivo es que la sentencia estimatoria que pudiera recaer pueda llevarse a la práctica de modo útil para que lo juzgado pueda ser ejecutado, garantizando así del principio de tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la CE (ATS de 14 de junio de 2012, Rec. 344/2012), y del cual forma parte integrante la llamada “tutela cautelar”. Se trata, en definitiva, de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso.

De acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en STS de 22 de julio de 2002 (Rec. Cas. 3507/1998), transcrita en el ATS de 16 de julio de 2004 (R.C.A. 46/2004) y reiterada en el de 18 de julio de 2006 (R.C.A. 18/2006), la razón de ser de la justicia cautelar en el proceso en general se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme pueda dar lugar a 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 señala el artículo 129 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 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.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en SSTC 22/84, 66/84, 238/92, 148/93, entre otras muchas) ha declarado que el principio de autotutela administrativa, que no es incompatible con el artículo 24.1 CE, engarza con el principio de eficacia previsto en el artículo 103.1 CE y se satisface facilitando que la ejecución se someta a la decisión de un Tribunal y éste resuelva sobre la suspensión. Sobre esta base, la STC 218/1994 dejó dicho 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 artículo 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 ser adoptada mediante la adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, según la justificación que se ofrezca en el momento de solicitarla, en relación con los distintos criterios que según la Ley Jurisdiccional han de contemplarse, y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional.

Así, en relación con los criterios a considerar a la hora de resolver sobre la adopción o denegación de una medida cautelar, el ATS de 18 de julio de 2006, entre otros muchos, recuerda que han de ponderarse conjuntamente los siguientes:

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. 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 su adopción no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso.

c) El *periculum in mora*, 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.

d) La ponderación de los intereses concurrentes como criterio complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso. 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 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 de 3 de junio de 1997, entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*); un criterio que, no recogido expresamente en la Ley Jurisdiccional aunque sí en el artículo 728 LEC, permite realizar una valoración de los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar, con carácter provisional y en los casos delimitados por la jurisprudencia (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, 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), dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva

Por ello, la jurisprudencia contempla la adopción de las medidas cautelares bajo el régimen de la nueva Ley Jurisdiccional, no como una medida excepcional, sino como una verdadera facultad judicial y un instrumento de tutela judicial ordinaria, por influjo directo de las exigencias que derivan de la tutela judicial efectiva (en este sentido AATS de 14 de junio de 2012, Rec. 344/2012, de 5 de febrero de 2009, Rec. 35/2008, y de 27 de marzo de 2007, Rec. 148/2005).

En la línea y ampliando lo anteriormente señalado, indicar que el artículo 129 LJCA abandona el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, que caracterizaba la regulación anterior, instaurando un sistema de "**númerus apertus**", de medidas innominadas, entre las que se encuentran las de carácter positivo. Así, el precepto utiliza una formulación amplia, en cuya virtud los interesados pueden solicitar "cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia".

Los presupuestos legales para la adopción de una medida cautelar en el proceso contencioso-administrativo se establecen con carácter general para el supuesto de impugnación de actos administrativos o disposiciones generales en el artículo 130 LJCA, sin perjuicio de las especialidades propias del régimen de tutela cautelar relativo a la vía de hecho y a la inactividad administrativa, que contempla el artículo 136 LJCA.

El criterio general para la adopción de medidas cautelares que se recoge en el artículo 130 LJCA se concreta en la expresión "pérdida de la finalidad legítima del recurso". Dicho concepto jurídico indeterminado gira en torno al llamado "*periculum in mora*", que el legislador ha situado como criterio decisor de la adopción de medidas cautelares, al margen de la mayor o menor incidencia que se quiera atribuir al principio "*fumus boni iuris*", y del relevante papel que ocupa la ponderación de intereses que preside todo el sistema.

La "pérdida de la finalidad legítima del recurso" puede identificarse en presencia de alguna de las siguientes circunstancias: a) la irreparabilidad o difícil reparación del daño o perjuicio que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera ocasionar, y b) la generación de una situación jurídica irreversible o de costosa o difícil reversibilidad que prive de efectividad a la sentencia favorable a la pretensión ejercitada.

Ahora bien, como contrapeso del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. De este modo, la ponderación de los intereses es el segundo de los presupuestos legales para la adopción de las medidas cautelares que debe concurrir junto con el *periculum in mora* para justificar la adopción de aquellas.

En definitiva, la Ley Jurisdiccional establece un requisito esencial para posibilitar la adopción de medidas cautelares, consistente en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder al recurso su finalidad legítima. De manera que sólo cumplido tal presupuesto podrá ser adoptada la medida cautelar, aunque podrá denegarse cuando, pese a ello, pudiera seguirse de su adopción una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, exigiendo del Juez o Tribunal una ponderación circunstanciada de los intereses en conflicto. Por tanto, en dicho juicio de ponderación de intereses se debe comparar la intensidad del interés público que representa la ejecución del acto y la entidad de los perjuicios susceptibles de ser provocados por tal ejecución, concediéndose mayor relevancia en dicha valoración comparativa al interés general o de tercero afectado por la eficacia del acto impugnado.

Además se produce una interrelación entre el *periculum in mora* y la ponderación de intereses que condiciona el juicio cautelar, pues, tal y como afirma la jurisprudencia, cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; mientras que, por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto(en este sentido SSTs de 5 de julio de 2012, Rec.

2704/2011 y 4873/2010, de 29 de noviembre de 2012, Rec. 5487/2011, y de 26 de septiembre de 2011, Rec. 6198/2010, y ATS de 8 de mayo de 2012, Rec. 313/2012).

Por último, junto al *periculum in mora*, tradicional elemento definidor de la decisión cautelar, se ha abierto camino en los últimos tiempos, doctrinal y jurisprudencialmente, como criterio para la adopción de medidas cautelares, el “*fumus boni iuris*”, que se incorpora al proceso contencioso-administrativo de la mano de la jurisprudencia y procedente del Derecho comunitario.

Constituye un criterio de contornos aún no plenamente definidos y de aplicación ciertamente residual y muy limitada, que junto con aquel otro ha justificado el otorgamiento de la tutela cautelar en ocasiones.

La aplicación de la doctrina del “*fumus boni iuris*” nos sitúa ante el juicio de probabilidad o de verosimilitud de la existencia del derecho, y se vincula a la existencia de una situación jurídica necesitada de protección durante la tramitación del proceso y hasta que se dicte sentencia definitiva en el mismo, ante el previsible perjuicio que sufriría por la duración del proceso.

Sin embargo, tras el entusiasmo con que se acogió en un principio, actualmente la jurisprudencia advierte de los riesgos de su uso y demanda su prudente aplicación, recomendando su empleo para fundamentar la suspensión de ejecutividad o vigencia de actos o disposiciones, con carácter general, solo en determinados supuestos. Concretamente en los casos de nulidad de pleno derecho del acto o disposición recurridos, siempre y cuando la nulidad sea manifiesta, precisando que esta circunstancia concurre en los actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada previamente nula, cuando existe una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, y ante la existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz.

Tan prudente aplicación pretende conjurar el riesgo de prejuzgar la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulnere 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 -lo que conlleva que la decisión del Tribunal sobre las cuestiones suscitadas por las partes en el proceso principal se produzca tras su sustanciación bajo tales principios, en relación con los hechos en que se funda cada pretensión-, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito o decidir el fondo del asunto, sino solo para salvaguardar la finalidad legítima del recurso (en este sentido SSTs de 29 de noviembre de 2012, Rec. 5487/2011, y de 5 de julio de 2012, Rec. 2704/2011 y 4873/2010)

Tal y como señala la STC 148/1993 "el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal", pues al resolver sobre una medida cautelar se carece aún de los elementos precisos para efectuar un enjuiciamiento definitivo.

Finalmente señalar que la carga de acreditar que la ejecución del acto recurrido o la vigencia de la disposición impugnada, sobre los que recae la solicitud de medida cautelar, podría frustrar la finalidad legítima del recurso, recae sobre el solicitante y favorecido por la misma. Es decir, el interesado en obtener la medida cautelar tiene la carga de probar

adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurrirían en el caso para acordarla, sin que sea suficiente una mera invocación genérica o una mera alegación, sin prueba alguna (en este sentido SSTS de 29 de noviembre de 2012, Rec. 5487/2011, y de 5 de julio de 2012, Rec. 2704/2011 y 4873/2010).

No obstante, la concurrencia de los requisitos para la adopción de la medida cautelar no requiere una prueba plena, sino que bastará con una razonabilidad de su producción o concurrencia. Es decir, será suficiente con una prueba por indicios o incompleta acerca de la posibilidad de que las consecuencias dañosas alegadas se produzcan, así como de su naturaleza y alcance (en este sentido, además de las SSTS anteriormente citadas, los AATS de 5 de febrero de 2009, Rec. 35/2008, y de 27 de marzo de 2007, Rec. 148/2005).

SEGUNDO.- El acto administrativo respecto al que se solicita la presente medida cautelar es la desestimación presunta del recurso de alzada presentado contra la inscripción incluida en el documento facilitado que acredita la condición del recurrente como solicitante de protección internacional, limitando su validez a Ceuta y restringiendo, por ello, su derecho a la libertad de circulación y de residencia al impedirle el traslado a territorio peninsular.

La parte demandante que insta la medida cautelar alega esencialmente que el recurrente, con fecha 5 de abril de 2018, formalizó solicitud de protección internacional en Ceuta, siendo admitida a trámite, por lo que el 10 de julio de 2018 la Jefatura Superior de Policía de Ceuta, por delegación del Comisario General del Extranjería y Fronteras, le hizo entrega de la correspondiente documentación que acredita su condición de solicitante de protección internacional, en la que se insertó una inscripción que reza “válido sólo en Ceuta”.

Opone dicha parte esencialmente la apariencia de buen derecho en su favor, dado que tal inscripción causa una indebida limitación al derecho del interesado a circular libremente por el territorio nacional y a elegir su residencia; así como la existencia de *periculum in mora*, teniendo en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél por su orientación sexual y creencias religiosas que se perpetuaría por la limitación personal que le supone no poder desplazarse a la península. Finalmente, señala que la adopción de la medida cautelar no lesiona intereses generales ni de tercero.

Frente a estos argumentos, la Abogacía del Estado opone la improcedencia de medidas cautelares frente a actos negativos por constituir una estimación anticipada de la pretensión del actor y que no se acredita la concurrencia de los requisitos necesarios para la adopción de la medida cautelar solicitada.

En un supuesto análogo al presente se ha pronunciado esta Sección en el auto de 19 de junio de 2018 (Procedimiento ordinario 197/2018), reproducido en otro dictado el 27 de junio de 2018 (Procedimiento Ordinario 276/2018) en asunto similar, en el sentido siguiente:

“CUARTO.- (...)

Con tal base, solicita se le reconozca la posibilidad de trasladarse desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular y ello sin perjuicio del resultado final del expediente de solicitud de protección internacional. La negación, pues, al actor de la posibilidad de trasladar su domicilio desde una parte a otra del territorio nacional podría afectar al derecho que, aunque de modo transitorio y no definitivo, apareja la admisión a trámite de la solicitud formulada; una afectación que, al concernir a su situación personal por la limitación de un derecho, podría dar lugar a la producción de perjuicios difícilmente reversibles en el caso de dictarse eventualmente una sentencia estimatoria en los autos de los que dimana esta pieza de medidas cautelares.

Procede, pues, considerar concurrente el requisito del periculum in mora sobre el que se construye esencialmente el actual sistema de medidas cautelares que contempla la Ley Jurisdiccional de 1998.

Junto a lo anterior, la necesidad de conjurar la posible pérdida de la finalidad legítima del recurso con la medida cautelar que se ha solicitado por el demandante queda, si cabe, más reforzada contemplando la concurrencia, también, del complementario fumus boni iuris o apariencia de buen derecho.

En relación con el mencionado requisito, será útil recordar lo que el Tribunal Supremo razonaba ya respecto al mismo, entre otras muchas, en Sentencia de 6 de julio de 2009 (Rec. Cas. 658/2008):

“Es cierto que, como hemos declarado en repetidas ocasiones -sentencias de esta Sala de 14 de abril de 2003 (RC 5020/1999) y 17 de marzo de 2008 (RC 1021/2006), donde se citan otras anteriores de 27 de julio de 1996, 26 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 y 22 de febrero de 2003-, 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), si bien resulta aplicable en aquellos supuestos en que se solicita la nulidad del acto administrativo dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente. En la misma línea se expresa la sentencia de 18 de mayo de 2004 (RC 5793/2001), donde, citando resoluciones anteriores de la propia Sala (autos de 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y sentencia de 14 de enero de 1997, entre otros), se pone de manifiesto que la jurisprudencia hace una aplicación matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, que

se utiliza sólo en determinados supuestos, citándose específicamente los casos en que concurra una nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, se trate de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, exista una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, o un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz; y, por el contrario, la doctrina de la apariencia de buen derecho no debe servir de fundamento para la adopción de la medida cautelar en los casos en que se predique la nulidad del acto impugnado en virtud de causas que han de ser objeto de valoración y decisión por primera vez, pues con ello 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.

En el mismo sentido, señalaba ya la STS 7 de abril de 2004 (Rec. Cas. 1678/2002) que "... la finalidad legítima del recurso, cuya protección constituye, ciertamente, el presupuesto para la adopción de medidas cautelares, no es sólo, en un caso como el de autos, que al final del proceso, incluida su fase de ejecución, se restablezca la legalidad urbanística, sino, más bien, que ésta no sea groseramente menoscabada durante la pendencia de aquél. En este sentido, no debe descartarse que la interpretación del concepto jurídico indeterminado "finalidad legítima del recurso" conduzca a incluir en él, no sólo la preservación del efecto útil de la sentencia futura, sino, también, la de evitar que quien aparentemente está revestido de toda razón tenga que esperar a la decisión final del proceso para "disfrutar" de la posición o situación jurídica que, con fuerte presunción, parece corresponderle. A favor de esta ampliación de aquel concepto juegan numerosas razones: desde la idea de que la institución cautelar opera en otras ramas de nuestro ordenamiento jurídico (así, por ejemplo, en sede del juicio ejecutivo) para tutelar provisionalmente situaciones dotadas de una fuerte presunción de certeza; hasta algunas decisiones de la jurisprudencia comunitaria en las que, en presencia de una "fuerte presunción" o "manifiesta fundamentación" de ilegalidad de la actividad frente a la que se solicita la medida cautelar, se concede ésta analizando sólo el aspecto del "fumus boni iuris", sin entrar en el examen de la existencia o no de un perjuicio grave e irreparable; pasando, en fin, por principios tales como el de la proscripción del abuso del derecho o el de que el tener que recurrir al proceso para obtener reconocimiento de los derechos no debe perjudicar a quien tiene razón. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva parece demandar, también, que el "perjuicio" inherente al tiempo necesario para finalizar el proceso no recaiga en quien, con fuerte apariencia, tiene toda la razón.

Es por ello, en tercer término, que no cabe interpretar el nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares surgido en la Ley 29/1998 como de proscripción, radical, absoluta, del criterio de la apariencia de buen derecho. Este criterio del

"fumus boni iuris", aun siendo enormemente controvertido, no parece que pueda ser totalmente desatendido al decidir sobre la adopción de medidas cautelares. Bien para evitar que a través de demandas de todo punto infundadas se perturbe el interés público o los derechos de terceros; bien, como hemos dicho antes, para evitar que la necesidad de acudir al proceso corra en perjuicio de quien aparentemente tiene toda la razón; bien, en fin, para decantarse por la decisión en los casos extremos en que tanto la no adopción como la adopción de la cautela pueda determinar una situación gravemente perjudicial o irreversible".

En este caso, la aplicación del repetido criterio se presenta como necesaria teniendo en cuenta que esta misma Sala y Sección, en numerosas Sentencias [entre las más recientes, pueden citarse las de 28 de mayo de 2015 (Rec. 1089/2014), 10 de junio de 2015 (Rec. 1091/2014), 29 de septiembre de 2017 (Rec. 1470/2016), 8 de noviembre de 2017 (40/2017), 11 de diciembre de 2017 (Rec. 918/2017), 18 de diciembre de 2017 (Rec. 1457/2017) y 26 de enero de 2018 (Rec. 41/2017)] ha estimado recursos contencioso-administrativos contra idénticas resoluciones que aquéllas a las que viene referida la presente solicitud de tutela cautelar, habiendo acogido en las citadas Sentencias pretensiones basadas en argumentos sustancialmente idénticos a los esgrimidos por el recurrente en apoyo de la pretensión que ahora se resuelve, configurándose así por esta Sala un criterio reiterado y uniforme que a la misma Administración ahora demandada le es de sobra conocido.

Con aplicación, pues, del requisito de la apariencia de buen derecho en el sentido al que se ha hecho referencia, debe acogerse entonces la primera de las pretensiones ejercitadas en la solicitud de tutela cautelar suspendiendo la ejecutividad de las resoluciones recurridas, en la medida en que las mismas impiden al recurrente su desde la Ciudad Autónoma de Melilla al territorio peninsular, en la ciudad de Almería. Y todo ello apoyado, además de en lo ya expuesto, en lo razonado y resuelto por el Tribunal Supremo en un asunto en el que con idéntica aplicación del requisito del fumus boni iuris que ahora hacemos, dejó dicho lo siguiente [STS de 12 de febrero de 2018 (Rec. Cas. 103/2017)]:

“Efectivamente, en el ámbito del sistema cautelar se ha producido la aportación jurisprudencial -doctrina de la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris)- a la que se refiere la recurrente y que, pese a sus modulaciones, permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.

(...) la citada 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 o ante 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)...”.

Como se indicó en el auto de 27 de junio de 2018, se ha de añadir que ante otro supuesto de hecho análogo al que ahora se trata, aunque resolviendo el fondo de la cuestión litigiosa, y referido también al acceso desde Ceuta a la península por extranjeros que han obtenido la admisión de solicitudes de asilo o protección internacional, se indicaba en la sentencia de esta Sección de 26 de enero de 2018 (P.O. 41/2017):

“TERCERO.- A los hechos expuestos les resultan de aplicación la doctrina contenida en la sentencia citada, donde decíamos lo siguiente:

“QUINTO.- Una vez delimitado con precisión el objeto del presente recurso estamos en condiciones de afirmar que no es la primera vez que esta Sala ha examinado y resuelto pretensiones idénticas a la que aquí se sustancia. En Sentencias de 11 de mayo de 2015 (Rec. 1088/2014), 28 de mayo de 2015 (Rec. 1089/2014) y 10 de junio de 2015 (Rec. 1091/2014) ya se examinaron las mismas cuestiones aquí debatidas y el resultado, como se comprueba, fue el de la estimación de los respectivos recursos. Una decisión que, examinado detenidamente lo actuado en vía administrativa y en estos autos, también se pronunciará, según pasamos a razonar.

El artículo 25 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social, dispone en su artículo 25. 3, referido a los requisitos para la entrada en territorio nacional, que lo dispuesto en sus dos primeros apartados no será de aplicación a los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España, cuya concesión se regirá por lo dispuesto en la normativa específica.

El artículo 4 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, define el derecho a la protección subsidiaria como el "dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10 de esta Ley y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren, acogerse a la protección del país de que se trate, siempre que no

concurra alguno de los supuestos mencionados en los artículos 11 y 12 de esta Ley".

Los artículos 17, 18 y 19 de la repetida Ley 12/2009 regulan el procedimiento de solicitud de asilo en los siguientes términos:

Artículo 17. Presentación de la solicitud.

1. El procedimiento se inicia con la presentación de la solicitud, que deberá efectuarse mediante comparecencia personal de los interesados que soliciten protección en los lugares que reglamentariamente se establezcan, o en caso de imposibilidad física o legal, mediante persona que lo represente. En este último caso, el solicitante deberá ratificar la petición una vez desaparezca el impedimento.

2. La comparecencia deberá realizarse sin demora y en todo caso en el plazo máximo de un mes desde la entrada en el territorio español o, en todo caso, desde que se produzcan los acontecimientos que justifiquen el temor fundado de persecución o daños graves. A estos efectos, la entrada ilegal en territorio español no podrá ser sancionada cuando haya sido realizada por persona que reúna los requisitos para ser beneficiaria de la protección internacional prevista en esta Ley.

3. En el momento de efectuar la solicitud, la persona extranjera será informada, en una lengua que pueda comprender, acerca de:

- a) el procedimiento que debe seguirse;
- b) sus derechos y obligaciones durante la tramitación, en especial en materia de plazos y medios de que dispone para cumplir éstas;
- c) la posibilidad de contactar con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y con las Organizaciones no Gubernamentales legalmente reconocidas entre cuyos objetivos figure el asesoramiento y ayuda a las personas necesitadas de protección internacional;
- d) las posibles consecuencias del incumplimiento de sus obligaciones o de su falta de colaboración con las autoridades; y
- e) los derechos y prestaciones sociales a los que tiene acceso en su condición de solicitante de protección internacional.

4. La solicitud se formalizará mediante entrevista personal que se realizará siempre individualmente. De forma excepcional, podrá requerirse la presencia de otros miembros de la familia de los solicitantes, si ello se considerase imprescindible para la adecuada formalización de la solicitud.

5. La Administración adoptará las medidas necesarias para que, cuando sea preciso, en la entrevista se preste un tratamiento diferenciado por razón del sexo de la persona solicitante o demás circunstancias previstas en el artículo 46

de esta Ley. De este trámite se dejará debida constancia en el expediente administrativo.

6. Las personas encargadas de efectuar la entrevista informarán a los solicitantes sobre cómo efectuar la solicitud, y les ayudarán a cumplimentarla, facilitándoles la información básica en relación con aquélla. Asimismo, colaborarán con los interesados para establecer los hechos relevantes de su solicitud.

7. Cuando razones de seguridad lo aconsejen, se podrá registrar a la persona solicitante y sus pertenencias, siempre y cuando se garantice el pleno respeto a su dignidad e integridad.

8. En los términos que se establezcan reglamentariamente, se planteará la posibilidad de una nueva audiencia personal sobre su solicitud de asilo. La ponderación sobre la necesidad o no de efectuar nuevas entrevistas será motivada”.

Artículo 18. Derechos y obligaciones de los solicitantes.

“1. El solicitante de asilo, presentada la solicitud, tiene en los términos recogidos en la presente Ley, en los artículos 16, 17, 19, 33 y 34, los siguientes derechos:

- a) a ser documentado como solicitante de protección internacional;*
- b) a asistencia jurídica gratuita e intérprete;*
- c) a que se comunique su solicitud al ACNUR;*
- d) a la suspensión de cualquier proceso de devolución, expulsión o extradición que pudiera afectar al solicitante;*
- e) a conocer el contenido del expediente en cualquier momento;*
- f) a la atención sanitaria en las condiciones expuestas;*
- g) a recibir prestaciones sociales específicas en los términos que se recogen en esta Ley.*

2. Serán obligaciones de los solicitantes de protección internacional las siguientes:

- a) cooperar con las autoridades españolas en el procedimiento para la concesión de protección internacional;*
- b) presentar, lo antes posible, todos aquellos elementos que, junto a su propia declaración, contribuyan a fundamentar su solicitud. Entre otros, podrán presentar la documentación de que dispongan sobre su edad, pasado -incluido el de parientes relacionados-, identidad, nacionalidad o nacionalidades, lugares de anterior residencia, solicitudes de protección internacional previas, itinerarios de viaje, documentos de viaje y motivos por los que solicita la protección;*

c) proporcionar sus impresiones dactilares, permitir ser fotografiados y, en su caso, consentir que sean grabadas sus declaraciones, siempre que hayan sido previamente informados sobre este último extremo;

d) informar sobre su domicilio en España y cualquier cambio que se produzca en él;

e) informar, asimismo, a la autoridad competente o comparecer ante ella, cuando así se les requiera con relación a cualquier circunstancia de su solicitud”.

Artículo 19. Efectos de la presentación de la solicitud.

“1. Solicitada la protección, la persona extranjera no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud o ésta no sea admitida. No obstante, por motivos de salud o seguridad públicas, la autoridad competente podrá adoptar medidas cautelares en aplicación de la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración.

2. Asimismo, la solicitud de protección suspenderá, hasta la decisión definitiva, la ejecución del fallo de cualquier proceso de extradición de la persona interesada que se halle pendiente. A tal fin, la solicitud será comunicada inmediatamente al órgano judicial o al órgano gubernativo ante el que en ese momento tuviera lugar el correspondiente proceso.

3. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, podrá entregarse o extraditarse a una persona solicitante, según proceda, a otro Estado miembro de la Unión Europea en virtud de las obligaciones dimanantes de una orden europea de detención y entrega, o a un país tercero ante órganos judiciales penales internacionales.

4. Las personas solicitantes de asilo tienen derecho a entrevistarse con un abogado en las dependencias de los puestos fronterizos y centros de internamiento de extranjeros. Reglamentariamente, y sin perjuicio de las normas de funcionamiento establecidas para las citadas dependencias y centros, podrán establecerse condiciones para el ejercicio de este derecho derivadas de razones de seguridad, orden público o de su gestión administrativa.

5. La solicitud de protección dará lugar al inicio del cómputo de los plazos previstos para su tramitación.

6. La resolución que admita a trámite una solicitud de asilo determinará el procedimiento correspondiente.

7. En caso de que la tramitación de una solicitud pudiese exceder de seis meses, ampliables de acuerdo con lo previsto en el artículo 49 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para su resolución y notificación, se informará a la persona interesada del motivo de la demora”.

El artículo 36.1,h) de la Ley 12/2009, dispone que

"La concesión del derecho de asilo o de la protección subsidiaria implicará el reconocimiento de los derechos establecidos en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración, así como en la normativa de la Unión Europea, y, en todo caso: h) la libertad de circulación".

El artículo 5 de la Ley Orgánica 4/2000, reconoce al extranjero que esté en situación regular en España su derecho a circular libremente por el territorio español.

El Acta final, apartado III de la Adhesión de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (BOE núm. 81, de 5 de abril de 1994) recoge textualmente lo siguiente en relación con la cuestión que aquí nos ocupa:

"e) En aplicación de su legislación nacional y con el fin de verificar si los pasajeros siguen cumpliendo las condiciones enumeradas en el artículo 5 del Convenio de 1990, en virtud de los cuales fueron autorizados a entrar en territorio nacional en el momento del control de pasaportes en la frontera exterior, España mantendrá controles (controles de identidad y de documentos) en las conexiones marítimas y aéreas provenientes de Ceuta y Melilla que tengan como único destino otro punto del territorio español. A este mismo fin, España mantendrá controles sobre los vuelos interiores y sobre las conexiones regulares por transbordador que salgan de las ciudades de Ceuta y Melilla con destino a otro Estado parte del Convenio".

El artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) dispone, sobre las Condiciones de entrada de los nacionales de terceros países, que

"1. Para estancias previstas en el territorio de los Estados miembros de una duración que no exceda de 90 días dentro de cualquier período de 180 días, lo que implica tener en cuenta el período de 180 días que precede a cada día de estancia, las condiciones de entrada para los nacionales de terceros países serán las siguientes:

a) Estar en posesión de un documento de viaje válido que otorgue a su titular el derecho a cruzar la frontera y que cumpla los siguientes criterios:

i) Seguirá siendo válido como mínimo tres meses después de la fecha prevista de partida del territorio de los Estados miembros. En casos de emergencia justificados, esta obligación podrá suprimirse,

ii) deberá haberse expedido dentro de los diez años anteriores;

b) Estar en posesión de un visado válido, cuando así lo exija el Reglamento (CE) n.º 539/2001 del Consejo (25), salvo que sean titulares de un permiso de residencia válido o de un visado de larga duración válido;

c) *Estar en posesión de documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista y disponer de medios de subsistencia suficientes, tanto para el período de estancia previsto como para el regreso al país de origen o el tránsito hacia un tercer país en el que su admisión esté garantizada, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios;*

d) *No estar inscrito como no admisible en el SIS;*

e) *No suponer una amenaza para el orden público, la seguridad interior, la salud pública o las relaciones internacionales de ninguno de los Estados miembros ni, en particular, estar inscrito como no admisible en las bases de datos nacionales de ningún Estado miembro por iguales motivos.*

2. *A efectos de la aplicación del apartado 1, la fecha de entrada se considerará como primer día de estancia en el territorio de los Estados miembros, y la fecha de salida como último día de estancia en el territorio de los Estados miembros. No se tendrán en cuenta para el cálculo de la duración de la estancia en el territorio de los Estados miembros los períodos de estancia autorizados por medio de un visado nacional de larga duración o de un permiso de residencia.*

3. *En el anexo I figura una lista no exhaustiva de documentos justificativos que la guardia de fronteras podrá pedir a los nacionales de terceros países para comprobar el cumplimiento de las condiciones contempladas en el apartado 1, letra c).*

4. *El criterio para calcular los medios de subsistencia estará en función de la duración y del motivo de la estancia y se usarán como referencia los precios medios en el Estado o Estados miembros de que se trate del alojamiento y de la alimentación, en hospedaje económico multiplicado por el número de días de estancia.*

Los importes de referencia fijados por los Estados miembros se notificarán a la Comisión de conformidad con el artículo 39.

La comprobación de los medios de subsistencia suficientes podrá basarse en el dinero efectivo, los cheques de viaje y las tarjetas de crédito que obren en poder del nacional de un tercer país. Las declaraciones de invitación, cuando las prevea el Derecho interno, y las declaraciones de toma a cargo definidas por el Derecho interno, en caso de que el nacional de un tercer país se aloje en el domicilio de una persona de acogida, también podrán constituir prueba de medios adecuados de subsistencia.

5. *No obstante lo dispuesto en el apartado 1:*

a) *Podrá autorizarse la entrada al territorio de los demás Estados miembros a aquellos nacionales de terceros países que no cumplan las condiciones establecidas en el apartado 1, pero que sean titulares de un permiso de residencia o de un visado de larga duración, al objeto de que puedan llegar al territorio del Estado miembro que haya expedido el permiso de residencia o el visado de larga duración, a no ser que figuren en la lista nacional de personas*

no admisibles del Estado miembro en cuyas fronteras exteriores se presenten y que la descripción que les afecte esté acompañada de medidas que se opongan a la entrada o al tránsito;

b) Podrá autorizarse la entrada al territorio de los Estados miembros a aquellos nacionales de terceros países que se presenten en la frontera y cumplan las condiciones establecidas en el apartado 1, excepto la de la letra b), si se les puede expedir un visado en la frontera en virtud de los artículos 35 y 36 del Reglamento (CE) n.º 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo (26).

Los Estados miembros elaborarán estadísticas sobre los visados expedidos en la frontera con arreglo al artículo 46 del Reglamento (CE) n.º 810/2009 y a su anexo XII.

En caso de que no fuera posible colocar el visado en el documento, se adherirá la etiqueta, con carácter excepcional, en una hoja suelta que se incorporará al documento. En tal caso, se utilizará obligatoriamente el modelo uniforme de impreso para la colocación del visado establecido por el Reglamento (CE) n.º 333/2002 del Consejo (27);

c) Por motivos humanitarios, de interés nacional o por obligaciones internacionales, todo Estado miembro podrá autorizar la entrada en su territorio a nacionales de terceros países que no cumplan alguna de las condiciones establecidas en el apartado 1. En tales casos, cuando un nacional de un tercer país esté inscrito como no admisible con arreglo al apartado 1, letra d), el Estado miembro que le autorice la entrada en su territorio informará de ello a los demás Estados miembros”.

Asimismo, sobre la base de que cuando el demandante solicitó poder trasladarse al territorio peninsular ya había instado la protección internacional y su solicitud se había admitido a trámite, habiendo sido, por ello, documentado con el de solicitante de protección internacional en trámite, añadíamos lo siguiente:

“Dado que el primer derecho de aquél a quien se le admite tal solicitud es que se le documente como solicitante de protección internacional [artículo 18.1.a)], el efecto directo de esa admisión a trámite es que dicha persona no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva su solicitud (art.19.1), quedando el interesado obligado a comunicar su cambio de domicilio [18.2.d)], lo que implica que está facultado para realizar dicho cambio. De igual modo, la admisión a trámite lleva consigo la apertura del procedimiento correspondiente, según se deriva del artículo 19.6, siempre de la Ley 12/2009.

En este caso, a tenor de los citados preceptos legales, el recurrente, en cuanto que se encuentra en la Ciudad Autónoma de Ceuta -territorio español, por tanto- y documentado como solicitante de asilo en tramitación, se encontraba, en la fecha a la que se contraen estos autos, una situación regular en España, aunque, cierto es también, transitoriamente como así lo demuestra el hecho de que el documento que le acredita como solicitante de asilo tenga un plazo de caducidad. No obstante, tal situación de regularidad en territorio español permitía su traslado dentro del mismo (y, por tanto, desde Ceuta a la Península)

si bien sometido a la obligación de comunicar el cambio de domicilio que pretenda, lo que, sin embargo, no es exigible a quien ya ostenta la condición de titular del derecho de asilo instado.

El acto denegatorio y el que lo confirma en alzada, impugnados en este proceso, mantienen que, de acuerdo con los términos arriba expuestos de la Adhesión de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, el órgano competente, en este caso la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, (Orden INT/28/2013, de 18 de enero y artículo 4.2 del Real Decreto 557/2011) está normativamente habilitado para impedir que el recurrente, cuya solicitud de asilo ha sido admitida en la ciudad de Ceuta, pueda desplazarse a la Península, pues no cumpliría, se dice, para dicho cruce ninguno de los requisitos, tanto de índole documental como material, exigidos por el citado artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016.

Sin embargo, el control que pueden y deben realizar las autoridades competentes en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, conforme a lo dispuesto en el Acta Final del repetido Acuerdo de Adhesión de España al Convenio de Schengen, a fin de comprobar el cumplimiento de las condiciones previstas en el repetido artículo 6 del Reglamento Comunitario, se refiere a controles de identidad y documentos en las conexiones marítimas y aéreas que tengan como único destino otro punto del territorio español; lo que implica que no exista impedimento alguno para el ahora recurrente dado que, cuando puso de manifiesto su intención de cambiar de domicilio, trasladándose a la Península, estaba debidamente documentado.

Por otra parte, aunque con igual relevancia que lo anterior, entiende la Sala que no resulta aplicable en este caso lo dispuesto en el artículo 4.2 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, invocado en la Resolución denegatoria confirmada luego en alzada. Y no lo es porque, repasando su tenor literal (“La Comisaría General de Extranjería y Fronteras podrá autorizar la entrada en España de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en el apartado anterior cuando existan razones excepcionales...”), es claro que el supuesto de hecho exigible para su aplicación no se da en este caso ya que, aun de modo transitorio hasta la decisión sobre su solicitud de asilo, el recurrente estaba ya en territorio español (Ceuta indiscutiblemente lo es). Dificilmente puede, pues, aceptarse que tuviera en este caso la Comisaría General citada facultades para autorizar, o denegar, la entrada del actor en España por los motivos expuestos en el repetido artículo reglamentario, si no es a través de un inasumible argumento en el que el término “España” -contenido en el precepto normativo en cuestión- se identifique con el de “territorio peninsular”; restricción que la Sala rechaza de plano, por lo expuesto.

En consecuencia, vistas las pretensiones ejercitadas en la demanda, el presente recurso habrá de ser íntegramente estimado en los términos solicitados en el escrito rector, anulándose las resoluciones impugnadas por no existir impedimento alguno para que el actor, conforme a la situación que mantenía en

la fecha en que formuló la solicitud, pudiera trasladarse al territorio español peninsular”.

Consecuentemente, aplicando la doctrina expuesta al caso que ahora nos ocupa, procede la estimación del presente recurso contencioso-administrativo”.

Este criterio se ha mantenido también en sentencias de 11 de mayo de 2015 (P.O. 1088/14), 28 de mayo de 2015 (P.O. 1089/14), 10 de junio de 2015 (P.O. 1091/14), 29 de septiembre de 2017 (P.O. 1470/16) y 26 de enero de 2018 (P.O. 41/17), entre otras.

A tenor de todo lo expuesto en la misma línea del auto de 31 de julio de 2018 (PMC 412/2018), se considera que en este caso concurren los requisitos necesarios para el otorgamiento de la medida cautelar solicitada, concretamente *periculum in mora*, sin que se aprecie una grave perturbación para los intereses generales o de tercero por su adopción, existiendo, además, a favor de la pretensión de la parte demandante apariencia de buen derecho.

CUARTO.- Por último, como ya se dijo en el referido auto de 27 de junio de 2018, que si bien es cierto que nuestra jurisprudencia se ha pronunciado en ocasiones en contra de acceder a la suspensión de actos negativos, tales como denegaciones del reconocimiento de derechos, por suponer la satisfacción de la pretensión principal, sin embargo en el concreto caso que se está resolviendo no se trata propiamente un acto administrativo negativo, sino una actuación que incorpora una inscripción en la documentación suministrada al recurrente, mediante la cual se le impide el acceso a la península, limitándose su derecho a la libre circulación y residencia en el territorio español. Por lo tanto, tal doctrina no resulta aplicable al presente caso.

Por todo lo razonado, procede la concesión de la medida cautelar solicitada, autorizándose el traslado del recurrente al territorio peninsular y su residencia en el mismo durante la sustanciación de este recurso.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, procede imponer las costas causadas en este incidente a la Administración demandada.

No obstante, a tenor del apartado tercero de dicho artículo 139 la imposición de las costas podrá ser *"a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima"* y la Sala considera procedente, atendida la índole del litigio y la concreta actividad desplegada por las partes, limitar la cantidad que, por los conceptos de honorarios de Abogado y derechos de Procurador, ha de satisfacer a la parte contraria la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima total de cien euros (100 €), más la cantidad que en concepto de IVA corresponda a la cuantía reclamada.

En atención a lo expuesto

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Conceder la medida cautelar solicitada por la procuradora doña Eva María Escolar Escolar, en nombre y representación de [REDACTED]

autorizándose el traslado del recurrente al territorio peninsular y su residencia en el mismo durante la sustanciación de este recurso.

Se condena al pago de las costas causadas en el presente incidente a la Administración demandada con la limitación que respecto de su cuantía se ha realizado en el último razonamiento jurídico.

Notifíquese la presente resolución a las partes y remítase testimonio de la presente resolución a la Administración demandada, DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA, para que lleve a efecto lo acordado

El presente auto es susceptible de recurso de casación, previo recurso de reposición a interponer ante esta Sala en el plazo de cinco días, contados desde el siguiente al de su notificación, **previa constitución del depósito** previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite dicho recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2414-0000-91-0276-18 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” 20 Contencioso-Reposición/Súplica (25 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2414-0000-91-0276-18 en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. anotados en el encabezamiento de la presente resolución. Doy fe.

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial previstas en el artículo 560.1.10 de la LOPJ

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Primera

C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

33016340

NIG: 28.079.00.3-2018/0018167

Pieza de Medidas Cautelares 1032/2018 - 0001 (Procedimiento Ordinario)

De: D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. LEONARDO RUIZ BENITO

Contra: DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

A U T O N°

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO

ILMOS/ILMAS. SRES/SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS

D. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA

En Madrid, a seis de marzo de dos mil diecinueve.

HECHOS

PRIMERO.- Por el procurador de los tribunales don Leonardo Ruiz Benito, en nombre y representación de [REDACTED], natural de Marruecos, se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta del recurso de alzada presentado contra la inscripción incluida en documento de fecha 19 de septiembre de 2018 que acredita la condición del recurrente de solicitante de protección internacional (de la Jefatura Superior de Policía en Ceuta, actuando por delegación del Comisario General de Extranjería y Fronteras), que limita su validez a Ceuta, restringiendo su derecho a la libertad de circulación y de residencia al impedirle el traslado a territorio peninsular.

Asimismo, el recurrente ha solicitado como medida cautelar que se le autorice de forma expresa el traslado de Ceuta a territorio peninsular y se permita su residencia en dicho territorio durante la sustanciación del recurso, sin prestación de caución.

SEGUNDO.- Formada la correspondiente pieza separada, y dado traslado de las actuaciones a la Abogacía del Estado para que formular las alegaciones que estimara pertinentes, presentó escrito solicitando la denegación de la medida cautelar.

Es ponente de esta resolución el Ilmo. Magistrado Don José Arturo Fernández García

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Las medidas cautelares tratan de asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso, evitando la producción de un perjuicio de imposible o difícil reparación *-periculum in mora-* o, como expresa el artículo 129 LJCA, asegurar “la efectividad de la sentencia”. El objetivo es que la sentencia estimatoria que pudiera recaer pueda llevarse a la práctica de modo útil para que lo juzgado pueda ser ejecutado, garantizando así del principio de tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la CE (ATS de 14 de junio de 2012, Rec. 344/2012), y del cual forma parte integrante la llamada “tutela cautelar”. Se trata, en definitiva, de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso.

De acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en STS de 22 de julio de 2002 (Rec. Cas. 3507/1998), transcrita en el ATS de 16 de julio de 2004 (R.C.A. 46/2004) y reiterada en el de 18 de julio de 2006 (R.C.A. 18/2006), la razón de ser de la justicia cautelar en el proceso en general se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme pueda dar lugar a 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 señala el artículo 129 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 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.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en SSTC 22/84, 66/84, 238/92, 148/93, entre otras muchas) ha declarado que el principio de autotutela administrativa, que no es incompatible con el artículo 24.1 CE, engarza con el principio de eficacia previsto en el artículo 103.1 CE y se satisface facilitando que la ejecución se someta a la decisión de un Tribunal y éste resuelva sobre la suspensión. Sobre esta base, la STC 218/1994 dejó dicho 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 artículo 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 ser adoptada mediante la adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, según la justificación que se ofrezca en el momento de solicitarla, en relación con los distintos criterios que según la Ley Jurisdiccional han de contemplarse, y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional.

Así, en relación con los criterios a considerar a la hora de resolver sobre la adopción o denegación de una medida cautelar, el ATS de 18 de julio de 2006, entre otros muchos, recuerda que han de ponderarse conjuntamente los siguientes:

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. 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 su adopción no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso.

c) El *periculum in mora*, 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.

d) La ponderación de los intereses concurrentes como criterio complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso. 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 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 de 3 de junio de 1997, entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*); un criterio que, no recogido expresamente en la Ley Jurisdiccional aunque sí en el artículo 728 LEC, permite realizar una valoración de los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar, con carácter provisional y en los casos delimitados por la jurisprudencia (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, 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), dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva

Por ello, la jurisprudencia contempla la adopción de las medidas cautelares bajo el régimen de la nueva Ley Jurisdiccional, no como una medida excepcional, sino como una verdadera facultad judicial y un instrumento de tutela judicial ordinaria, por influjo directo de las exigencias que derivan de la tutela judicial efectiva (en este sentido AATS de 14 de junio de 2012, Rec. 344/2012, de 5 de febrero de 2009, Rec. 35/2008, y de 27 de marzo de 2007, Rec. 148/2005).

En la línea y ampliando lo anteriormente señalado, indicar que el artículo 129 LJCA abandona el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, que caracterizaba la regulación anterior, instaurando un sistema de "**númerus apertus**", de medidas innominadas, entre las que se encuentran las de carácter positivo. Así, el precepto utiliza una formulación amplia, en cuya virtud los interesados pueden solicitar "cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia".

Los presupuestos legales para la adopción de una medida cautelar en el proceso contencioso-administrativo se establecen con carácter general para el supuesto de impugnación de actos administrativos o disposiciones generales en el artículo 130 LJCA, sin perjuicio de las especialidades propias del régimen de tutela cautelar relativo a la vía de hecho y a la inactividad administrativa, que contempla el artículo 136 LJCA.

El criterio general para la adopción de medidas cautelares que se recoge en el artículo 130 LJCA se concreta en la expresión "pérdida de la finalidad legítima del recurso". Dicho concepto jurídico indeterminado gira en torno al llamado "*periculum in mora*", que el legislador ha situado como criterio decisor de la adopción de medidas cautelares, al margen de la mayor o menor incidencia que se quiera atribuir al principio "*fumus boni iuris*", y del relevante papel que ocupa la ponderación de intereses que preside todo el sistema.

La "pérdida de la finalidad legítima del recurso" puede identificarse en presencia de alguna de las siguientes circunstancias: a) la irreparabilidad o difícil reparación del daño o perjuicio que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera ocasionar, y b) la generación de una situación jurídica irreversible o de costosa o difícil reversibilidad que prive de efectividad a la sentencia favorable a la pretensión ejercitada.

Ahora bien, como contrapeso del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. De este modo, la ponderación de los intereses es el segundo de los presupuestos legales para la adopción de las medidas cautelares que debe concurrir junto con el *periculum in mora* para justificar la adopción de aquellas.

En definitiva, la Ley Jurisdiccional establece un requisito esencial para posibilitar la adopción de medidas cautelares, consistente en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder al recurso su finalidad legítima. De manera que sólo cumplido tal presupuesto podrá ser adoptada la medida cautelar, aunque podrá denegarse cuando, pese a ello, pudiera seguirse de su adopción una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, exigiendo del Juez o Tribunal una ponderación circunstanciada de los intereses en conflicto. Por tanto, en dicho juicio de ponderación de intereses se debe comparar la intensidad del interés público que representa la ejecución del acto y la entidad de los perjuicios susceptibles de ser provocados por tal ejecución, concediéndose mayor relevancia en dicha valoración comparativa al interés general o de tercero afectado por la eficacia del acto impugnado.

Además se produce una interrelación entre el *periculum in mora* y la ponderación de intereses que condiciona el juicio cautelar, pues, tal y como afirma la jurisprudencia, cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; mientras que, por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto(en este sentido SSTS de 5 de julio de 2012, Rec. 2704/2011 y 4873/2010, de 29 de noviembre de 2012, Rec. 5487/2011, y de 26 de septiembre de 2011, Rec. 6198/2010, y ATS de 8 de mayo de 2012, Rec. 313/2012).

Por último, junto al *periculum in mora*, tradicional elemento definidor de la decisión cautelar, se ha abierto camino en los últimos tiempos, doctrinal y jurisprudencialmente, como criterio para la adopción de medidas cautelares, el “*fumus boni iuris*”, que se incorpora al proceso contencioso-administrativo de la mano de la jurisprudencia y procedente del Derecho comunitario.

Constituye un criterio de contornos aún no plenamente definidos y de aplicación ciertamente residual y muy limitada, que junto con aquel otro ha justificado el otorgamiento de la tutela cautelar en ocasiones.

La aplicación de la doctrina del “*fumus boni iuris*” nos sitúa ante el juicio de probabilidad o de verosimilitud de la existencia del derecho, y se vincula a la existencia de una situación jurídica necesitada de protección durante la tramitación del proceso y hasta que se dicte sentencia definitiva en el mismo, ante el previsible perjuicio que sufriría por la duración del proceso.

Sin embargo, tras el entusiasmo con que se acogió en un principio, actualmente la jurisprudencia advierte de los riesgos de su uso y demanda su prudente aplicación, recomendando su empleo para fundamentar la suspensión de ejecutividad o vigencia de actos o disposiciones, con carácter general, solo en determinados supuestos. Concretamente en los casos de nulidad de pleno derecho del acto o disposición recurridos, siempre y cuando la nulidad sea manifiesta, precisando que esta circunstancia concurre en los actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada previamente nula, cuando existe una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, y ante la existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz.

Tan prudente aplicación pretende conjurar el riesgo de prejuzgar la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulnere 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 -lo que conlleva que la decisión del Tribunal sobre las cuestiones suscitadas por las partes en el proceso principal se produzca tras su sustanciación bajo tales principios, en relación con los hechos en que se funda cada pretensión-, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito o decidir el fondo del asunto, sino solo para salvaguardar la finalidad legítima del recurso (en este sentido SSTS de 29 de noviembre de 2012, Rec. 5487/2011, y de 5 de julio de 2012, Rec. 2704/2011 y 4873/2010)

Tal y como señala la STC 148/1993 "el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que

corresponde resolver en el proceso principal", pues al resolver sobre una medida cautelar se carece aún de los elementos precisos para efectuar un enjuiciamiento definitivo.

Finalmente señalar que la carga de acreditar que la ejecución del acto recurrido o la vigencia de la disposición impugnada, sobre los que recae la solicitud de medida cautelar, podría frustrar la finalidad legítima del recurso, recae sobre el solicitante y favorecido por la misma. Es decir, el interesado en obtener la medida cautelar tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurrirían en el caso para acordarla, sin que sea suficiente una mera invocación genérica o una mera alegación, sin prueba alguna (en este sentido SSTs de 29 de noviembre de 2012, Rec. 5487/2011, y de 5 de julio de 2012, Rec. 2704/2011 y 4873/2010).

No obstante, la concurrencia de los requisitos para la adopción de la medida cautelar no requiere una prueba plena, sino que bastará con una razonabilidad de su producción o concurrencia. Es decir, será suficiente con una prueba por indicios o incompleta acerca de la posibilidad de que las consecuencias dañosas alegadas se produzcan, así como de su naturaleza y alcance (en este sentido, además de las SSTs anteriormente citadas, los AATS de 5 de febrero de 2009, Rec. 35/2008, y de 27 de marzo de 2007, Rec. 148/2005).

SEGUNDO.- El acto administrativo respecto al que se solicita la presente medida cautelar es la desestimación presunta del recurso de alzada presentado contra la inscripción incluida en el documento facilitado que acredita la condición del recurrente como solicitante de protección internacional, limitando su validez a Ceuta y restringiendo, por ello, su derecho a la libertad de circulación y de residencia al impedirle el traslado a territorio peninsular.

La parte demandante que insta la medida cautelar alega esencialmente que el recurrente, con fecha 31 de enero de 2018, formalizó solicitud de protección internacional en Ceuta, siendo admitida a trámite, por lo que el 19 de septiembre de 2018 la Jefatura Superior de Policía de Ceuta, por delegación del Comisario General del Extranjería y Fronteras, le hizo entrega de la correspondiente documentación que acredita su condición de solicitante de protección internacional, en la que se insertó una inscripción que reza "válido sólo en Ceuta".

Opone dicha parte esencialmente la apariencia de buen derecho en su favor, dado que tal inscripción causa una indebida limitación al derecho del interesado a circular libremente por el territorio nacional y a elegir su residencia; así como la existencia de *periculum in mora*, teniendo en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél por su orientación sexual y creencias religiosas que se perpetuaría por la limitación personal que le supone no poder desplazarse a la península. Finalmente, señala que la adopción de la medida cautelar no lesiona intereses generales ni de tercero.

Frente a estos argumentos, la Abogacía del Estado opone la improcedencia de medidas cautelares frente a actos negativos por constituir una estimación anticipada de la pretensión del actor y que no se acredita la concurrencia de los requisitos necesarios para la adopción de la medida cautelar solicitada.

En un supuesto análogo al presente se ha pronunciado esta Sección en el auto de 19 de junio de 2018 (Procedimiento ordinario 197/2018), reproducido en otro dictado el 27 de junio de 2018(Procedimiento Ordinario 276/2018) en asunto similar, en el sentido siguiente:

“CUARTO.- (...)

Con tal base, solicita se le reconozca la posibilidad de trasladarse desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular y ello sin perjuicio del resultado final del expediente de solicitud de protección internacional. La negación, pues, al actor de la posibilidad de trasladar su domicilio desde una parte a otra del territorio nacional podría afectar al derecho que, aunque de modo transitorio y no definitivo, apareja la admisión a trámite de la solicitud formulada; una afectación que, al concernir a su situación personal por la limitación de un derecho, podría dar lugar a la producción de perjuicios difícilmente reversibles en el caso de dictarse eventualmente una sentencia estimatoria en los autos de los que dimana esta pieza de medidas cautelares.

Procede, pues, considerar concurrente el requisito del periculum in mora sobre el que se construye esencialmente el actual sistema de medidas cautelares que contempla la Ley Jurisdiccional de 1998.

Junto a lo anterior, la necesidad de conjurar la posible pérdida de la finalidad legítima del recurso con la medida cautelar que se ha solicitado por el demandante queda, si cabe, más reforzada contemplando la concurrencia, también, del complementario fumes boni iuris o apariencia de buen derecho.

En relación con el mencionado requisito, será útil recordar lo que el Tribunal Supremo razonaba ya respecto al mismo, entre otras muchas, en Sentencia de 6 de julio de 2009 (Rec. Cas. 658/2008):

“Es cierto que, como hemos declarado en repetidas ocasiones -sentencias de esta Sala de 14 de abril de 2003 (RC 5020/1999) y 17 de marzo de 2008 (RC 1021/2006), donde se citan otras anteriores de 27 de julio de 1996, 26 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 y 22 de febrero de 2003-, la doctrina sobre el fumes 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), si bien resulta aplicable en aquellos supuestos en que se solicita la nulidad del acto administrativo

dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente. En la misma línea se expresa la sentencia de 18 de mayo de 2004 (RC 5793/2001), donde, citando resoluciones anteriores de la propia Sala (autos de 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y sentencia de 14 de enero de 1997, entre otros), se pone de manifiesto que la jurisprudencia hace una aplicación matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, que se utiliza sólo en determinados supuestos, citándose específicamente los casos en que concurre una nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, se trate de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, exista una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, o un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz; y, por el contrario, la doctrina de la apariencia de buen derecho no debe servir de fundamento para la adopción de la medida cautelar en los casos en que se predique la nulidad del acto impugnado en virtud de causas que han de ser objeto de valoración y decisión por primera vez, pues con ello 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.

En el mismo sentido, señalaba ya la STS 7 de abril de 2004 (Rec. Cas. 1678/2002) que "... la finalidad legítima del recurso, cuya protección constituye, ciertamente, el presupuesto para la adopción de medidas cautelares, no es sólo, en un caso como el de autos, que al final del proceso, incluida su fase de ejecución, se restablezca la legalidad urbanística, sino, más bien, que ésta no sea groseramente menoscabada durante la pendencia de aquél. En este sentido, no debe descartarse que la interpretación del concepto jurídico indeterminado "finalidad legítima del recurso" conduzca a incluir en él, no sólo la preservación del efecto útil de la sentencia futura, sino, también, la de evitar que quien aparentemente está revestido de toda razón tenga que esperar a la decisión final del proceso para "disfrutar" de la posición o situación jurídica que, con fuerte presunción, parece corresponderle. A favor de esta ampliación de aquel concepto juegan numerosas razones: desde la idea de que la institución cautelar opera en otras ramas de nuestro ordenamiento jurídico (así, por ejemplo, en sede del juicio ejecutivo) para tutelar provisionalmente situaciones dotadas de una fuerte presunción de certeza; hasta algunas decisiones de la jurisprudencia comunitaria en las que, en presencia de una "fuerte presunción" o "manifiesta fundamentación" de ilegalidad de la actividad frente a la que se solicita la medida cautelar, se concede ésta analizando sólo el aspecto del "fumus boni iuris", sin entrar en el examen de la existencia o no de un perjuicio grave e irreparable; pasando, en fin, por principios tales como el de la proscripción del abuso del derecho o el de que el tener que recurrir al proceso para obtener reconocimiento de los derechos no debe perjudicar a quien tiene razón. El

derecho fundamental a la tutela judicial efectiva parece demandar, también, que el "perjuicio" inherente al tiempo necesario para finalizar el proceso no recaiga en quien, con fuerte apariencia, tiene toda la razón.

Es por ello, en tercer término, que no cabe interpretar el nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares surgido en la Ley 29/1998 como de proscripción, radical, absoluta, del criterio de la apariencia de buen derecho. Este criterio del "fumus boni iuris", aun siendo enormemente controvertido, no parece que pueda ser totalmente desatendido al decidir sobre la adopción de medidas cautelares. Bien para evitar que a través de demandas de todo punto infundadas se perturbe el interés público o los derechos de terceros; bien, como hemos dicho antes, para evitar que la necesidad de acudir al proceso corra en perjuicio de quien aparentemente tiene toda la razón; bien, en fin, para decantarse por la decisión en los casos extremos en que tanto la no adopción como la adopción de la cautela pueda determinar una situación gravemente perjudicial o irreversible”.

En este caso, la aplicación del repetido criterio se presenta como necesaria teniendo en cuenta que esta misma Sala y Sección, en numerosas Sentencias [entre las más recientes, pueden citarse las de 28 de mayo de 2015 (Rec. 1089/2014), 10 de junio de 2015 (Rec. 1091/2014), 29 de septiembre de 2017 (Rec. 1470/2016), 8 de noviembre de 2017 (40/2017), 11 de diciembre de 2017 (Rec. 918/2017), 18 de diciembre de 2017 (Rec. 1457/2017) y 26 de enero de 2018 (Rec. 41/2017)] ha estimado recursos contencioso-administrativos contra idénticas resoluciones que aquéllas a las que viene referida la presente solicitud de tutela cautelar, habiendo acogido en las citadas Sentencias pretensiones basadas en argumentos sustancialmente idénticos a los esgrimidos por el recurrente en apoyo de la pretensión que ahora se resuelve, configurándose así por esta Sala un criterio reiterado y uniforme que a la misma Administración ahora demandada le es de sobra conocido.

Con aplicación, pues, del requisito de la apariencia de buen derecho en el sentido al que se ha hecho referencia, debe acogerse entonces la primera de las pretensiones ejercitadas en la solicitud de tutela cautelar suspendiendo la ejecutividad de las resoluciones recurridas, en la medida en que las mismas impiden al recurrente su desde la Ciudad Autónoma de Melilla al territorio peninsular, en la ciudad de Almería. Y todo ello apoyado, además de en lo ya expuesto, en lo razonado y resuelto por el Tribunal Supremo en un asunto en el que con idéntica aplicación del requisito del fumus boni iuris que ahora hacemos, dejó dicho lo siguiente [STS de 12 de febrero de 2018 (Rec. Cas. 103/2017)]:

“Efectivamente, en el ámbito del sistema cautelar se ha producido la aportación jurisprudencial -doctrina de la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris)- a la que se refiere la recurrente y que, pese a sus modulaciones, permite (1) en un

marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.

(...) la citada 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 o ante 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)...".

Como se indicó en el auto de 27 de junio de 2018, se ha de añadir que ante otro supuesto de hecho análogo al que ahora se trata, aunque resolviendo el fondo de la cuestión litigiosa, y referido también al acceso desde Ceuta a la península por extranjeros que han obtenido la admisión de solicitudes de asilo o protección internacional, se indicaba en la sentencia de esta Sección de 26 de enero de 2018 (P.O. 41/2017):

“TERCERO.- A los hechos expuestos les resultan de aplicación la doctrina contenida en la sentencia citada, donde decíamos lo siguiente:

“QUINTO.- Una vez delimitado con precisión el objeto del presente recurso estamos en condiciones de afirmar que no es la primera vez que esta Sala ha examinado y resuelto pretensiones idénticas a la que aquí se sustancia. En Sentencias de 11 de mayo de 2015 (Rec. 1088/2014), 28 de mayo de 2015 (Rec. 1089/2014) y 10 de junio de 2015 (Rec. 1091/2014) ya se examinaron las mismas cuestiones aquí debatidas y el resultado, como se comprueba, fue el de la estimación de los respectivos recursos. Una decisión que, examinado detenidamente lo actuado en vía administrativa y en estos autos, también se pronunciará, según pasamos a razonar.

El artículo 25 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social, dispone en su artículo 25. 3, referido a los requisitos para la entrada en territorio nacional, que lo dispuesto en sus dos primeros apartados no será de aplicación a los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España, cuya concesión se regirá por lo dispuesto en la normativa específica.

El artículo 4 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, define el derecho a la protección subsidiaria como el "dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos

fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10 de esta Ley y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren, acogerse a la protección del país de que se trate, siempre que no concurra alguno de los supuestos mencionados en los artículos 11 y 12 de esta Ley ".

Los artículos 17, 18 y 19 de la repetida Ley 12/2009 regulan el procedimiento de solicitud de asilo en los siguientes términos:

Artículo 17. Presentación de la solicitud.

1. El procedimiento se inicia con la presentación de la solicitud, que deberá efectuarse mediante comparecencia personal de los interesados que soliciten protección en los lugares que reglamentariamente se establezcan, o en caso de imposibilidad física o legal, mediante persona que lo represente. En este último caso, el solicitante deberá ratificar la petición una vez desaparezca el impedimento.

2. La comparecencia deberá realizarse sin demora y en todo caso en el plazo máximo de un mes desde la entrada en el territorio español o, en todo caso, desde que se produzcan los acontecimientos que justifiquen el temor fundado de persecución o daños graves. A estos efectos, la entrada ilegal en territorio español no podrá ser sancionada cuando haya sido realizada por persona que reúna los requisitos para ser beneficiaria de la protección internacional prevista en esta Ley.

3. En el momento de efectuar la solicitud, la persona extranjera será informada, en una lengua que pueda comprender, acerca de:

- a) el procedimiento que debe seguirse;*
- b) sus derechos y obligaciones durante la tramitación, en especial en materia de plazos y medios de que dispone para cumplir éstas;*
- c) la posibilidad de contactar con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y con las Organizaciones no Gubernamentales legalmente reconocidas entre cuyos objetivos figure el asesoramiento y ayuda a las personas necesitadas de protección internacional;*
- d) las posibles consecuencias del incumplimiento de sus obligaciones o de su falta de colaboración con las autoridades; y*
- e) los derechos y prestaciones sociales a los que tiene acceso en su condición de solicitante de protección internacional.*

4. La solicitud se formalizará mediante entrevista personal que se realizará siempre individualmente. De forma excepcional, podrá requerirse la

presencia de otros miembros de la familia de los solicitantes, si ello se considerase imprescindible para la adecuada formalización de la solicitud.

5. La Administración adoptará las medidas necesarias para que, cuando sea preciso, en la entrevista se preste un tratamiento diferenciado por razón del sexo de la persona solicitante o demás circunstancias previstas en el artículo 46 de esta Ley. De este trámite se dejará debida constancia en el expediente administrativo.

6. Las personas encargadas de efectuar la entrevista informarán a los solicitantes sobre cómo efectuar la solicitud, y les ayudarán a cumplimentarla, facilitándoles la información básica en relación con aquélla. Asimismo, colaborarán con los interesados para establecer los hechos relevantes de su solicitud.

7. Cuando razones de seguridad lo aconsejen, se podrá registrar a la persona solicitante y sus pertenencias, siempre y cuando se garantice el pleno respeto a su dignidad e integridad.

8. En los términos que se establezcan reglamentariamente, se planteará la posibilidad de una nueva audiencia personal sobre su solicitud de asilo. La ponderación sobre la necesidad o no de efectuar nuevas entrevistas será motivada”.

Artículo 18. Derechos y obligaciones de los solicitantes.

“1. El solicitante de asilo, presentada la solicitud, tiene en los términos recogidos en la presente Ley, en los artículos 16, 17, 19, 33 y 34, los siguientes derechos:

- a) a ser documentado como solicitante de protección internacional;*
- b) a asistencia jurídica gratuita e intérprete;*
- c) a que se comunique su solicitud al ACNUR;*
- d) a la suspensión de cualquier proceso de devolución, expulsión o extradición que pudiera afectar al solicitante;*
- e) a conocer el contenido del expediente en cualquier momento;*
- f) a la atención sanitaria en las condiciones expuestas;*
- g) a recibir prestaciones sociales específicas en los términos que se recogen en esta Ley.*

2. Serán obligaciones de los solicitantes de protección internacional las siguientes:

- a) cooperar con las autoridades españolas en el procedimiento para la concesión de protección internacional;*
- b) presentar, lo antes posible, todos aquellos elementos que, junto a su propia declaración, contribuyan a fundamentar su solicitud. Entre otros, podrán*

presentar la documentación de que dispongan sobre su edad, pasado -incluido el de parientes relacionados-, identidad, nacionalidad o nacionalidades, lugares de anterior residencia, solicitudes de protección internacional previas, itinerarios de viaje, documentos de viaje y motivos por los que solicita la protección;

c) proporcionar sus impresiones dactilares, permitir ser fotografiados y, en su caso, consentir que sean grabadas sus declaraciones, siempre que hayan sido previamente informados sobre este último extremo;

d) informar sobre su domicilio en España y cualquier cambio que se produzca en él;

e) informar, asimismo, a la autoridad competente o comparecer ante ella, cuando así se les requiera con relación a cualquier circunstancia de su solicitud”.

Artículo 19. Efectos de la presentación de la solicitud.

“1. Solicitada la protección, la persona extranjera no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud o ésta no sea admitida. No obstante, por motivos de salud o seguridad públicas, la autoridad competente podrá adoptar medidas cautelares en aplicación de la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración.

2. Asimismo, la solicitud de protección suspenderá, hasta la decisión definitiva, la ejecución del fallo de cualquier proceso de extradición de la persona interesada que se halle pendiente. A tal fin, la solicitud será comunicada inmediatamente al órgano judicial o al órgano gubernativo ante el que en ese momento tuviera lugar el correspondiente proceso.

3. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, podrá entregarse o extraditarse a una persona solicitante, según proceda, a otro Estado miembro de la Unión Europea en virtud de las obligaciones dimanantes de una orden europea de detención y entrega, o a un país tercero ante órganos judiciales penales internacionales.

4. Las personas solicitantes de asilo tienen derecho a entrevistarse con un abogado en las dependencias de los puestos fronterizos y centros de internamiento de extranjeros. Reglamentariamente, y sin perjuicio de las normas de funcionamiento establecidas para las citadas dependencias y centros, podrán establecerse condiciones para el ejercicio de este derecho derivadas de razones de seguridad, orden público o de su gestión administrativa.

5. La solicitud de protección dará lugar al inicio del cómputo de los plazos previstos para su tramitación.

6. La resolución que admita a trámite una solicitud de asilo determinará el procedimiento correspondiente.

7. En caso de que la tramitación de una solicitud pudiese exceder de seis meses, ampliables de acuerdo con lo previsto en el artículo 49 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones

Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para su resolución y notificación, se informará a la persona interesada del motivo de la demora".

El artículo 36.1,h) de la Ley 12/2009, dispone que

"La concesión del derecho de asilo o de la protección subsidiaria implicará el reconocimiento de los derechos establecidos en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración, así como en la normativa de la Unión Europea, y, en todo caso: h) la libertad de circulación".

El artículo 5 de la Ley Orgánica 4/2000, reconoce al extranjero que esté en situación regular en España su derecho a circular libremente por el territorio español.

El Acta final, apartado III de la Adhesión de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (BOE núm. 81, de 5 de abril de 1994) recoge textualmente lo siguiente en relación con la cuestión que aquí nos ocupa:

"e) En aplicación de su legislación nacional y con el fin de verificar si los pasajeros siguen cumpliendo las condiciones enumeradas en el artículo 5 del Convenio de 1990, en virtud de los cuales fueron autorizados a entrar en territorio nacional en el momento del control de pasaportes en la frontera exterior, España mantendrá controles (controles de identidad y de documentos) en las conexiones marítimas y aéreas provenientes de Ceuta y Melilla que tengan como único destino otro punto del territorio español. A este mismo fin, España mantendrá controles sobre los vuelos interiores y sobre las conexiones regulares por transbordador que salgan de las ciudades de Ceuta y Melilla con destino a otro Estado parte del Convenio".

El artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) dispone, sobre las Condiciones de entrada de los nacionales de terceros países, que

"1. Para estancias previstas en el territorio de los Estados miembros de una duración que no exceda de 90 días dentro de cualquier período de 180 días, lo que implica tener en cuenta el período de 180 días que precede a cada día de estancia, las condiciones de entrada para los nacionales de terceros países serán las siguientes:

a) Estar en posesión de un documento de viaje válido que otorgue a su titular el derecho a cruzar la frontera y que cumpla los siguientes criterios:

i) Seguirá siendo válido como mínimo tres meses después de la fecha prevista de partida del territorio de los Estados miembros. En casos de emergencia justificados, esta obligación podrá suprimirse,

ii) deberá haberse expedido dentro de los diez años anteriores;

b) Estar en posesión de un visado válido, cuando así lo exija el Reglamento (CE) n.º 539/2001 del Consejo (25), salvo que sean titulares de un permiso de residencia válido o de un visado de larga duración válido;

c) Estar en posesión de documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista y disponer de medios de subsistencia suficientes, tanto para el período de estancia previsto como para el regreso al país de origen o el tránsito hacia un tercer país en el que su admisión esté garantizada, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios;

d) No estar inscrito como no admisible en el SIS;

e) No suponer una amenaza para el orden público, la seguridad interior, la salud pública o las relaciones internacionales de ninguno de los Estados miembros ni, en particular, estar inscrito como no admisible en las bases de datos nacionales de ningún Estado miembro por iguales motivos.

2. A efectos de la aplicación del apartado 1, la fecha de entrada se considerará como primer día de estancia en el territorio de los Estados miembros, y la fecha de salida como último día de estancia en el territorio de los Estados miembros. No se tendrán en cuenta para el cálculo de la duración de la estancia en el territorio de los Estados miembros los períodos de estancia autorizados por medio de un visado nacional de larga duración o de un permiso de residencia.

3. En el anexo I figura una lista no exhaustiva de documentos justificativos que la guardia de fronteras podrá pedir a los nacionales de terceros países para comprobar el cumplimiento de las condiciones contempladas en el apartado 1, letra c).

4. El criterio para calcular los medios de subsistencia estará en función de la duración y del motivo de la estancia y se usarán como referencia los precios medios en el Estado o Estados miembros de que se trate del alojamiento y de la alimentación, en hospedaje económico multiplicado por el número de días de estancia.

Los importes de referencia fijados por los Estados miembros se notificarán a la Comisión de conformidad con el artículo 39.

La comprobación de los medios de subsistencia suficientes podrá basarse en el dinero efectivo, los cheques de viaje y las tarjetas de crédito que obren en poder del nacional de un tercer país. Las declaraciones de invitación, cuando las prevea el Derecho interno, y las declaraciones de toma a cargo definidas por el Derecho interno, en caso de que el nacional de un tercer país se aloje en el domicilio de una persona de acogida, también podrán constituir prueba de medios adecuados de subsistencia.

5. No obstante lo dispuesto en el apartado 1:

a) Podrá autorizarse la entrada al territorio de los demás Estados miembros a aquellos nacionales de terceros países que no cumplan las condiciones

establecidas en el apartado 1, pero que sean titulares de un permiso de residencia o de un visado de larga duración, al objeto de que puedan llegar al territorio del Estado miembro que haya expedido el permiso de residencia o el visado de larga duración, a no ser que figuren en la lista nacional de personas no admisibles del Estado miembro en cuyas fronteras exteriores se presenten y que la descripción que les afecte esté acompañada de medidas que se opongan a la entrada o al tránsito;

b) Podrá autorizarse la entrada al territorio de los Estados miembros a aquellos nacionales de terceros países que se presenten en la frontera y cumplan las condiciones establecidas en el apartado 1, excepto la de la letra b), si se les puede expedir un visado en la frontera en virtud de los artículos 35 y 36 del Reglamento (CE) n.º 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo (26).

Los Estados miembros elaborarán estadísticas sobre los visados expedidos en la frontera con arreglo al artículo 46 del Reglamento (CE) n.º 810/2009 y a su anexo XII.

En caso de que no fuera posible colocar el visado en el documento, se adherirá la etiqueta, con carácter excepcional, en una hoja suelta que se incorporará al documento. En tal caso, se utilizará obligatoriamente el modelo uniforme de impreso para la colocación del visado establecido por el Reglamento (CE) n.º 333/2002 del Consejo (27);

c) Por motivos humanitarios, de interés nacional o por obligaciones internacionales, todo Estado miembro podrá autorizar la entrada en su territorio a nacionales de terceros países que no cumplan alguna de las condiciones establecidas en el apartado 1. En tales casos, cuando un nacional de un tercer país esté inscrito como no admisible con arreglo al apartado 1, letra d), el Estado miembro que le autorice la entrada en su territorio informará de ello a los demás Estados miembros”.

Asimismo, sobre la base de que cuando el demandante solicitó poder trasladarse al territorio peninsular ya había instado la protección internacional y su solicitud se había admitido a trámite, habiendo sido, por ello, documentado con el de solicitante de protección internacional en trámite, añadíamos lo siguiente:

“Dado que el primer derecho de aquél a quien se le admite tal solicitud es que se le documente como solicitante de protección internacional [artículo 18.1.a)], el efecto directo de esa admisión a trámite es que dicha persona no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva su solicitud (art.19.1), quedando el interesado obligado a comunicar su cambio de domicilio [18.2.d)], lo que implica que está facultado para realizar dicho cambio. De igual modo, la admisión a trámite lleva consigo la apertura del procedimiento correspondiente, según se deriva del artículo 19.6, siempre de la Ley 12/2009.

En este caso, a tenor de los citados preceptos legales, el recurrente, en cuanto que se encuentra en la Ciudad Autónoma de Ceuta -territorio español, por tanto- y documentado como solicitante de asilo en tramitación, se encontraba, en la fecha a la que se contraen estos autos, una situación regular en España, aunque,

cierto es también, transitoriamente como así lo demuestra el hecho de que el documento que le acredita como solicitante de asilo tenga un plazo de caducidad. No obstante, tal situación de regularidad en territorio español permitía su traslado dentro del mismo (y, por tanto, desde Ceuta a la Península) si bien sometido a la obligación de comunicar el cambio de domicilio que pretenda, lo que, sin embargo, no es exigible a quien ya ostenta la condición de titular del derecho de asilo instado.

El acto denegatorio y el que lo confirma en alzada, impugnados en este proceso, mantienen que, de acuerdo con los términos arriba expuestos de la Adhesión de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, el órgano competente, en este caso la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, (Orden INT/28/2013, de 18 de enero y artículo 4.2 del Real Decreto 557/2011) está normativamente habilitado para impedir que el recurrente, cuya solicitud de asilo ha sido admitida en la ciudad de Ceuta, pueda desplazarse a la Península, pues no cumpliría, se dice, para dicho cruce ninguno de los requisitos, tanto de índole documental como material, exigidos por el citado artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016.

Sin embargo, el control que pueden y deben realizar las autoridades competentes en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, conforme a lo dispuesto en el Acta Final del repetido Acuerdo de Adhesión de España al Convenio de Schengen, a fin de comprobar el cumplimiento de las condiciones previstas en el repetido artículo 6 del Reglamento Comunitario, se refiere a controles de identidad y documentos en las conexiones marítimas y aéreas que tengan como único destino otro punto del territorio español; lo que implica que no exista impedimento alguno para el ahora recurrente dado que, cuando puso de manifiesto su intención de cambiar de domicilio, trasladándose a la Península, estaba debidamente documentado.

Por otra parte, aunque con igual relevancia que lo anterior, entiende la Sala que no resulta aplicable en este caso lo dispuesto en el artículo 4.2 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, invocado en la Resolución denegatoria confirmada luego en alzada. Y no lo es porque, repasando su tenor literal (“La Comisaría General de Extranjería y Fronteras podrá autorizar la entrada en España de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en el apartado anterior cuando existan razones excepcionales...”), es claro que el supuesto de hecho exigible para su aplicación no se da en este caso ya que, aun de modo transitorio hasta la decisión sobre su solicitud de asilo, el recurrente estaba ya en territorio español (Ceuta indiscutiblemente lo es). Difícilmente puede, pues, aceptarse que tuviera en este caso la Comisaría General citada facultades para autorizar, o denegar, la entrada del actor en España por los motivos expuestos en el repetido artículo reglamentario, si no es a través de un inasumible argumento en el que el término “España” -contenido en el precepto normativo en cuestión- se identifique con el de “territorio peninsular”; restricción que la Sala rechaza de plano, por lo expuesto.

En consecuencia, vistas las pretensiones ejercitadas en la demanda, el presente recurso habrá de ser íntegramente estimado en los términos solicitados en el escrito rector, anulándose las resoluciones impugnadas por no existir impedimento alguno para que el actor, conforme a la situación que mantenía en la fecha en que formuló la solicitud, pudiera trasladarse al territorio español peninsular”.

Consecuentemente, aplicando la doctrina expuesta al caso que ahora nos ocupa, procede la estimación del presente recurso contencioso-administrativo”.

Este criterio se ha mantenido también en sentencias de 11 de mayo de 2015 (P.O. 1088/14), 28 de mayo de 2015 (P.O. 1089/14), 10 de junio de 2015 (P.O. 1091/14), 29 de septiembre de 2017 (P.O. 1470/16) y 26 de enero de 2018 (P.O. 41/17), entre otras.

A tenor de todo lo expuesto en la misma línea del auto de 31 de julio de 2018 (PMC 412/2018), se considera que en este caso concurren los requisitos necesarios para el otorgamiento de la medida cautelar solicitada, concretamente *periculum in mora*, sin que se aprecie una grave perturbación para los intereses generales o de tercero por su adopción, existiendo, además, a favor de la pretensión de la parte demandante apariencia de buen derecho.

CUARTO.- Por último, como ya se dijo en el referido auto de 27 de junio de 2018, que si bien es cierto que nuestra jurisprudencia se ha pronunciado en ocasiones en contra de acceder a la suspensión de actos negativos, tales como denegaciones del reconocimiento de derechos, por suponer la satisfacción de la pretensión principal, sin embargo en el concreto caso que se está resolviendo no se trata propiamente un acto administrativo negativo, sino una actuación que incorpora una inscripción en la documentación suministrada al recurrente, mediante la cual se le impide el acceso a la península, limitándose su derecho a la libre circulación y residencia en el territorio español. Por lo tanto, tal doctrina no resulta aplicable al presente caso.

Por todo lo razonado, procede la concesión de la medida cautelar solicitada, autorizándose el traslado del recurrente al territorio peninsular y su residencia en el mismo durante la sustanciación de este recurso.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, procede imponer las costas causadas en este incidente a la Administración demandada.

No obstante, a tenor del apartado tercero de dicho artículo 139 la imposición de las costas podrá ser *"a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima"* y la Sala considera procedente, atendida la índole del litigio y la concreta actividad desplegada por las partes, limitar la cantidad que, por los conceptos de honorarios de Abogado y derechos de Procurador, ha de satisfacer a la parte contraria la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima total de cien euros (100 €), más la cantidad que en concepto de IVA corresponda a la cuantía reclamada.

En atención a lo expuesto

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Conceder la medida cautelar solicitada por el procurador don don Leonardo Ruiz Benito en nombre y representación de [REDACTED] autorizándose el traslado del recurrente al territorio peninsular y su residencia en el mismo durante la sustanciación de este recurso.

Se condena al pago de las costas causadas en el presente incidente a la Administración demandada con la limitación que respecto de su cuantía se ha realizado en el último razonamiento jurídico.

Notifíquese la presente resolución a las partes y remítase testimonio de la presente resolución a la Administración demandada, DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA, para que lleve a efecto lo acordado

Contra la presente resolución cabe **recurso de reposición** en el plazo de cinco días desde la notificación, **previa constitución del depósito** previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite dicho recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2414-0000-91-1032-18 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” 20 Contencioso-Reposición/Súplica (25 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2414-0000-91-1032-18 en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. anotados en el encabezamiento de la presente resolución. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Primera

C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

33016340

NIG: 28.079.00.3-2018/0026048

Pieza de Medidas Cautelares 1488/2018 - 0001 (Procedimiento Ordinario)

De: D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. ROCIO MARSAL ALONSO

Contra: DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

A U T O N° 203/2019

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D./Dña. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO

ILMOS/ILMAS. SRES/SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D./Dña. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS

D./Dña. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA

En Madrid, a 26 de marzo de 2.019

Resultando los siguientes

HECHOS

PRIMERO.- En fecha 12 de noviembre de 2.018 tuvo entrada en esta Sección recurso promovido por don [REDACTED] contra la desestimación por silencio del recurso de alzada interpuesto contra “el acto administrativo por el que se adiciona la inscripción válido solo en Ceuta en el documento que acredita su condición de solicitante de protección internacional”.

SEGUNDO.- En fecha 18 de febrero de 2019 se ha instado como medida cautelar que se autorice de forma expresa su traslado de Ceuta a territorio peninsular y se permita su residencia en dicho territorio durante la sustanciación del recurso.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La presente pieza separada de medidas cautelares tiene por objeto resolver la pretensión de tutela cautelar ejercitada por la parte demandante al amparo de lo previsto en los artículos 129 y siguientes de la Ley Jurisdiccional.

El recurrente ha solicitado la suspensión de la ejecutividad de la desestimación por silencio del recurso de alzada interpuesto contra el acuerdo de 9 de abril de 2018, del Jefe Superior de Policía de Ceuta por el que en la documentación que le fue entregada en su condición de solicitante de Protección Internacional se le hizo constar la inscripción “válido solo en Ceuta”.

SEGUNDO.- De acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en STS de 22 de julio de 2002 (Rec. Cas. 3507/1998), transcrita en el ATS de 16 de julio de 2004 (R.C.A. 46/2004) y reiterada en el de 18 de julio de 2006 (R.C.A. 18/2006), la razón de ser de la justicia cautelar en el proceso en general se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme pueda dar lugar a 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 señala el artículo 129 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 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.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en SSTC 22/84, 66/84, 238/92, 148/93, entre otras muchas) ha declarado que el principio de autotutela administrativa, que no es incompatible con el artículo 24.1 CE, engarza con el principio de eficacia previsto en el artículo 103.1 CE y se satisface facilitando que la ejecución se someta a la decisión de un Tribunal y éste resuelva sobre la suspensión. Sobre esta base, la STC 218/1994 dejó dicho 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 artículo 106.1 CE.

TERCERO.- La decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares debe ser adoptada mediante la adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, según la justificación que se ofrezca en el momento de solicitarla, en relación con los distintos criterios que según la Ley Jurisdiccional han de contemplarse, y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional.

Así, en relación con los criterios a considerar a la hora de resolver sobre la adopción o denegación de una medida cautelar, el ATS de 18 de julio de 2006, entre otros muchos, recuerda que han de ponderarse conjuntamente los siguientes:

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. 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 su adopción no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso.

c) El *periculum in mora*, 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.

d) La ponderación de los intereses concurrentes como criterio complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso. 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 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 de 3 de junio de 1997, entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*); un criterio que, no recogido expresamente en la Ley Jurisdiccional aunque sí en el artículo 728 LEC, permite realizar una valoración de los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar, con carácter provisional y en los casos delimitados por la jurisprudencia (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, 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), dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva.

CUARTO.- En este caso, examinada detenidamente la pretensión de tutela cautelar formulada por la parte actora, la misma tendrá que ser acogida por las razones que se pasa a exponer.

En este caso, el recurrente formuló el 25 de abril de 2018 una solicitud de protección internacional en el puesto fronterizo de Ceuta, habiendo sido admitida a trámite dicha solicitud en fecha 19 de junio de 2018, por lo que está documentado por las autoridades españolas en este sentido.

Con tal base, solicita se le reconozca la posibilidad de trasladarse desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular y ello sin perjuicio del resultado final del expediente de solicitud de protección internacional. La negación, pues, al actor de la posibilidad de trasladar su domicilio desde una parte a otra del territorio nacional podría afectar al derecho que, aunque de modo transitorio y no definitivo, apareja la admisión a trámite de la solicitud formulada; una afectación que, al concernir a su situación personal por la limitación de un derecho, podría dar lugar a la producción de perjuicios difícilmente reversibles en el caso de

dictarse eventualmente una sentencia estimatoria en los autos de los que dimana esta pieza de medidas cautelares.

Procede, pues, considerar concurrente el requisito del *periculum in mora* sobre el que se construye esencialmente el actual sistema de medidas cautelares que contempla la Ley Jurisdiccional de 1998.

Junto a lo anterior, la necesidad de conjurar la posible pérdida de la finalidad legítima del recurso con la medida cautelar que se ha solicitado por el demandante queda, si cabe, más reforzada contemplando la concurrencia, también, del complementario *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho.

En relación con el mencionado requisito, será útil recordar lo que el Tribunal Supremo razonaba ya respecto al mismo, entre otras muchas, en Sentencia de 6 de julio de 2009 (Rec. Cas. 658/2008):

“Es cierto que, como hemos declarado en repetidas ocasiones -sentencias de esta Sala de 14 de abril de 2003 (RC 5020/1999) y 17 de marzo de 2008 (RC 1021/2006), donde se citan otras anteriores de 27 de julio de 1996, 26 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 y 22 de febrero de 2003-, 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), si bien resulta aplicable en aquellos supuestos en que se solicita la nulidad del acto administrativo dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente. En la misma línea se expresa la sentencia de 18 de mayo de 2004 (RC 5793/2001), donde, citando resoluciones anteriores de la propia Sala (autos de 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y sentencia de 14 de enero de 1997, entre otros), se pone de manifiesto que la jurisprudencia hace una aplicación matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, que se utiliza sólo en determinados supuestos, citándose específicamente los casos en que concurra una nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, se trate de

actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, exista una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, o un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz; y, por el contrario, la doctrina de la apariencia de buen derecho no debe servir de fundamento para la adopción de la medida cautelar en los casos en que se predique la nulidad del acto impugnado en virtud de causas que han de ser objeto de valoración y decisión por primera vez, pues con ello 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.

En el mismo sentido, señalaba ya la STS 7 de abril de 2004 (Rec. Cas. 1678/2002) que "... la finalidad legítima del recurso, cuya protección constituye, ciertamente, el presupuesto para la adopción de medidas cautelares, no es sólo, en un caso como el de autos, que al final del proceso, incluida su fase de ejecución, se restablezca la legalidad urbanística, sino, más bien, que ésta no sea groseramente menoscabada durante la pendencia de aquél. En este sentido, no debe descartarse que la interpretación del concepto jurídico indeterminado "finalidad legítima del recurso" conduzca a incluir en él, no sólo la preservación del efecto útil de la sentencia futura, sino, también, la de evitar que quien aparentemente está revestido de toda razón tenga que esperar a la decisión final del proceso para "disfrutar" de la posición o situación jurídica que, con fuerte presunción, parece corresponderle. A favor de esta ampliación de aquel concepto juegan numerosas razones: desde la idea de que la institución cautelar opera en otras ramas de nuestro ordenamiento jurídico (así, por ejemplo, en sede del juicio ejecutivo) para tutelar provisionalmente situaciones dotadas de una fuerte presunción de certeza; hasta algunas decisiones de la jurisprudencia comunitaria en las que, en presencia de una "fuerte presunción" o "manifiesta fundamentación" de ilegalidad de la actividad frente a la que se solicita la medida cautelar, se concede ésta analizando sólo el aspecto del "fumus boni iuris", sin entrar en el examen de la existencia o no de un perjuicio grave e irreparable; pasando, en fin, por principios tales como el de la proscripción del abuso del derecho o el de que el tener que recurrir al proceso para obtener reconocimiento de los derechos no debe perjudicar a quien tiene razón. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva parece demandar, también, que el "perjuicio"

inherente al tiempo necesario para finalizar el proceso no recaiga en quien, con fuerte apariencia, tiene toda la razón.

Es por ello, en tercer término, que no cabe interpretar el nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares surgido en la Ley 29/1998 como de proscripción, radical, absoluta, del criterio de la apariencia de buen derecho. Este criterio del "fumus boni iuris", aun siendo enormemente controvertido, no parece que pueda ser totalmente desatendido al decidir sobre la adopción de medidas cautelares. Bien para evitar que a través de demandas de todo punto infundadas se perturbe el interés público o los derechos de terceros; bien, como hemos dicho antes, para evitar que la necesidad de acudir al proceso corra en perjuicio de quien aparentemente tiene toda la razón; bien, en fin, para decantarse por la decisión en los casos extremos en que tanto la no adopción como la adopción de la cautela pueda determinar una situación gravemente perjudicial o irreversible”.

En este caso, la aplicación del repetido criterio se presenta como necesaria teniendo en cuenta que esta misma Sala y Sección, en numerosas Sentencias [entre las más recientes, pueden citarse las de 28 de mayo de 2015 (Rec. 1089/2014), 10 de junio de 2015 (Rec. 1091/2014), 29 de septiembre de 2017 (Rec. 1470/2016), 8 de noviembre de 2017 (40/2017), 11 de diciembre de 2017 (Rec. 918/2017), 18 de diciembre de 2017 (Rec. 1457/2017) y 26 de enero de 2018 (Rec. 41/2017)] ha estimado recursos contencioso-administrativos contra idénticas resoluciones que aquéllas a las que viene referida la presente solicitud de tutela cautelar, habiendo acogido en las citadas Sentencias pretensiones basadas en argumentos sustancialmente idénticos a los esgrimidos por el recurrente en apoyo de la pretensión que ahora se resuelve, configurándose así por esta Sala un criterio reiterado y uniforme que a la misma Administración ahora demandada le es de sobra conocido.

Con aplicación, pues, del requisito de la apariencia de buen derecho en el sentido al que se ha hecho referencia, debe acogerse entonces la primera de las pretensiones ejercitadas en la solicitud de tutela cautelar suspendiendo la ejecutividad de las resoluciones recurridas, en la medida en que las mismas impiden al recurrente su desde la Ciudad Autónoma de Melilla al territorio peninsular, en la ciudad de Almería. Y todo ello apoyado, además de en lo ya expuesto, en lo razonado y resuelto por el Tribunal Supremo en un asunto en el que con idéntica aplicación del requisito del *fumus boni iuris* que ahora hacemos, dejó dicho lo siguiente [STS de 12 de febrero de 2018 (Rec. Cas. 103/2017)]:

“Efectivamente, en el ámbito del sistema cautelar se ha producido la aportación jurisprudencial -doctrina de la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris)- a la que se refiere la recurrente y que, pese a sus modulaciones, permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.

(...) la citada 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 o ante 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)...”.

QUINTO.- Establece el art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción que en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En el caso de autos procede la condena en costas de la Administración que ha visto desestimada su pretensión y lo será en cuantía de cien euros (100 €) a la vista del contenido del escrito de oposición.

LA SALA ACUERDA:

1.- Se acuerda la medida cautelar solicitada, consistente en que se suspenda la decisión de no permitir el traslado del demandante desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular.

2.- Se condena en costas a la Administración en cuantía de cien euros (100 €).

Notifíquese la presente resolución a las partes y remítase testimonio de la presente resolución a la Administración demandada, DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA, para que lleve a efecto lo acordado.

El presente auto es susceptible de recurso de casación, previo recurso de reposición a interponer ante esta Sala en el plazo de cinco días, contados desde el siguiente al de su notificación, con constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite dicho recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2414-0000-91-1488-18 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” 20 Contencioso-Reposición/Súplica (25 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2414-0000-91-1488-18 en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así lo acuerda, mandan y firman los Ilmos. Sres. Anotados al margen, de lo que yo, El Secretario, doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Primera

C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

33016340

NIG: 28.079.00.3-2018/0020040

Pieza de Medidas Cautelares 1193/2018 - 0001 (Procedimiento Ordinario)

De: D./Dña [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. JOSE LUIS PESQUERA GARCIA

Contra: DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

A U T O N°

Ilmos Sres:

Presidente

D. Juan Pedro Quintana Carretero

Magistrados

D. Francisco Javier Canabal Conejos

D. José Arturo Fernández García

En Madrid, a 26 de marzo de 2.019

Resultando los siguientes

HECHOS

PRIMERO.- En fecha 13 de septiembre de 2.018 tuvo entrada en esta Sección recurso promovido por don [REDACTED] contra la desestimación por silencio del recurso de alzada interpuesto contra “el acto administrativo por el que se adiciona la inscripción válido solo en Ceuta en el documento que acredita su condición de solicitante de protección internacional”.

SEGUNDO.- En fecha 28 de enero de 2019 se ha instado como medida cautelar que se autorice de forma expresa su traslado de Ceuta a territorio peninsular y se permita su residencia en dicho territorio durante la sustanciación del recurso.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La presente pieza separada de medidas cautelares tiene por objeto resolver la pretensión de tutela cautelar ejercitada por la parte demandante al amparo de lo previsto en los artículos 129 y siguientes de la Ley Jurisdiccional.

El recurrente ha solicitado la suspensión de la ejecutividad de la desestimación por silencio del recurso de alzada interpuesto contra el acuerdo de 9 de abril de 2018, del Jefe Superior de Policía de Ceuta por el que en la documentación que le fue entregada en su condición de solicitante de Protección Internacional se le hizo constar la inscripción “válido solo en Ceuta”.

SEGUNDO.- De acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en STS de 22 de julio de 2002 (Rec. Cas. 3507/1998), transcrita en el ATS de 16 de julio de 2004 (R.C.A. 46/2004) y reiterada en el de 18 de julio de 2006 (R.C.A. 18/2006), la razón de ser de la justicia cautelar en el proceso en general se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme pueda dar lugar a 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 señala el artículo 129 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 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.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en SSTC 22/84, 66/84, 238/92, 148/93, entre otras muchas) ha declarado que el principio de autotutela administrativa, que no es incompatible con el artículo 24.1 CE, engarza con el principio de eficacia previsto en el artículo 103.1 CE y se satisface facilitando que la ejecución se someta a la decisión de un Tribunal y éste resuelva sobre la suspensión. Sobre esta base, la STC 218/1994 dejó dicho 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 artículo 106.1 CE.

TERCERO.- La decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares debe ser adoptada mediante la adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, según la justificación que se ofrezca en el momento de solicitarla, en relación con los distintos criterios que según la Ley Jurisdiccional han de contemplarse, y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional.

Así, en relación con los criterios a considerar a la hora de resolver sobre la adopción o denegación de una medida cautelar, el ATS de 18 de julio de 2006, entre otros muchos, recuerda que han de ponderarse conjuntamente los siguientes:

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. 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 su adopción no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso.

c) El *periculum in mora*, 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.

d) La ponderación de los intereses concurrentes como criterio complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso. 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 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 de 3 de junio de 1997, entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*); un criterio que, no recogido expresamente en la Ley Jurisdiccional aunque sí en el artículo 728 LEC, permite realizar una valoración de los

fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar, con carácter provisional y en los casos delimitados por la jurisprudencia (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, 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), dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva.

CUARTO.- En este caso, examinada detenidamente la pretensión de tutela cautelar formulada por la parte actora, la misma tendrá que ser acogida por las razones que se pasa a exponer.

En este caso, el recurrente formuló el 18 de abril de 2018 una solicitud de protección internacional en el puesto fronterizo de Ceuta, habiendo sido admitida a trámite dicha solicitud en fecha 21 de mayo de 2018, por lo que está documentado por las autoridades españolas en este sentido.

Con tal base, solicita se le reconozca la posibilidad de trasladarse desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular y ello sin perjuicio del resultado final del expediente de solicitud de protección internacional. La negación, pues, al actor de la posibilidad de trasladar su domicilio desde una parte a otra del territorio nacional podría afectar al derecho que, aunque de modo transitorio y no definitivo, apareja la admisión a trámite de la solicitud formulada; una afectación que, al concernir a su situación personal por la limitación de un derecho, podría dar lugar a la producción de perjuicios difícilmente reversibles en el caso de dictarse eventualmente una sentencia estimatoria en los autos de los que dimana esta pieza de medidas cautelares.

Procede, pues, considerar concurrente el requisito del *periculum in mora* sobre el que se construye esencialmente el actual sistema de medidas cautelares que contempla la Ley Jurisdiccional de 1998.

Junto a lo anterior, la necesidad de conjurar la posible pérdida de la finalidad legítima del recurso con la medida cautelar que se ha solicitado por el demandante queda, si cabe, más reforzada contemplando la concurrencia, también, del complementario *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho.

En relación con el mencionado requisito, será útil recordar lo que el Tribunal Supremo razonaba ya respecto al mismo, entre otras muchas, en Sentencia de 6 de julio de 2009 (Rec. Cas. 658/2008):

“Es cierto que, como hemos declarado en repetidas ocasiones -sentencias de esta Sala de 14 de abril de 2003 (RC 5020/1999) y 17 de marzo de 2008 (RC 1021/2006), donde se citan otras anteriores de 27 de julio de 1996, 26 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 y 22 de febrero de 2003-, 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), si bien resulta aplicable en aquellos supuestos en que se solicita la nulidad del acto administrativo dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente. En la misma línea se expresa la sentencia de 18 de mayo de 2004 (RC 5793/2001), donde, citando resoluciones anteriores de la propia Sala (autos de 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y sentencia de 14 de enero de 1997, entre otros), se pone de manifiesto que la jurisprudencia hace una aplicación matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, que se utiliza sólo en determinados supuestos, citándose específicamente los casos en que concurra una nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, se trate de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, exista una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, o un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz; y, por el contrario, la doctrina de la apariencia de buen derecho no debe servir de fundamento para la adopción de la medida cautelar en los casos en que se predique la nulidad del acto impugnado en virtud de causas que han de ser objeto de valoración y decisión por primera vez, pues con ello 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.

En el mismo sentido, señalaba ya la STS 7 de abril de 2004 (Rec. Cas. 1678/2002) que “... la finalidad legítima del recurso, cuya protección constituye, ciertamente, el presupuesto para la adopción de medidas cautelares, no es sólo, en un caso como el de autos, que al final del proceso, incluida su fase de ejecución, se restablezca la legalidad urbanística, sino, más bien, que ésta no sea groseramente menoscabada durante la pendencia de aquél. En este sentido, no debe descartarse que la interpretación del concepto jurídico indeterminado "finalidad legítima del recurso" conduzca a incluir en él, no sólo la preservación del efecto útil de la sentencia futura, sino, también, la de evitar que quien aparentemente está revestido de toda razón tenga que esperar a la decisión final del proceso para "disfrutar" de la posición o situación jurídica que, con fuerte presunción, parece corresponderle. A favor de esta ampliación de aquel concepto juegan numerosas razones: desde la idea de que la institución cautelar

opera en otras ramas de nuestro ordenamiento jurídico (así, por ejemplo, en sede del juicio ejecutivo) para tutelar provisionalmente situaciones dotadas de una fuerte presunción de certeza; hasta algunas decisiones de la jurisprudencia comunitaria en las que, en presencia de una "fuerte presunción" o "manifiesta fundamentación" de ilegalidad de la actividad frente a la que se solicita la medida cautelar, se concede ésta analizando sólo el aspecto del "fumus boni iuris", sin entrar en el examen de la existencia o no de un perjuicio grave e irreparable; pasando, en fin, por principios tales como el de la proscripción del abuso del derecho o el de que el tener que recurrir al proceso para obtener reconocimiento de los derechos no debe perjudicar a quien tiene razón. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva parece demandar, también, que el "perjuicio" inherente al tiempo necesario para finalizar el proceso no recaiga en quien, con fuerte apariencia, tiene toda la razón.

Es por ello, en tercer término, que no cabe interpretar el nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares surgido en la Ley 29/1998 como de proscripción, radical, absoluta, del criterio de la apariencia de buen derecho. Este criterio del "fumus boni iuris", aun siendo enormemente controvertido, no parece que pueda ser totalmente desatendido al decidir sobre la adopción de medidas cautelares. Bien para evitar que a través de demandas de todo punto infundadas se perturbe el interés público o los derechos de terceros; bien, como hemos dicho antes, para evitar que la necesidad de acudir al proceso corra en perjuicio de quien aparentemente tiene toda la razón; bien, en fin, para decantarse por la decisión en los casos extremos en que tanto la no adopción como la adopción de la cautela pueda determinar una situación gravemente perjudicial o irreversible”.

En este caso, la aplicación del repetido criterio se presenta como necesaria teniendo en cuenta que esta misma Sala y Sección, en numerosas Sentencias [entre las más recientes, pueden citarse las de 28 de mayo de 2015 (Rec. 1089/2014), 10 de junio de 2015 (Rec. 1091/2014), 29 de septiembre de 2017 (Rec. 1470/2016), 8 de noviembre de 2017 (40/2017), 11 de diciembre de 2017 (Rec. 918/2017), 18 de diciembre de 2017 (Rec. 1457/2017) y 26 de enero de 2018 (Rec. 41/2017)] ha estimado recursos contencioso-administrativos contra idénticas resoluciones que aquéllas a las que viene referida la presente solicitud de tutela cautelar, habiendo acogido en las citadas Sentencias pretensiones basadas en argumentos sustancialmente idénticos a los esgrimidos por el recurrente en apoyo de la pretensión que ahora se resuelve, configurándose así por esta Sala un criterio reiterado y uniforme que a la misma Administración ahora demandada le es de sobra conocido.

Con aplicación, pues, del requisito de la apariencia de buen derecho en el sentido al que se ha hecho referencia, debe acogerse entonces la primera de las pretensiones ejercitadas en la solicitud de tutela cautelar suspendiendo la ejecutividad de las resoluciones recurridas, en la medida en que las mismas impiden al recurrente su desde la Ciudad Autónoma de Melilla al territorio peninsular, en la ciudad de Almería. Y todo ello apoyado, además de en lo ya expuesto, en lo razonado y resuelto por el

Tribunal Supremo en un asunto en el que con idéntica aplicación del requisito del *fumus boni iuris* que ahora hacemos, dejó dicho lo siguiente [STS de 12 de febrero de 2018 (Rec. Cas. 103/2017)]:

“Efectivamente, en el ámbito del sistema cautelar se ha producido la aportación jurisprudencial - doctrina de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*)- a la que se refiere la recurrente y que, pese a sus modulaciones, permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.

(...) la citada 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 o ante 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)...”.

QUINTO.- Establece el art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción que en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En el caso de autos procede la condena en costas de la Administración que ha visto desestimada su pretensión y lo será en cuantía de cien euros (100 €) a la vista del contenido del escrito de oposición.

LA SALA ACUERDA:

1.- Se acuerda la medida cautelar solicitada, consistente en que se suspenda la decisión de no permitir el traslado del demandante desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular.

2.- Se condena en costas a la Administración en cuantía de cien euros (100 €).

El presente auto es susceptible de recurso de casación, previo recurso de reposición a interponer ante esta Sala en el plazo de cinco días, contados desde el siguiente al de su notificación, con constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite dicho recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2414-0000-91-1193-18 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” 20 Contencioso-Repósición/Súplica (25 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2414-0000-91-1193-18 en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos/as. Sres/as. anotados en el encabezamiento de la presente resolución. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Primera

C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

33016340

NIG: 28.079.00.3-2018/0018187

Pieza de Medidas Cautelares 1034/2018 - 0001 (Procedimiento Ordinario)

De: D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. MARGARITA MARIA SANCHEZ JIMENEZ

Contra: DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

A U T O N°

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D./Dña. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO

ILMOS/ILMAS. SRES/SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D./Dña. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS

D./Dña. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA

D./Dña. JOSE DAMIAN IRANZO CEREZO

En Madrid, a veinticuatro de abril de dos mil diecinueve.

Resultando los siguientes

HECHOS

PRIMERO.- En fecha 30 de julio de 2.018 tuvo entrada en esta Sección recurso promovido por don [REDACTED] contra la desestimación por silencio del recurso de alzada interpuesto contra “el acto administrativo por el que se adiciona la inscripción válido solo en Ceuta en el documento que acredita su condición de solicitante de protección internacional”.

SEGUNDO.- En fecha 13 de febrero de 2019 se ha instado como medida cautelar que se autorice de forma expresa su traslado de Ceuta a territorio peninsular y se permita su residencia en dicho territorio durante la sustanciación del recurso.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La presente pieza separada de medidas cautelares tiene por objeto resolver la pretensión de tutela cautelar ejercitada por la parte demandante al amparo de lo previsto en los artículos 129 y siguientes de la Ley Jurisdiccional.

El recurrente ha solicitado la suspensión de la ejecutividad de la desestimación por silencio del recurso de alzada interpuesto contra el acuerdo de 16 de marzo de 2018, del Jefe Superior de Policía de Ceuta por el que en la documentación que le fue entregada en su condición de solicitante de Protección Internacional se le hizo constar la inscripción “válido solo en Ceuta”.

SEGUNDO.- De acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en STS de 22 de julio de 2002 (Rec. Cas. 3507/1998), transcrita en el ATS de 16 de julio de 2004 (R.C.A. 46/2004) y reiterada en el de 18 de julio de 2006 (R.C.A. 18/2006), la razón de ser de la justicia cautelar en el proceso en general se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme pueda dar lugar a 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 señala el artículo 129 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 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.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en SSTC 22/84, 66/84, 238/92, 148/93, entre otras muchas) ha declarado que el principio de autotutela administrativa, que no es incompatible con el artículo 24.1 CE, engarza con el principio de eficacia previsto en el artículo 103.1 CE y se satisface facilitando que la ejecución se someta a la decisión de un Tribunal y éste resuelva sobre la suspensión. Sobre esta base, la STC 218/1994 dejó dicho 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 artículo 106.1 CE.

TERCERO.- La decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares debe ser adoptada mediante la adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, según la justificación que se ofrezca en el momento de solicitarla, en relación con los distintos criterios que según la Ley Jurisdiccional han de contemplarse, y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional.

Así, en relación con los criterios a considerar a la hora de resolver sobre la adopción o denegación de una medida cautelar, el ATS de 18 de julio de 2006, entre otros muchos, recuerda que han de ponderarse conjuntamente los siguientes:

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. 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 su adopción no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso.

c) El *periculum in mora*, 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.

d) La ponderación de los intereses concurrentes como criterio complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso. 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 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 de 3 de junio de 1997, entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*); un criterio que, no recogido expresamente en la Ley Jurisdiccional aunque sí en el artículo 728 LEC, permite realizar una valoración de los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar, con carácter provisional y en los casos delimitados por la jurisprudencia (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, 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), dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva.

CUARTO.- En este caso, examinada detenidamente la pretensión de tutela cautelar formulada por la parte actora, la misma tendrá que ser acogida por las razones que se pasa a exponer.

En este caso, el recurrente formuló el 21 de diciembre de 2017 una solicitud de protección internacional en el puesto fronterizo de Ceuta, habiendo sido admitida a trámite dicha solicitud en fecha 23 de enero de 2018, por lo que está documentado por las autoridades españolas en este sentido.

Con tal base, solicita se le reconozca la posibilidad de trasladarse desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular y ello sin perjuicio del resultado final del expediente de solicitud de protección internacional. La negación, pues, al actor de la posibilidad de trasladar su domicilio desde una parte a otra del territorio nacional podría afectar al derecho que, aunque de modo transitorio y no definitivo, apareja la admisión a trámite de la solicitud formulada; una afectación que, al concernir a su situación personal por la limitación de un derecho, podría dar lugar a la producción de perjuicios difícilmente reversibles en el caso de

dictarse eventualmente una sentencia estimatoria en los autos de los que dimana esta pieza de medidas cautelares.

Procede, pues, considerar concurrente el requisito del *periculum in mora* sobre el que se construye esencialmente el actual sistema de medidas cautelares que contempla la Ley Jurisdiccional de 1998.

Junto a lo anterior, la necesidad de conjurar la posible pérdida de la finalidad legítima del recurso con la medida cautelar que se ha solicitado por el demandante queda, si cabe, más reforzada contemplando la concurrencia, también, del complementario *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho.

En relación con el mencionado requisito, será útil recordar lo que el Tribunal Supremo razonaba ya respecto al mismo, entre otras muchas, en Sentencia de 6 de julio de 2009 (Rec. Cas. 658/2008):

“Es cierto que, como hemos declarado en repetidas ocasiones -sentencias de esta Sala de 14 de abril de 2003 (RC 5020/1999) y 17 de marzo de 2008 (RC 1021/2006), donde se citan otras anteriores de 27 de julio de 1996, 26 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 y 22 de febrero de 2003-, 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), si bien resulta aplicable en aquellos supuestos en que se solicita la nulidad del acto administrativo dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente. En la misma línea se expresa la sentencia de 18 de mayo de 2004 (RC 5793/2001), donde, citando resoluciones anteriores de la propia Sala (autos de 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y sentencia de 14 de enero de 1997, entre otros), se pone de manifiesto que la jurisprudencia hace una aplicación matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, que se utiliza sólo en determinados supuestos, citándose específicamente los casos en que concurra una nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, se trate de

actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, exista una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, o un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz; y, por el contrario, la doctrina de la apariencia de buen derecho no debe servir de fundamento para la adopción de la medida cautelar en los casos en que se predique la nulidad del acto impugnado en virtud de causas que han de ser objeto de valoración y decisión por primera vez, pues con ello 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.

En el mismo sentido, señalaba ya la STS 7 de abril de 2004 (Rec. Cas. 1678/2002) que "... la finalidad legítima del recurso, cuya protección constituye, ciertamente, el presupuesto para la adopción de medidas cautelares, no es sólo, en un caso como el de autos, que al final del proceso, incluida su fase de ejecución, se restablezca la legalidad urbanística, sino, más bien, que ésta no sea groseramente menoscabada durante la pendencia de aquél. En este sentido, no debe descartarse que la interpretación del concepto jurídico indeterminado "finalidad legítima del recurso" conduzca a incluir en él, no sólo la preservación del efecto útil de la sentencia futura, sino, también, la de evitar que quien aparentemente está revestido de toda razón tenga que esperar a la decisión final del proceso para "disfrutar" de la posición o situación jurídica que, con fuerte presunción, parece corresponderle. A favor de esta ampliación de aquel concepto juegan numerosas razones: desde la idea de que la institución cautelar opera en otras ramas de nuestro ordenamiento jurídico (así, por ejemplo, en sede del juicio ejecutivo) para tutelar provisionalmente situaciones dotadas de una fuerte presunción de certeza; hasta algunas decisiones de la jurisprudencia comunitaria en las que, en presencia de una "fuerte presunción" o "manifiesta fundamentación" de ilegalidad de la actividad frente a la que se solicita la medida cautelar, se concede ésta analizando sólo el aspecto del "fumus boni iuris", sin entrar en el examen de la existencia o no de un perjuicio grave e irreparable; pasando, en fin, por principios tales como el de la proscripción del abuso del derecho o el de que el tener que recurrir al proceso para obtener reconocimiento de los derechos no debe perjudicar a quien tiene razón. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva parece demandar, también, que el "perjuicio"

inherente al tiempo necesario para finalizar el proceso no recaiga en quien, con fuerte apariencia, tiene toda la razón.

Es por ello, en tercer término, que no cabe interpretar el nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares surgido en la Ley 29/1998 como de proscripción, radical, absoluta, del criterio de la apariencia de buen derecho. Este criterio del "fumus boni iuris", aun siendo enormemente controvertido, no parece que pueda ser totalmente desatendido al decidir sobre la adopción de medidas cautelares. Bien para evitar que a través de demandas de todo punto infundadas se perturbe el interés público o los derechos de terceros; bien, como hemos dicho antes, para evitar que la necesidad de acudir al proceso corra en perjuicio de quien aparentemente tiene toda la razón; bien, en fin, para decantarse por la decisión en los casos extremos en que tanto la no adopción como la adopción de la cautela pueda determinar una situación gravemente perjudicial o irreversible”.

En este caso, la aplicación del repetido criterio se presenta como necesaria teniendo en cuenta que esta misma Sala y Sección, en numerosas Sentencias [entre las más recientes, pueden citarse las de 28 de mayo de 2015 (Rec. 1089/2014), 10 de junio de 2015 (Rec. 1091/2014), 29 de septiembre de 2017 (Rec. 1470/2016), 8 de noviembre de 2017 (40/2017), 11 de diciembre de 2017 (Rec. 918/2017), 18 de diciembre de 2017 (Rec. 1457/2017) y 26 de enero de 2018 (Rec. 41/2017)] ha estimado recursos contencioso-administrativos contra idénticas resoluciones que aquéllas a las que viene referida la presente solicitud de tutela cautelar, habiendo acogido en las citadas Sentencias pretensiones basadas en argumentos sustancialmente idénticos a los esgrimidos por el recurrente en apoyo de la pretensión que ahora se resuelve, configurándose así por esta Sala un criterio reiterado y uniforme que a la misma Administración ahora demandada le es de sobra conocido.

Con aplicación, pues, del requisito de la apariencia de buen derecho en el sentido al que se ha hecho referencia, debe acogerse entonces la primera de las pretensiones ejercitadas en la solicitud de tutela cautelar suspendiendo la ejecutividad de las resoluciones recurridas, en la medida en que las mismas impiden al recurrente su desde la Ciudad Autónoma de Melilla al territorio peninsular, en la ciudad de Almería. Y todo ello apoyado, además de en lo ya expuesto, en lo razonado y resuelto por el Tribunal Supremo en un asunto en el que con idéntica aplicación del requisito del *fumus boni iuris* que ahora hacemos, dejó dicho lo siguiente [STS de 12 de febrero de 2018 (Rec. Cas. 103/2017)]:

“Efectivamente, en el ámbito del sistema cautelar se ha producido la aportación jurisprudencial -doctrina de la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris)- a la que se refiere la recurrente y que, pese a sus modulaciones, permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.

(...) la citada 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 o ante 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)...”.

QUINTO.- Establece el art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción que en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En el caso de autos procede la condena en costas de la Administración que ha visto desestimada su pretensión y lo será en cuantía de cien euros (100 €) a la vista del contenido del escrito de oposición.

LA SALA ACUERDA:

1.- Se acuerda la medida cautelar solicitada, consistente en que se suspenda la decisión de no permitir el traslado del demandante desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular.

Notifíquese la presente resolución a las partes y remítase testimonio de la presente resolución a la Administración demandada, DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA, para que lleve a efecto lo acordado.

2.- Se condena en costas a la Administración en cuantía de cien euros (100 €).

El presente auto es susceptible de recurso de casación, previo recurso de reposición a interponer ante esta Sala en el plazo de cinco días, contados desde el siguiente al de su notificación, con constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite dicho recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2414-0000-91-1034-18 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” 20 Contencioso-Reposición/Súplica (25 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2414-0000-91-1034-18 en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así lo acuerda, mandan y firman los Ilmos. Sres. Anotados al margen, de lo que yo, El Secretario, doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Primera

C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

33016330

NIG: 28.079.00.3-2019/0001335

Pieza de Medidas Cautelares 129/2019 - 0001 (Procedimiento Ordinario)

De: D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. LORENA DEL CASTILLO ROGERO

Contra: DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

A U T O N°

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D./Dña. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO

ILMOS/ILMAS. SRES/SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D./Dña. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS

D./Dña. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA

En Madrid, a diez de junio de dos mil diecinueve.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 22 de enero de 2.019 tuvo entrada en esta Sección recurso promovido por don [REDACTED] contra la desestimación por silencio del recurso de alzada interpuesto contra “el acto administrativo por el que se adiciona la inscripción válido solo en Ceuta en el documento que acredita su condición de solicitante de protección internacional”.

SEGUNDO.- En fecha 23 de mayo de 2019 se ha instado como medida cautelar que se autorice de forma expresa su traslado de Ceuta a territorio peninsular y se permita su residencia en dicho territorio durante la sustanciación del recurso.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La presente pieza separada de medidas cautelares tiene por objeto resolver la pretensión de tutela cautelar ejercitada por la parte demandante al amparo de lo previsto en los artículos 129 y siguientes de la Ley Jurisdiccional.

El recurrente ha solicitado la suspensión de la ejecutividad de la desestimación por silencio del recurso de alzada interpuesto contra el acuerdo de 16 de marzo de 2018, del Jefe Superior de Policía de Ceuta por el que en la documentación que le fue entregada en su condición de solicitante de Protección Internacional se le hizo constar la inscripción “válido solo en Ceuta”.

SEGUNDO.- De acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en STS de 22 de julio de 2002 (Rec. Cas. 3507/1998), transcrita en el ATS de 16 de julio de 2004 (R.C.A. 46/2004) y reiterada en el de 18 de julio de 2006 (R.C.A. 18/2006), la razón de ser de la justicia cautelar en el proceso en general se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme pueda dar lugar a 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 señala el artículo 129 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 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.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en SSTC 22/84, 66/84, 238/92, 148/93, entre otras muchas) ha declarado que el principio de autotutela administrativa, que no es incompatible con el artículo 24.1 CE, engarza con el principio de eficacia previsto en el artículo 103.1 CE y se satisface facilitando que la ejecución se someta a la decisión de un Tribunal y éste resuelva sobre la suspensión. Sobre esta base, la STC 218/1994 dejó dicho 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 artículo 106.1 CE.

TERCERO.- La decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares debe ser adoptada mediante la adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, según la justificación que se ofrezca en el momento de solicitarla, en relación con los distintos criterios que según la Ley Jurisdiccional han de contemplarse, y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional.

Así, en relación con los criterios a considerar a la hora de resolver sobre la adopción o denegación de una medida cautelar, el ATS de 18 de julio de 2006, entre otros muchos, recuerda que han de ponderarse conjuntamente los siguientes:

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. 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 su adopción no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso.

c) El *periculum in mora*, 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.

d) La ponderación de los intereses concurrentes como criterio complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso. 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 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 de 3 de junio de 1997, entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*); un criterio que, no recogido expresamente en la Ley Jurisdiccional aunque sí en el artículo 728 LEC, permite realizar una valoración de los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar, con carácter provisional y en los casos delimitados por la jurisprudencia (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, 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), dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva.

CUARTO.- En este caso, examinada detenidamente la pretensión de tutela cautelar formulada por la parte actora, la misma tendrá que ser acogida por las razones que se pasa a exponer.

En este caso, el recurrente formuló el 28 de junio de 2018 una solicitud de protección internacional en el puesto fronterizo de Ceuta, habiendo sido admitida a trámite dicha solicitud en fecha 18 de septiembre de 2018, por lo que está documentado por las autoridades españolas en este sentido.

Con tal base, solicita se le reconozca la posibilidad de trasladarse desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular y ello sin perjuicio del resultado final del expediente de solicitud de protección internacional. La negación, pues, al actor de la posibilidad de trasladar su domicilio desde una parte a otra del territorio nacional podría afectar al derecho que, aunque de modo transitorio y no definitivo, apareja la admisión a trámite de la solicitud formulada; una afectación que, al concernir a su situación personal por la limitación de un derecho, podría dar lugar a la producción de perjuicios difícilmente reversibles en el caso de dictarse eventualmente una sentencia estimatoria en los autos de los que dimana esta pieza de medidas cautelares.

Procede, pues, considerar concurrente el requisito del *periculum in mora* sobre el que se construye esencialmente el actual sistema de medidas cautelares que contempla la Ley Jurisdiccional de 1998.

Junto a lo anterior, la necesidad de conjurar la posible pérdida de la finalidad legítima del recurso con la medida cautelar que se ha solicitado por el demandante queda, si cabe, más reforzada contemplando la concurrencia, también, del complementario *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho.

En relación con el mencionado requisito, será útil recordar lo que el Tribunal Supremo razonaba ya respecto al mismo, entre otras muchas, en Sentencia de 6 de julio de 2009 (Rec. Cas. 658/2008):

“Es cierto que, como hemos declarado en repetidas ocasiones -sentencias de esta Sala de 14 de abril de 2003 (RC 5020/1999) y 17 de marzo de 2008 (RC 1021/2006), donde se citan otras anteriores de 27 de julio de 1996, 26 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 y 22 de febrero de 2003-, 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), si bien resulta aplicable en aquellos supuestos en que se solicita la nulidad del acto administrativo dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente. En la misma línea se expresa la sentencia de 18 de mayo de 2004 (RC 5793/2001), donde, citando resoluciones anteriores de la propia Sala (autos de 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y sentencia de 14 de enero de 1997, entre otros), se pone de manifiesto que la jurisprudencia hace una aplicación matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, que se utiliza sólo en determinados supuestos, citándose específicamente los casos en que concurra una nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, se trate de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, exista una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, o un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz; y, por el contrario, la doctrina de la apariencia de buen derecho no debe servir de fundamento para la adopción de la medida cautelar en los casos en que se predique la nulidad del acto impugnado en virtud de causas que han de ser objeto de valoración y decisión por primera vez,

pues con ello 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.

En el mismo sentido, señalaba ya la STS 7 de abril de 2004 (Rec. Cas. 1678/2002) que “... la finalidad legítima del recurso, cuya protección constituye, ciertamente, el presupuesto para la adopción de medidas cautelares, no es sólo, en un caso como el de autos, que al final del proceso, incluida su fase de ejecución, se restablezca la legalidad urbanística, sino, más bien, que ésta no sea groseramente menoscabada durante la pendencia de aquél. En este sentido, no debe descartarse que la interpretación del concepto jurídico indeterminado "finalidad legítima del recurso" conduzca a incluir en él, no sólo la preservación del efecto útil de la sentencia futura, sino, también, la de evitar que quien aparentemente está revestido de toda razón tenga que esperar a la decisión final del proceso para "disfrutar" de la posición o situación jurídica que, con fuerte presunción, parece corresponderle. A favor de esta ampliación de aquel concepto juegan numerosas razones: desde la idea de que la institución cautelar opera en otras ramas de nuestro ordenamiento jurídico (así, por ejemplo, en sede del juicio ejecutivo) para tutelar provisionalmente situaciones dotadas de una fuerte presunción de certeza; hasta algunas decisiones de la jurisprudencia comunitaria en las que, en presencia de una "fuerte presunción" o "manifiesta fundamentación" de ilegalidad de la actividad frente a la que se solicita la medida cautelar, se concede ésta analizando sólo el aspecto del "fumus boni iuris", sin entrar en el examen de la existencia o no de un perjuicio grave e irreparable; pasando, en fin, por principios tales como el de la proscripción del abuso del derecho o el de que el tener que recurrir al proceso para obtener reconocimiento de los derechos no debe perjudicar a quien tiene razón. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva parece demandar, también, que el "perjuicio" inherente al tiempo necesario para finalizar el proceso no recaiga en quien, con fuerte apariencia, tiene toda la razón.

Es por ello, en tercer término, que no cabe interpretar el nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares surgido en la Ley 29/1998 como de proscripción, radical, absoluta, del criterio de la apariencia de buen derecho. Este criterio del "fumus boni iuris", aun siendo enormemente controvertido, no parece que pueda ser totalmente desatendido al decidir sobre la adopción de medidas cautelares. Bien para evitar que a través de demandas de todo punto

infundadas se perturbe el interés público o los derechos de terceros; bien, como hemos dicho antes, para evitar que la necesidad de acudir al proceso corra en perjuicio de quien aparentemente tiene toda la razón; bien, en fin, para decantarse por la decisión en los casos extremos en que tanto la no adopción como la adopción de la cautela pueda determinar una situación gravemente perjudicial o irreversible”.

En este caso, la aplicación del repetido criterio se presenta como necesaria teniendo en cuenta que esta misma Sala y Sección, en numerosas Sentencias [entre las más recientes, pueden citarse las de 28 de mayo de 2015 (Rec. 1089/2014), 10 de junio de 2015 (Rec. 1091/2014), 29 de septiembre de 2017 (Rec. 1470/2016), 8 de noviembre de 2017 (40/2017), 11 de diciembre de 2017 (Rec. 918/2017), 18 de diciembre de 2017 (Rec. 1457/2017) y 26 de enero de 2018 (Rec. 41/2017)] ha estimado recursos contencioso-administrativos contra idénticas resoluciones que aquéllas a las que viene referida la presente solicitud de tutela cautelar, habiendo acogido en las citadas Sentencias pretensiones basadas en argumentos sustancialmente idénticos a los esgrimidos por el recurrente en apoyo de la pretensión que ahora se resuelve, configurándose así por esta Sala un criterio reiterado y uniforme que a la misma Administración ahora demandada le es de sobra conocido.

Con aplicación, pues, del requisito de la apariencia de buen derecho en el sentido al que se ha hecho referencia, debe acogerse entonces la primera de las pretensiones ejercitadas en la solicitud de tutela cautelar suspendiendo la ejecutividad de las resoluciones recurridas, en la medida en que las mismas impiden al recurrente su desde la Ciudad Autónoma de Melilla al territorio peninsular, en la ciudad de Almería. Y todo ello apoyado, además de en lo ya expuesto, en lo razonado y resuelto por el Tribunal Supremo en un asunto en el que con idéntica aplicación del requisito del *fumus boni iuris* que ahora hacemos, dejó dicho lo siguiente [STS de 12 de febrero de 2018 (Rec. Cas. 103/2017)]:

“Efectivamente, en el ámbito del sistema cautelar se ha producido la aportación jurisprudencial -doctrina de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*)- a la que se refiere la recurrente y que, pese a sus modulaciones, permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.

(...) la citada 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 o ante 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)...”.

QUINTO.- Establece el art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción que en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En el caso de autos procede la condena en costas de la Administración que ha visto desestimada su pretensión y lo será en cuantía de cien euros (100 €) a la vista del contenido del escrito de oposición.

LA SALA ACUERDA:

1.- Se acuerda la medida cautelar solicitada, consistente en que se suspenda la decisión de no permitir el traslado del demandante desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular.

2.- Se condena en costas a la Administración en cuantía de cien euros (100 €).

Contra la presente resolución cabe **recurso de casación previo recurso de reposición** en el plazo de cinco días desde la notificación, **previa constitución del depósito** previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite dicho recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2414-0000-91-0129-19 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” 20 Contencioso-Reposición/Súplica (25 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2414-0000-91-0129-19 en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos/as. Sres/as. anotados en el encabezamiento de la presente resolución. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Primera

C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

33016340

NIG: 28.079.00.3-2019/0001293

Pieza de Medidas Cautelares 122/2019 - 0001 (Procedimiento Ordinario)

De: D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. DAVID PLAZA BUQUERIN

Contra: MINISTERIO DEL INTERIOR (Dirección General de la Policía)

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

A U T O N°

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO

ILMOS/ILMAS. SRES/SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS

D. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA

D. JOSÉ DAMIÁN IRANZO CEREZO

En Madrid, a 12 de junio de 2019.

HECHOS

PRIMERO.- Por el procurador de los tribunales don David Plaza Buquerin, en nombre y representación de [REDACTED], natural de Marruecos, se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta del recurso de alzada presentado contra la inscripción incluida en documento de fecha 21 de enero de 2019 que acredita la condición del recurrente de solicitante de protección internacional (de la Jefatura Superior de Policía en Ceuta, actuando por delegación del Comisario General de Extranjería y Fronteras), que limita su validez a Ceuta, restringiendo su derecho a la libertad de circulación y de residencia al impedirle el traslado a territorio peninsular.

Asimismo, el recurrente ha solicitado como medida cautelar que se le autorice de forma expresa el traslado de Ceuta a territorio peninsular y se permita su residencia en dicho territorio durante la sustanciación del recurso, sin prestación de caución.

SEGUNDO.- Formada la correspondiente pieza separada, y dado traslado de las actuaciones a la Abogacía del Estado para que formular las alegaciones que estimara pertinentes, presentó escrito solicitando la denegación de la medida cautelar.

Es ponente de esta resolución el Ilmo. Magistrado Don José Arturo Fernández García

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Las medidas cautelares tratan de asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso, evitando la producción de un perjuicio de imposible o difícil reparación *-periculum in mora-* o, como expresa el artículo 129 LJCA, asegurar “la efectividad de la sentencia”. El objetivo es que la sentencia estimatoria que pudiera recaer pueda llevarse a la práctica de modo útil para que lo juzgado pueda ser ejecutado, garantizando así del principio de tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la CE (ATS de 14 de junio de 2012, Rec. 344/2012), y del cual forma parte integrante la llamada “tutela cautelar”. Se trata, en definitiva, de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso.

De acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en STS de 22 de julio de 2002 (Rec. Cas. 3507/1998), transcrita en el ATS de 16 de julio de 2004 (R.C.A. 46/2004) y reiterada en el de 18 de julio de 2006 (R.C.A. 18/2006), la razón de ser de la justicia cautelar en el proceso en general se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme pueda dar lugar a 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 señala el artículo 129 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 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.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en SSTC 22/84, 66/84, 238/92, 148/93, entre otras muchas) ha declarado que el principio de autotutela administrativa, que no es incompatible con el artículo 24.1 CE, engarza con el principio de eficacia previsto en el artículo 103.1 CE y se satisface facilitando que la ejecución se someta a la decisión de un Tribunal y éste resuelva sobre la suspensión. Sobre esta base, la STC 218/1994 dejó dicho 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 artículo 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 ser adoptada mediante la adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, según la justificación que se ofrezca en el momento de solicitarla, en relación con los distintos criterios que según la Ley Jurisdiccional han de contemplarse, y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional.

Así, en relación con los criterios a considerar a la hora de resolver sobre la adopción o denegación de una medida cautelar, el ATS de 18 de julio de 2006, entre otros muchos, recuerda que han de ponderarse conjuntamente los siguientes:

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. 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 su adopción no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso.

c) El *periculum in mora*, 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.

d) La ponderación de los intereses concurrentes como criterio complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso. 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 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 de 3 de junio de 1997, entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*); un criterio que, no recogido expresamente en la Ley Jurisdiccional aunque sí en el artículo 728 LEC, permite realizar una valoración de los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar, con carácter provisional y en los casos delimitados por la jurisprudencia (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, 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), dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva

Por ello, la jurisprudencia contempla la adopción de las medidas cautelares bajo el régimen de la nueva Ley Jurisdiccional, no como una medida excepcional, sino como una verdadera facultad judicial y un instrumento de tutela judicial ordinaria, por influjo directo de las exigencias que derivan de la tutela judicial efectiva (en este sentido AATS de 14 de junio de 2012, Rec. 344/2012, de 5 de febrero de 2009, Rec. 35/2008, y de 27 de marzo de 2007, Rec. 148/2005).

En la línea y ampliando lo anteriormente señalado, indicar que el artículo 129 LJCA abandona el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, que caracterizaba la regulación anterior, instaurando un sistema de "**númerus apertus**", de medidas innominadas, entre las que se encuentran las de carácter positivo. Así, el precepto utiliza una formulación amplia, en cuya virtud los interesados pueden solicitar "cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia".

Los presupuestos legales para la adopción de una medida cautelar en el proceso contencioso-administrativo se establecen con carácter general para el supuesto de impugnación de actos administrativos o disposiciones generales en el artículo 130 LJCA, sin perjuicio de las especialidades propias del régimen de tutela cautelar relativo a la vía de hecho y a la inactividad administrativa, que contempla el artículo 136 LJCA.

El criterio general para la adopción de medidas cautelares que se recoge en el artículo 130 LJCA se concreta en la expresión "pérdida de la finalidad legítima del recurso". Dicho concepto jurídico indeterminado gira en torno al llamado "*periculum in mora*", que el legislador ha situado como criterio decisor de la adopción de medidas cautelares, al margen de la mayor o menor incidencia que se quiera atribuir al principio "*fumus boni iuris*", y del relevante papel que ocupa la ponderación de intereses que preside todo el sistema.

La "pérdida de la finalidad legítima del recurso" puede identificarse en presencia de alguna de las siguientes circunstancias: a) la irreparabilidad o difícil reparación del daño o perjuicio que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera ocasionar, y b) la generación de una situación jurídica irreversible o de costosa o difícil reversibilidad que prive de efectividad a la sentencia favorable a la pretensión ejercitada.

Ahora bien, como contrapeso del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. De este modo, la ponderación de los intereses es el segundo de los presupuestos legales para la adopción de las medidas cautelares que debe concurrir junto con el *periculum in mora* para justificar la adopción de aquellas.

En definitiva, la Ley Jurisdiccional establece un requisito esencial para posibilitar la adopción de medidas cautelares, consistente en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder al recurso su finalidad legítima. De manera que sólo cumplido tal presupuesto podrá ser adoptada la medida cautelar, aunque podrá denegarse cuando, pese a ello, pudiera seguirse de su adopción una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, exigiendo del Juez o Tribunal una ponderación circunstanciada de los intereses en conflicto. Por tanto, en dicho juicio de ponderación de intereses se debe comparar la intensidad del interés público que representa la ejecución del acto y la entidad de los perjuicios susceptibles de ser provocados por tal ejecución, concediéndose mayor relevancia en dicha valoración comparativa al interés general o de tercero afectado por la eficacia del acto impugnado.

Además se produce una interrelación entre el *periculum in mora* y la ponderación de intereses que condiciona el juicio cautelar, pues, tal y como afirma la jurisprudencia, cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; mientras que, por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto(en este sentido SSTs de 5 de julio de 2012, Rec. 2704/2011 y 4873/2010, de 29 de noviembre de 2012, Rec. 5487/2011, y de 26 de septiembre de 2011, Rec. 6198/2010, y ATS de 8 de mayo de 2012, Rec. 313/2012).

Por último, junto al *periculum in mora*, tradicional elemento definidor de la decisión cautelar, se ha abierto camino en los últimos tiempos, doctrinal y jurisprudencialmente, como criterio para la adopción de medidas cautelares, el “*fumus boni iuris*”, que se incorpora al proceso contencioso-administrativo de la mano de la jurisprudencia y procedente del Derecho comunitario.

Constituye un criterio de contornos aún no plenamente definidos y de aplicación ciertamente residual y muy limitada, que junto con aquel otro ha justificado el otorgamiento de la tutela cautelar en ocasiones.

La aplicación de la doctrina del “*fumus boni iuris*” nos sitúa ante el juicio de probabilidad o de verosimilitud de la existencia del derecho, y se vincula a la existencia de una situación jurídica necesitada de protección durante la tramitación del proceso y hasta que se dicte sentencia definitiva en el mismo, ante el previsible perjuicio que sufriría por la duración del proceso.

Sin embargo, tras el entusiasmo con que se acogió en un principio, actualmente la jurisprudencia advierte de los riesgos de su uso y demanda su prudente aplicación, recomendando su empleo para fundamentar la suspensión de ejecutividad o vigencia de actos o disposiciones, con carácter general, solo en determinados supuestos. Concretamente en los casos de nulidad de pleno derecho del acto o disposición recurridos, siempre y cuando la nulidad sea manifiesta, precisando que esta circunstancia concurre en los actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada previamente nula, cuando existe una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, y ante la existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz.

Tan prudente aplicación pretende conjurar el riesgo de prejuzgar la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulnere 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 -lo que conlleva que la decisión del Tribunal sobre las cuestiones suscitadas por las partes en el proceso principal se produzca tras su sustanciación bajo tales principios, en relación con los hechos en que se funda cada pretensión-, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito o decidir el fondo del asunto, sino solo para salvaguardar la finalidad legítima del recurso (en este sentido SSTs de 29 de noviembre de 2012, Rec. 5487/2011, y de 5 de julio de 2012, Rec. 2704/2011 y 4873/2010)

Tal y como señala la STC 148/1993 "el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que

corresponde resolver en el proceso principal", pues al resolver sobre una medida cautelar se carece aún de los elementos precisos para efectuar un enjuiciamiento definitivo.

Finalmente señalar que la carga de acreditar que la ejecución del acto recurrido o la vigencia de la disposición impugnada, sobre los que recae la solicitud de medida cautelar, podría frustrar la finalidad legítima del recurso, recae sobre el solicitante y favorecido por la misma. Es decir, el interesado en obtener la medida cautelar tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurrirían en el caso para acordarla, sin que sea suficiente una mera invocación genérica o una mera alegación, sin prueba alguna (en este sentido SSTs de 29 de noviembre de 2012, Rec. 5487/2011, y de 5 de julio de 2012, Rec. 2704/2011 y 4873/2010).

No obstante, la concurrencia de los requisitos para la adopción de la medida cautelar no requiere una prueba plena, sino que bastará con una razonabilidad de su producción o concurrencia. Es decir, será suficiente con una prueba por indicios o incompleta acerca de la posibilidad de que las consecuencias dañosas alegadas se produzcan, así como de su naturaleza y alcance (en este sentido, además de las SSTs anteriormente citadas, los AATS de 5 de febrero de 2009, Rec. 35/2008, y de 27 de marzo de 2007, Rec. 148/2005).

SEGUNDO.- El acto administrativo respecto al que se solicita la presente medida cautelar es la desestimación presunta del recurso de alzada presentado contra la inscripción incluida en el documento facilitado que acredita la condición del recurrente como solicitante de protección internacional, limitando su validez a Ceuta y restringiendo, por ello, su derecho a la libertad de circulación y de residencia al impedirle el traslado a territorio peninsular.

La parte demandante que insta la medida cautelar alega esencialmente que el recurrente, con fecha 29 de noviembre de 2017, formalizó solicitud de protección internacional en Ceuta, siendo admitida a trámite, por lo que el 21 de enero de 2019 la Jefatura Superior de Policía de Ceuta, por delegación del Comisario General del Extranjería y Fronteras, le hizo entrega en renovación de la correspondiente documentación que acredita su condición de solicitante de protección internacional, en la que se insertó una inscripción que reza “válido sólo en Ceuta”.

Opone dicha parte esencialmente la apariencia de buen derecho en su favor, dado que tal inscripción causa una indebida limitación al derecho del interesado a circular libremente por el territorio nacional y a elegir su residencia; así como la existencia de *periculum in mora*, teniendo en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél por su orientación sexual y creencias religiosas que se perpetuaría por la limitación personal que le supone no poder desplazarse a la península. Finalmente, señala que la adopción de la medida cautelar no lesiona intereses generales ni de tercero.

Frente a estos argumentos, la Abogacía del Estado opone la improcedencia de medidas cautelares frente a actos negativos por constituir una estimación anticipada de la pretensión del actor y que no se acredita la concurrencia de los requisitos necesarios para la adopción de la medida cautelar solicitada.

En un supuesto análogo al presente se ha pronunciado esta Sección en el auto de 19 de junio de 2018 (Procedimiento ordinario 197/2018), reproducido en otro dictado el 27 de junio de 2018(Procedimiento Ordinario 276/2018) en asunto similar, en el sentido siguiente:

“CUARTO.- (...)

Con tal base, solicita se le reconozca la posibilidad de trasladarse desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular y ello sin perjuicio del resultado final del expediente de solicitud de protección internacional. La negación, pues, al actor de la posibilidad de trasladar su domicilio desde una parte a otra del territorio nacional podría afectar al derecho que, aunque de modo transitorio y no definitivo, aparea la admisión a trámite de la solicitud formulada; una afectación que, al concernir a su situación personal por la limitación de un derecho, podría dar lugar a la producción de perjuicios difícilmente reversibles en el caso de dictarse eventualmente una sentencia estimatoria en los autos de los que dimana esta pieza de medidas cautelares.

Procede, pues, considerar concurrente el requisito del periculum in mora sobre el que se construye esencialmente el actual sistema de medidas cautelares que contempla la Ley Jurisdiccional de 1998.

Junto a lo anterior, la necesidad de conjurar la posible pérdida de la finalidad legítima del recurso con la medida cautelar que se ha solicitado por el demandante queda, si cabe, más reforzada contemplando la concurrencia, también, del complementario fumes boni iuris o apariencia de buen derecho.

En relación con el mencionado requisito, será útil recordar lo que el Tribunal Supremo razonaba ya respecto al mismo, entre otras muchas, en Sentencia de 6 de julio de 2009 (Rec. Cas. 658/2008):

“Es cierto que, como hemos declarado en repetidas ocasiones -sentencias de esta Sala de 14 de abril de 2003 (RC 5020/1999) y 17 de marzo de 2008 (RC 1021/2006), donde se citan otras anteriores de 27 de julio de 1996, 26 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 y 22 de febrero de 2003-, la doctrina sobre el fumes 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), si bien resulta aplicable en aquellos supuestos en que se solicita la nulidad del acto administrativo

dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente. En la misma línea se expresa la sentencia de 18 de mayo de 2004 (RC 5793/2001), donde, citando resoluciones anteriores de la propia Sala (autos de 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y sentencia de 14 de enero de 1997, entre otros), se pone de manifiesto que la jurisprudencia hace una aplicación matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, que se utiliza sólo en determinados supuestos, citándose específicamente los casos en que concurra una nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, se trate de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, exista una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, o un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz; y, por el contrario, la doctrina de la apariencia de buen derecho no debe servir de fundamento para la adopción de la medida cautelar en los casos en que se predique la nulidad del acto impugnado en virtud de causas que han de ser objeto de valoración y decisión por primera vez, pues con ello 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.

En el mismo sentido, señalaba ya la STS 7 de abril de 2004 (Rec. Cas. 1678/2002) que "... la finalidad legítima del recurso, cuya protección constituye, ciertamente, el presupuesto para la adopción de medidas cautelares, no es sólo, en un caso como el de autos, que al final del proceso, incluida su fase de ejecución, se restablezca la legalidad urbanística, sino, más bien, que ésta no sea groseramente menoscabada durante la pendencia de aquél. En este sentido, no debe descartarse que la interpretación del concepto jurídico indeterminado "finalidad legítima del recurso" conduzca a incluir en él, no sólo la preservación del efecto útil de la sentencia futura, sino, también, la de evitar que quien aparentemente está revestido de toda razón tenga que esperar a la decisión final del proceso para "disfrutar" de la posición o situación jurídica que, con fuerte presunción, parece corresponderle. A favor de esta ampliación de aquel concepto juegan numerosas razones: desde la idea de que la institución cautelar opera en otras ramas de nuestro ordenamiento jurídico (así, por ejemplo, en sede del juicio ejecutivo) para tutelar provisionalmente situaciones dotadas de una fuerte presunción de certeza; hasta algunas decisiones de la jurisprudencia comunitaria en las que, en presencia de una "fuerte presunción" o "manifiesta fundamentación" de ilegalidad de la actividad frente a la que se solicita la medida cautelar, se concede ésta analizando sólo el aspecto del "fumus boni iuris", sin entrar en el examen de la existencia o no de un perjuicio grave e irreparable; pasando, en fin, por principios tales como el de la proscripción del abuso del derecho o el de que el tener que recurrir al proceso para obtener reconocimiento de los derechos no debe perjudicar a quien tiene razón. El

derecho fundamental a la tutela judicial efectiva parece demandar, también, que el "perjuicio" inherente al tiempo necesario para finalizar el proceso no recaiga en quien, con fuerte apariencia, tiene toda la razón.

Es por ello, en tercer término, que no cabe interpretar el nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares surgido en la Ley 29/1998 como de proscripción, radical, absoluta, del criterio de la apariencia de buen derecho. Este criterio del "fumus boni iuris", aun siendo enormemente controvertido, no parece que pueda ser totalmente desatendido al decidir sobre la adopción de medidas cautelares. Bien para evitar que a través de demandas de todo punto infundadas se perturbe el interés público o los derechos de terceros; bien, como hemos dicho antes, para evitar que la necesidad de acudir al proceso corra en perjuicio de quien aparentemente tiene toda la razón; bien, en fin, para decantarse por la decisión en los casos extremos en que tanto la no adopción como la adopción de la cautela pueda determinar una situación gravemente perjudicial o irreversible”.

En este caso, la aplicación del repetido criterio se presenta como necesaria teniendo en cuenta que esta misma Sala y Sección, en numerosas Sentencias [entre las más recientes, pueden citarse las de 28 de mayo de 2015 (Rec. 1089/2014), 10 de junio de 2015 (Rec. 1091/2014), 29 de septiembre de 2017 (Rec. 1470/2016), 8 de noviembre de 2017 (40/2017), 11 de diciembre de 2017 (Rec. 918/2017), 18 de diciembre de 2017 (Rec. 1457/2017) y 26 de enero de 2018 (Rec. 41/2017)] ha estimado recursos contencioso-administrativos contra idénticas resoluciones que aquéllas a las que viene referida la presente solicitud de tutela cautelar, habiendo acogido en las citadas Sentencias pretensiones basadas en argumentos sustancialmente idénticos a los esgrimidos por el recurrente en apoyo de la pretensión que ahora se resuelve, configurándose así por esta Sala un criterio reiterado y uniforme que a la misma Administración ahora demandada le es de sobra conocido.

Con aplicación, pues, del requisito de la apariencia de buen derecho en el sentido al que se ha hecho referencia, debe acogerse entonces la primera de las pretensiones ejercitadas en la solicitud de tutela cautelar suspendiendo la ejecutividad de las resoluciones recurridas, en la medida en que las mismas impiden al recurrente su desde la Ciudad Autónoma de Melilla al territorio peninsular, en la ciudad de Almería. Y todo ello apoyado, además de en lo ya expuesto, en lo razonado y resuelto por el Tribunal Supremo en un asunto en el que con idéntica aplicación del requisito del fumus boni iuris que ahora hacemos, dejó dicho lo siguiente [STS de 12 de febrero de 2018 (Rec. Cas. 103/2017)]:

“Efectivamente, en el ámbito del sistema cautelar se ha producido la aportación jurisprudencial -doctrina de la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris)- a la que se refiere la recurrente y que, pese a sus modulaciones, permite (1) en un

marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.

(...) la citada 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 o ante 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)...".

Como se indicó en el auto de 27 de junio de 2018, se ha de añadir que ante otro supuesto de hecho análogo al que ahora se trata, aunque resolviendo el fondo de la cuestión litigiosa, y referido también al acceso desde Ceuta a la península por extranjeros que han obtenido la admisión de solicitudes de asilo o protección internacional, se indicaba en la sentencia de esta Sección de 26 de enero de 2018 (P.O. 41/2017):

TERCERO.- A los hechos expuestos les resultan de aplicación la doctrina contenida en la sentencia citada, donde decíamos lo siguiente:

“QUINTO.- Una vez delimitado con precisión el objeto del presente recurso estamos en condiciones de afirmar que no es la primera vez que esta Sala ha examinado y resuelto pretensiones idénticas a la que aquí se sustancia. En Sentencias de 11 de mayo de 2015 (Rec. 1088/2014), 28 de mayo de 2015 (Rec. 1089/2014) y 10 de junio de 2015 (Rec. 1091/2014) ya se examinaron las mismas cuestiones aquí debatidas y el resultado, como se comprueba, fue el de la estimación de los respectivos recursos. Una decisión que, examinado detenidamente lo actuado en vía administrativa y en estos autos, también se pronunciará, según pasamos a razonar.

El artículo 25 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social, dispone en su artículo 25. 3, referido a los requisitos para la entrada en territorio nacional, que lo dispuesto en sus dos primeros apartados no será de aplicación a los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España, cuya concesión se regirá por lo dispuesto en la normativa específica.

El artículo 4 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, define el derecho a la protección subsidiaria como el "dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos

fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10 de esta Ley y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren, acogerse a la protección del país de que se trate, siempre que no concurra alguno de los supuestos mencionados en los artículos 11 y 12 de esta Ley ".

Los artículos 17, 18 y 19 de la repetida Ley 12/2009 regulan el procedimiento de solicitud de asilo en los siguientes términos:

Artículo 17. Presentación de la solicitud.

1. El procedimiento se inicia con la presentación de la solicitud, que deberá efectuarse mediante comparecencia personal de los interesados que soliciten protección en los lugares que reglamentariamente se establezcan, o en caso de imposibilidad física o legal, mediante persona que lo represente. En este último caso, el solicitante deberá ratificar la petición una vez desaparezca el impedimento.

2. La comparecencia deberá realizarse sin demora y en todo caso en el plazo máximo de un mes desde la entrada en el territorio español o, en todo caso, desde que se produzcan los acontecimientos que justifiquen el temor fundado de persecución o daños graves. A estos efectos, la entrada ilegal en territorio español no podrá ser sancionada cuando haya sido realizada por persona que reúna los requisitos para ser beneficiaria de la protección internacional prevista en esta Ley.

3. En el momento de efectuar la solicitud, la persona extranjera será informada, en una lengua que pueda comprender, acerca de:

- a) el procedimiento que debe seguirse;*
- b) sus derechos y obligaciones durante la tramitación, en especial en materia de plazos y medios de que dispone para cumplir éstas;*
- c) la posibilidad de contactar con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y con las Organizaciones no Gubernamentales legalmente reconocidas entre cuyos objetivos figure el asesoramiento y ayuda a las personas necesitadas de protección internacional;*
- d) las posibles consecuencias del incumplimiento de sus obligaciones o de su falta de colaboración con las autoridades; y*
- e) los derechos y prestaciones sociales a los que tiene acceso en su condición de solicitante de protección internacional.*

4. La solicitud se formalizará mediante entrevista personal que se realizará siempre individualmente. De forma excepcional, podrá requerirse la

presencia de otros miembros de la familia de los solicitantes, si ello se considerase imprescindible para la adecuada formalización de la solicitud.

5. La Administración adoptará las medidas necesarias para que, cuando sea preciso, en la entrevista se preste un tratamiento diferenciado por razón del sexo de la persona solicitante o demás circunstancias previstas en el artículo 46 de esta Ley. De este trámite se dejará debida constancia en el expediente administrativo.

6. Las personas encargadas de efectuar la entrevista informarán a los solicitantes sobre cómo efectuar la solicitud, y les ayudarán a cumplimentarla, facilitándoles la información básica en relación con aquélla. Asimismo, colaborarán con los interesados para establecer los hechos relevantes de su solicitud.

7. Cuando razones de seguridad lo aconsejen, se podrá registrar a la persona solicitante y sus pertenencias, siempre y cuando se garantice el pleno respeto a su dignidad e integridad.

8. En los términos que se establezcan reglamentariamente, se planteará la posibilidad de una nueva audiencia personal sobre su solicitud de asilo. La ponderación sobre la necesidad o no de efectuar nuevas entrevistas será motivada”.

Artículo 18. Derechos y obligaciones de los solicitantes.

“1. El solicitante de asilo, presentada la solicitud, tiene en los términos recogidos en la presente Ley, en los artículos 16, 17, 19, 33 y 34, los siguientes derechos:

- a) a ser documentado como solicitante de protección internacional;*
- b) a asistencia jurídica gratuita e intérprete;*
- c) a que se comunique su solicitud al ACNUR;*
- d) a la suspensión de cualquier proceso de devolución, expulsión o extradición que pudiera afectar al solicitante;*
- e) a conocer el contenido del expediente en cualquier momento;*
- f) a la atención sanitaria en las condiciones expuestas;*
- g) a recibir prestaciones sociales específicas en los términos que se recogen en esta Ley.*

2. Serán obligaciones de los solicitantes de protección internacional las siguientes:

- a) cooperar con las autoridades españolas en el procedimiento para la concesión de protección internacional;*
- b) presentar, lo antes posible, todos aquellos elementos que, junto a su propia declaración, contribuyan a fundamentar su solicitud. Entre otros, podrán*

presentar la documentación de que dispongan sobre su edad, pasado -incluido el de parientes relacionados-, identidad, nacionalidad o nacionalidades, lugares de anterior residencia, solicitudes de protección internacional previas, itinerarios de viaje, documentos de viaje y motivos por los que solicita la protección;

c) proporcionar sus impresiones dactilares, permitir ser fotografiados y, en su caso, consentir que sean grabadas sus declaraciones, siempre que hayan sido previamente informados sobre este último extremo;

d) informar sobre su domicilio en España y cualquier cambio que se produzca en él;

e) informar, asimismo, a la autoridad competente o comparecer ante ella, cuando así se les requiera con relación a cualquier circunstancia de su solicitud”.

Artículo 19. Efectos de la presentación de la solicitud.

“1. Solicitada la protección, la persona extranjera no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud o ésta no sea admitida. No obstante, por motivos de salud o seguridad públicas, la autoridad competente podrá adoptar medidas cautelares en aplicación de la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración.

2. Asimismo, la solicitud de protección suspenderá, hasta la decisión definitiva, la ejecución del fallo de cualquier proceso de extradición de la persona interesada que se halle pendiente. A tal fin, la solicitud será comunicada inmediatamente al órgano judicial o al órgano gubernativo ante el que en ese momento tuviera lugar el correspondiente proceso.

3. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, podrá entregarse o extraditarse a una persona solicitante, según proceda, a otro Estado miembro de la Unión Europea en virtud de las obligaciones dimanantes de una orden europea de detención y entrega, o a un país tercero ante órganos judiciales penales internacionales.

4. Las personas solicitantes de asilo tienen derecho a entrevistarse con un abogado en las dependencias de los puestos fronterizos y centros de internamiento de extranjeros. Reglamentariamente, y sin perjuicio de las normas de funcionamiento establecidas para las citadas dependencias y centros, podrán establecerse condiciones para el ejercicio de este derecho derivadas de razones de seguridad, orden público o de su gestión administrativa.

5. La solicitud de protección dará lugar al inicio del cómputo de los plazos previstos para su tramitación.

6. La resolución que admita a trámite una solicitud de asilo determinará el procedimiento correspondiente.

7. En caso de que la tramitación de una solicitud pudiese exceder de seis meses, ampliables de acuerdo con lo previsto en el artículo 49 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones

Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para su resolución y notificación, se informará a la persona interesada del motivo de la demora".

El artículo 36.1,h) de la Ley 12/2009, dispone que

"La concesión del derecho de asilo o de la protección subsidiaria implicará el reconocimiento de los derechos establecidos en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración, así como en la normativa de la Unión Europea, y, en todo caso: h) la libertad de circulación".

El artículo 5 de la Ley Orgánica 4/2000, reconoce al extranjero que esté en situación regular en España su derecho a circular libremente por el territorio español.

El Acta final, apartado III de la Adhesión de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (BOE núm. 81, de 5 de abril de 1994) recoge textualmente lo siguiente en relación con la cuestión que aquí nos ocupa:

"e) En aplicación de su legislación nacional y con el fin de verificar si los pasajeros siguen cumpliendo las condiciones enumeradas en el artículo 5 del Convenio de 1990, en virtud de los cuales fueron autorizados a entrar en territorio nacional en el momento del control de pasaportes en la frontera exterior, España mantendrá controles (controles de identidad y de documentos) en las conexiones marítimas y aéreas provenientes de Ceuta y Melilla que tengan como único destino otro punto del territorio español. A este mismo fin, España mantendrá controles sobre los vuelos interiores y sobre las conexiones regulares por transbordador que salgan de las ciudades de Ceuta y Melilla con destino a otro Estado parte del Convenio".

El artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) dispone, sobre las Condiciones de entrada de los nacionales de terceros países, que

"1. Para estancias previstas en el territorio de los Estados miembros de una duración que no exceda de 90 días dentro de cualquier período de 180 días, lo que implica tener en cuenta el período de 180 días que precede a cada día de estancia, las condiciones de entrada para los nacionales de terceros países serán las siguientes:

a) Estar en posesión de un documento de viaje válido que otorgue a su titular el derecho a cruzar la frontera y que cumpla los siguientes criterios:

i) Seguirá siendo válido como mínimo tres meses después de la fecha prevista de partida del territorio de los Estados miembros. En casos de emergencia justificados, esta obligación podrá suprimirse,

ii) deberá haberse expedido dentro de los diez años anteriores;

b) Estar en posesión de un visado válido, cuando así lo exija el Reglamento (CE) n.º 539/2001 del Consejo (25), salvo que sean titulares de un permiso de residencia válido o de un visado de larga duración válido;

c) Estar en posesión de documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista y disponer de medios de subsistencia suficientes, tanto para el período de estancia previsto como para el regreso al país de origen o el tránsito hacia un tercer país en el que su admisión esté garantizada, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios;

d) No estar inscrito como no admisible en el SIS;

e) No suponer una amenaza para el orden público, la seguridad interior, la salud pública o las relaciones internacionales de ninguno de los Estados miembros ni, en particular, estar inscrito como no admisible en las bases de datos nacionales de ningún Estado miembro por iguales motivos.

2. A efectos de la aplicación del apartado 1, la fecha de entrada se considerará como primer día de estancia en el territorio de los Estados miembros, y la fecha de salida como último día de estancia en el territorio de los Estados miembros. No se tendrán en cuenta para el cálculo de la duración de la estancia en el territorio de los Estados miembros los períodos de estancia autorizados por medio de un visado nacional de larga duración o de un permiso de residencia.

3. En el anexo I figura una lista no exhaustiva de documentos justificativos que la guardia de fronteras podrá pedir a los nacionales de terceros países para comprobar el cumplimiento de las condiciones contempladas en el apartado 1, letra c).

4. El criterio para calcular los medios de subsistencia estará en función de la duración y del motivo de la estancia y se usarán como referencia los precios medios en el Estado o Estados miembros de que se trate del alojamiento y de la alimentación, en hospedaje económico multiplicado por el número de días de estancia.

Los importes de referencia fijados por los Estados miembros se notificarán a la Comisión de conformidad con el artículo 39.

La comprobación de los medios de subsistencia suficientes podrá basarse en el dinero efectivo, los cheques de viaje y las tarjetas de crédito que obren en poder del nacional de un tercer país. Las declaraciones de invitación, cuando las prevea el Derecho interno, y las declaraciones de toma a cargo definidas por el Derecho interno, en caso de que el nacional de un tercer país se aloje en el domicilio de una persona de acogida, también podrán constituir prueba de medios adecuados de subsistencia.

5. No obstante lo dispuesto en el apartado 1:

a) Podrá autorizarse la entrada al territorio de los demás Estados miembros a aquellos nacionales de terceros países que no cumplan las condiciones

establecidas en el apartado 1, pero que sean titulares de un permiso de residencia o de un visado de larga duración, al objeto de que puedan llegar al territorio del Estado miembro que haya expedido el permiso de residencia o el visado de larga duración, a no ser que figuren en la lista nacional de personas no admisibles del Estado miembro en cuyas fronteras exteriores se presenten y que la descripción que les afecte esté acompañada de medidas que se opongan a la entrada o al tránsito;

b) Podrá autorizarse la entrada al territorio de los Estados miembros a aquellos nacionales de terceros países que se presenten en la frontera y cumplan las condiciones establecidas en el apartado 1, excepto la de la letra b), si se les puede expedir un visado en la frontera en virtud de los artículos 35 y 36 del Reglamento (CE) n.º 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo (26).

Los Estados miembros elaborarán estadísticas sobre los visados expedidos en la frontera con arreglo al artículo 46 del Reglamento (CE) n.º 810/2009 y a su anexo XII.

En caso de que no fuera posible colocar el visado en el documento, se adherirá la etiqueta, con carácter excepcional, en una hoja suelta que se incorporará al documento. En tal caso, se utilizará obligatoriamente el modelo uniforme de impreso para la colocación del visado establecido por el Reglamento (CE) n.º 333/2002 del Consejo (27);

c) Por motivos humanitarios, de interés nacional o por obligaciones internacionales, todo Estado miembro podrá autorizar la entrada en su territorio a nacionales de terceros países que no cumplan alguna de las condiciones establecidas en el apartado 1. En tales casos, cuando un nacional de un tercer país esté inscrito como no admisible con arreglo al apartado 1, letra d), el Estado miembro que le autorice la entrada en su territorio informará de ello a los demás Estados miembros”.

Asimismo, sobre la base de que cuando el demandante solicitó poder trasladarse al territorio peninsular ya había instado la protección internacional y su solicitud se había admitido a trámite, habiendo sido, por ello, documentado con el de solicitante de protección internacional en trámite, añadíamos lo siguiente:

“Dado que el primer derecho de aquél a quien se le admite tal solicitud es que se le documente como solicitante de protección internacional [artículo 18.1.a)], el efecto directo de esa admisión a trámite es que dicha persona no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva su solicitud (art.19.1), quedando el interesado obligado a comunicar su cambio de domicilio [18.2.d)], lo que implica que está facultado para realizar dicho cambio. De igual modo, la admisión a trámite lleva consigo la apertura del procedimiento correspondiente, según se deriva del artículo 19.6, siempre de la Ley 12/2009.

En este caso, a tenor de los citados preceptos legales, el recurrente, en cuanto que se encuentra en la Ciudad Autónoma de Ceuta -territorio español, por tanto- y documentado como solicitante de asilo en tramitación, se encontraba, en la fecha a la que se contraen estos autos, una situación regular en España, aunque,

cierto es también, transitoriamente como así lo demuestra el hecho de que el documento que le acredita como solicitante de asilo tenga un plazo de caducidad. No obstante, tal situación de regularidad en territorio español permitía su traslado dentro del mismo (y, por tanto, desde Ceuta a la Península) si bien sometido a la obligación de comunicar el cambio de domicilio que pretenda, lo que, sin embargo, no es exigible a quien ya ostenta la condición de titular del derecho de asilo instado.

El acto denegatorio y el que lo confirma en alzada, impugnados en este proceso, mantienen que, de acuerdo con los términos arriba expuestos de la Adhesión de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, el órgano competente, en este caso la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, (Orden INT/28/2013, de 18 de enero y artículo 4.2 del Real Decreto 557/2011) está normativamente habilitado para impedir que el recurrente, cuya solicitud de asilo ha sido admitida en la ciudad de Ceuta, pueda desplazarse a la Península, pues no cumpliría, se dice, para dicho cruce ninguno de los requisitos, tanto de índole documental como material, exigidos por el citado artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016.

Sin embargo, el control que pueden y deben realizar las autoridades competentes en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, conforme a lo dispuesto en el Acta Final del repetido Acuerdo de Adhesión de España al Convenio de Schengen, a fin de comprobar el cumplimiento de las condiciones previstas en el repetido artículo 6 del Reglamento Comunitario, se refiere a controles de identidad y documentos en las conexiones marítimas y aéreas que tengan como único destino otro punto del territorio español; lo que implica que no exista impedimento alguno para el ahora recurrente dado que, cuando puso de manifiesto su intención de cambiar de domicilio, trasladándose a la Península, estaba debidamente documentado.

Por otra parte, aunque con igual relevancia que lo anterior, entiende la Sala que no resulta aplicable en este caso lo dispuesto en el artículo 4.2 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, invocado en la Resolución denegatoria confirmada luego en alzada. Y no lo es porque, repasando su tenor literal (“La Comisaría General de Extranjería y Fronteras podrá autorizar la entrada en España de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en el apartado anterior cuando existan razones excepcionales...”), es claro que el supuesto de hecho exigible para su aplicación no se da en este caso ya que, aun de modo transitorio hasta la decisión sobre su solicitud de asilo, el recurrente estaba ya en territorio español (Ceuta indiscutiblemente lo es). Difícilmente puede, pues, aceptarse que tuviera en este caso la Comisaría General citada facultades para autorizar, o denegar, la entrada del actor en España por los motivos expuestos en el repetido artículo reglamentario, si no es a través de un inasumible argumento en el que el término “España” -contenido en el precepto normativo en cuestión- se identifique con el de “territorio peninsular”; restricción que la Sala rechaza de plano, por lo expuesto.

En consecuencia, vistas las pretensiones ejercitadas en la demanda, el presente recurso habrá de ser íntegramente estimado en los términos solicitados en el escrito rector, anulándose las resoluciones impugnadas por no existir impedimento alguno para que el actor, conforme a la situación que mantenía en la fecha en que formuló la solicitud, pudiera trasladarse al territorio español peninsular”.

Consecuentemente, aplicando la doctrina expuesta al caso que ahora nos ocupa, procede la estimación del presente recurso contencioso-administrativo”.

Este criterio se ha mantenido también en sentencias de 11 de mayo de 2015 (P.O. 1088/14), 28 de mayo de 2015 (P.O. 1089/14), 10 de junio de 2015 (P.O. 1091/14), 29 de septiembre de 2017 (P.O. 1470/16) y 26 de enero de 2018 (P.O. 41/17), entre otras.

A tenor de todo lo expuesto en la misma línea del auto de 31 de julio de 2018 (PMC 412/2018), se considera que en este caso concurren los requisitos necesarios para el otorgamiento de la medida cautelar solicitada, concretamente *periculum in mora*, sin que se aprecie una grave perturbación para los intereses generales o de tercero por su adopción, existiendo, además, a favor de la pretensión de la parte demandante apariencia de buen derecho.

CUARTO.- Por último, como ya se dijo en el referido auto de 27 de junio de 2018, que si bien es cierto que nuestra jurisprudencia se ha pronunciado en ocasiones en contra de acceder a la suspensión de actos negativos, tales como denegaciones del reconocimiento de derechos, por suponer la satisfacción de la pretensión principal, sin embargo en el concreto caso que se está resolviendo no se trata propiamente un acto administrativo negativo, sino una actuación que incorpora una inscripción en la documentación suministrada al recurrente, mediante la cual se le impide el acceso a la península, limitándose su derecho a la libre circulación y residencia en el territorio español. Por lo tanto, tal doctrina no resulta aplicable al presente caso.

Por todo lo razonado, procede la concesión de la medida cautelar solicitada, autorizándose el traslado del recurrente al territorio peninsular y su residencia en el mismo durante la sustanciación de este recurso.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, procede imponer las costas causadas en este incidente a la Administración demandada.

No obstante, a tenor del apartado tercero de dicho artículo 139 la imposición de las costas podrá ser *"a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima"* y la Sala considera procedente, atendida la índole del litigio y la concreta actividad desplegada por las partes, limitar la cantidad que, por los conceptos de honorarios de Abogado y derechos de Procurador, ha de satisfacer a la parte contraria la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima total de cien euros (100 €), más la cantidad que en concepto de IVA corresponda a la cuantía reclamada.

En atención a lo expuesto

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Conceder la medida cautelar solicitada por el procurador don David Suarez Cordero, en nombre y representación de [REDACTED], autorizándose el traslado del recurrente al territorio peninsular y su residencia en el mismo durante la sustanciación de este recurso.

Se condena al pago de las costas causadas en el presente incidente a la Administración demandada con la limitación que respecto de su cuantía se ha realizado en el último razonamiento jurídico.

Notifíquese la presente resolución a las partes y remítase testimonio de la presente resolución a la Administración demandada, DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA, para que lleve a efecto lo acordado

Contra la presente resolución cabe **recurso de reposición** en el plazo de cinco días desde la notificación, **previa constitución del depósito** previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite dicho recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2414-0000-91-0122-19 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” 20 Contencioso-Reposición/Súplica (25 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2414-0000-91-0122-19 en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. anotados en el encabezamiento de la presente resolución. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Primera

C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

33016340

NIG: 28.079.00.3-2019/0003166

Pieza de Medidas Cautelares 180/2019 - 0001 (Procedimiento Ordinario)

De: D./Dña. [REDACTED]

PROCURAD

ORDERO

Contra: DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

A U T O N° 383/2019

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D./Dña. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO

ILMOS/ILMAS. SRES/SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D./Dña. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS

D./Dña. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA

D /Dña. JOSE DAMIAN IRANZO CEREZO

En Madrid, a doce de junio de dos mil diecinueve.

HECHOS

PRIMERO.- Por el procurador de los tribunales don David Suarez Cordero, en nombre y representación de [REDACTED] natural de Argelia, se ha interpuesto recurso contencioso [REDACTED] acción presunta del recurso de alzada presentado contra la inscripción incluida en documento de fecha 6 de mayo de 2019 que acredita la condición del recurrente de solicitante de protección internacional (de la Jefatura Superior de Policía en Ceuta, actuando por delegación del Comisario General de Extranjería y Fronteras), que limita su validez a Ceuta, restringiendo su derecho a la libertad de circulación y de residencia al impedirle el traslado a territorio peninsular.

Asimismo, el recurrente ha solicitado como medida cautelar que se le autorice de forma expresa el traslado de Ceuta a territorio peninsular y se permita su residencia en dicho territorio durante la sustanciación del recurso, sin prestación de caución.

SEGUNDO.- Formada la correspondiente pieza separada, y dado traslado de las actuaciones a la Abogacía del Estado para que formular las alegaciones que estimara pertinentes, presentó escrito solicitando la denegación de la medida cautelar.

Es ponente de esta resolución el Ilmo. Magistrado Don José Arturo Fernández García

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Las medidas cautelares tratan de asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso, evitando la producción de un perjuicio de imposible o difícil reparación *-periculum in mora-* o, como expresa el artículo 129 LJCA, asegurar “la efectividad de la sentencia”. El objetivo es que la sentencia estimatoria que pudiera recaer pueda llevarse a la práctica de modo útil para que lo juzgado pueda ser ejecutado, garantizando así del principio de tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la CE (ATS de 14 de junio de 2012, Rec. 344/2012), y del cual forma parte integrante la llamada “tutela cautelar”. Se trata, en definitiva, de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso.

De acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en STS de 22 de julio de 2002 (Rec. Cas. 3507/1998), transcrita en el ATS de 16 de julio de 2004 (R.C.A. 46/2004) y reiterada en el de 18 de julio de 2006 (R.C.A. 18/2006), la razón de ser de la justicia cautelar en el proceso en general se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme pueda dar lugar a 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 señala el artículo 129 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 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.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en SSTC 22/84, 66/84, 238/92, 148/93, entre otras muchas) ha declarado que el principio de autotutela administrativa, que no es incompatible con el artículo 24.1 CE, engarza con el principio de eficacia previsto en el artículo 103.1 CE y se satisface facilitando que la ejecución se someta a la decisión de un Tribunal y éste resuelva sobre la suspensión. Sobre esta base, la STC 218/1994 dejó dicho 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 artículo 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 ser adoptada mediante la adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, según la justificación que se ofrezca en el momento de solicitarla, en relación con los distintos criterios que según la Ley Jurisdiccional han de contemplarse, y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional.

Así, en relación con los criterios a considerar a la hora de resolver sobre la adopción o denegación de una medida cautelar, el ATS de 18 de julio de 2006, entre otros muchos, recuerda que han de ponderarse conjuntamente los siguientes:

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. 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 su adopción no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso.

c) El *periculum in mora*, 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.

d) La ponderación de los intereses concurrentes como criterio complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso. 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 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 de 3 de junio de 1997, entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*); un criterio que, no recogido expresamente en la Ley Jurisdiccional aunque sí en el artículo 728 LEC, permite realizar una valoración de los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar, con carácter provisional y en los casos delimitados por la jurisprudencia (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, 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), dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva

Por ello, la jurisprudencia contempla la adopción de las medidas cautelares bajo el régimen de la nueva Ley Jurisdiccional, no como una medida excepcional, sino como una verdadera facultad judicial y un instrumento de tutela judicial ordinaria, por influjo directo de las exigencias que derivan de la tutela judicial efectiva (en este sentido AATS de 14 de junio de 2012, Rec. 344/2012, de 5 de febrero de 2009, Rec. 35/2008, y de 27 de marzo de 2007, Rec. 148/2005).

En la línea y ampliando lo anteriormente señalado, indicar que el artículo 129 LJCA abandona el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, que caracterizaba la regulación anterior, instaurando un sistema de "*númerus apertus*", de medidas innominadas, entre las que se encuentran las de carácter positivo. Así, el precepto utiliza una formulación amplia, en cuya virtud los interesados pueden solicitar "cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia".

Los presupuestos legales para la adopción de una medida cautelar en el proceso contencioso-administrativo se establecen con carácter general para el supuesto de impugnación de actos administrativos o disposiciones generales en el artículo 130 LJCA, sin perjuicio de las especialidades propias del régimen de tutela cautelar relativo a la vía de hecho y a la inactividad administrativa, que contempla el artículo 136 LJCA.

El criterio general para la adopción de medidas cautelares que se recoge en el artículo 130 LJCA se concreta en la expresión "pérdida de la finalidad legítima del recurso". Dicho concepto jurídico indeterminado gira en torno al llamado "*periculum in mora*", que el legislador ha situado como criterio decisor de la adopción de medidas cautelares, al margen de la mayor o menor incidencia que se quiera atribuir al principio "*fumus boni iuris*", y del relevante papel que ocupa la ponderación de intereses que preside todo el sistema.

La "pérdida de la finalidad legítima del recurso" puede identificarse en presencia de alguna de las siguientes circunstancias: a) la irreparabilidad o difícil reparación del daño o perjuicio que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera ocasionar, y b) la generación de una situación jurídica irreversible o de costosa o difícil reversibilidad que prive de efectividad a la sentencia favorable a la pretensión ejercitada.

Ahora bien, como contrapeso del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. De este modo, la ponderación de los intereses es el segundo de los presupuestos legales para la adopción de las medidas cautelares que debe concurrir junto con el *periculum in mora* para justificar la adopción de aquellas.

En definitiva, la Ley Jurisdiccional establece un requisito esencial para posibilitar la adopción de medidas cautelares, consistente en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder al recurso su finalidad legítima. De manera que sólo cumplido tal presupuesto podrá ser adoptada la medida cautelar, aunque podrá denegarse cuando, pese a ello, pudiera seguirse de su adopción una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, exigiendo del Juez o Tribunal una ponderación circunstanciada de los intereses en conflicto. Por tanto, en dicho juicio de ponderación de intereses se debe comparar la intensidad del interés público que representa la ejecución del acto y la entidad de los perjuicios susceptibles de ser provocados por tal ejecución, concediéndose mayor relevancia en dicha valoración comparativa al interés general o de tercero afectado por la eficacia del acto impugnado.

Además se produce una interrelación entre el *periculum in mora* y la ponderación de intereses que condiciona el juicio cautelar, pues, tal y como afirma la jurisprudencia, cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; mientras que, por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto(en este sentido SSTS de 5 de julio de 2012, Rec. 2704/2011 y 4873/2010, de 29 de noviembre de 2012, Rec. 5487/2011, y de 26 de septiembre de 2011, Rec. 6198/2010, y ATS de 8 de mayo de 2012, Rec. 313/2012).

Por último, junto al *periculum in mora*, tradicional elemento definidor de la decisión cautelar, se ha abierto camino en los últimos tiempos, doctrinal y jurisprudencialmente, como criterio para la adopción de medidas cautelares, el "*fumus boni iuris*", que se incorpora al proceso contencioso-administrativo de la mano de la jurisprudencia y procedente del Derecho comunitario.

Constituye un criterio de contornos aún no plenamente definidos y de aplicación ciertamente residual y muy limitada, que junto con aquel otro ha justificado el otorgamiento de la tutela cautelar en ocasiones.

La aplicación de la doctrina del "*fumus boni iuris*" nos sitúa ante el juicio de probabilidad o de verosimilitud de la existencia del derecho, y se vincula a la existencia de una situación jurídica necesitada de protección durante la tramitación del proceso y hasta que se dicte sentencia definitiva en el mismo, ante el previsible perjuicio que sufriría por la duración del proceso.

Sin embargo, tras el entusiasmo con que se acogió en un principio, actualmente la jurisprudencia advierte de los riesgos de su uso y demanda su prudente aplicación, recomendando su empleo para fundamentar la suspensión de ejecutividad o vigencia de actos o disposiciones, con carácter general, solo en determinados supuestos. Concretamente en los casos de nulidad de pleno derecho del acto o disposición recurridos, siempre y cuando la nulidad sea manifiesta, precisando que esta circunstancia concurre en los actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada previamente nula, cuando existe una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, y ante la existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz.

Tan prudente aplicación pretende conjurar el riesgo de prejuzgar la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulnere 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 -lo que conlleva que la decisión del Tribunal sobre las cuestiones suscitadas por las partes en el proceso principal se produzca tras su sustanciación bajo tales principios, en relación con los hechos en que se funda cada pretensión-, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito o decidir el fondo del asunto, sino solo para salvaguardar la finalidad legítima del recurso (en este sentido SSTS de 29 de noviembre de 2012, Rec. 5487/2011, y de 5 de julio de 2012, Rec. 2704/2011 y 4873/2010)

Tal y como señala la STC 148/1993 "el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que

corresponde resolver en el proceso principal", pues al resolver sobre una medida cautelar se carece aún de los elementos precisos para efectuar un enjuiciamiento definitivo.

Finalmente señalar que la carga de acreditar que la ejecución del acto recurrido o la vigencia de la disposición impugnada, sobre los que recae la solicitud de medida cautelar, podría frustrar la finalidad legítima del recurso, recae sobre el solicitante y favorecido por la misma. Es decir, el interesado en obtener la medida cautelar tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurrirían en el caso para acordarla, sin que sea suficiente una mera invocación genérica o una mera alegación, sin prueba alguna (en este sentido SSTs de 29 de noviembre de 2012, Rec. 5487/2011, y de 5 de julio de 2012, Rec. 2704/2011 y 4873/2010).

No obstante, la concurrencia de los requisitos para la adopción de la medida cautelar no requiere una prueba plena, sino que bastará con una razonabilidad de su producción o concurrencia. Es decir, será suficiente con una prueba por indicios o incompleta acerca de la posibilidad de que las consecuencias dañosas alegadas se produzcan, así como de su naturaleza y alcance (en este sentido, además de las SSTs anteriormente citadas, los AATS de 5 de febrero de 2009, Rec. 35/2008, y de 27 de marzo de 2007, Rec. 148/2005).

SEGUNDO.- El acto administrativo respecto al que se solicita la presente medida cautelar es la desestimación presunta del recurso de alzada presentado contra la inscripción incluida en el documento facilitado que acredita la condición del recurrente como solicitante de protección internacional, limitando su validez a Ceuta y restringiendo, por ello, su derecho a la libertad de circulación y de residencia al impedirle el traslado a territorio peninsular.

La parte demandante que insta la medida cautelar alega esencialmente que el recurrente, con fecha 28 de agosto de 2018, formalizó solicitud de protección internacional en Ceuta, siendo admitida a trámite, por lo que el 6 de mayo de 2019 la Jefatura Superior de Policía de Ceuta, por delegación del Comisario General del Extranjería y Fronteras, le hizo entrega de la correspondiente documentación que acredita su condición de solicitante de protección internacional, en la que se insertó una inscripción que reza "válido sólo en Ceuta".

Opone dicha parte esencialmente la apariencia de buen derecho en su favor, dado que tal inscripción causa una indebida limitación al derecho del interesado a circular libremente por el territorio nacional y a elegir su residencia; así como la existencia de *periculum in mora*, teniendo en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél por su orientación sexual y creencias religiosas que se perpetuaría por la limitación personal que le supone no poder desplazarse a la península. Finalmente, señala que la adopción de la medida cautelar no lesiona intereses generales ni de tercero.

Frente a estos argumentos, la Abogacía del Estado opone la improcedencia de medidas cautelares frente a actos negativos por constituir una estimación anticipada de la pretensión del actor y que no se acredita la concurrencia de los requisitos necesarios para la adopción de la medida cautelar solicitada.

En un supuesto análogo al presente se ha pronunciado esta Sección en el auto de 19 de junio de 2018 (Procedimiento ordinario 197/2018), reproducido en otro dictado el 27 de junio de 2018(Procedimiento Ordinario 276/2018) en asunto similar, en el sentido siguiente:

“CUARTO.- (...)

Con tal base, solicita se le reconozca la posibilidad de trasladarse desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular y ello sin perjuicio del resultado final del expediente de solicitud de protección internacional. La negación, pues, al actor de la posibilidad de trasladar su domicilio desde una parte a otra del territorio nacional podría afectar al derecho que, aunque de modo transitorio y no definitivo, apareja la admisión a trámite de la solicitud formulada; una afectación que, al concernir a su situación personal por la limitación de un derecho, podría dar lugar a la producción de perjuicios difícilmente reversibles en el caso de dictarse eventualmente una sentencia estimatoria en los autos de los que dimana esta pieza de medidas cautelares.

Procede, pues, considerar concurrente el requisito del periculum in mora sobre el que se construye esencialmente el actual sistema de medidas cautelares que contempla la Ley Jurisdiccional de 1998.

Junto a lo anterior, la necesidad de conjurar la posible pérdida de la finalidad legítima del recurso con la medida cautelar que se ha solicitado por el demandante queda, si cabe, más reforzada contemplando la concurrencia, también, del complementario fumus boni iuris o apariencia de buen derecho.

En relación con el mencionado requisito, será útil recordar lo que el Tribunal Supremo razonaba ya respecto al mismo, entre otras muchas, en Sentencia de 6 de julio de 2009 (Rec. Cas. 658/2008):

“Es cierto que, como hemos declarado en repetidas ocasiones -sentencias de esta Sala de 14 de abril de 2003 (RC 5020/1999) y 17 de marzo de 2008 (RC 1021/2006), donde se citan otras anteriores de 27 de julio de 1996, 26 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 y 22 de febrero de 2003-, 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), si bien resulta aplicable en aquellos supuestos en que se solicita la nulidad del acto administrativo

dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente. En la misma línea se expresa la sentencia de 18 de mayo de 2004 (RC 5793/2001), donde, citando resoluciones anteriores de la propia Sala (autos de 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y sentencia de 14 de enero de 1997, entre otros), se pone de manifiesto que la jurisprudencia hace una aplicación matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, que se utiliza sólo en determinados supuestos, citándose específicamente los casos en que concurra una nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, se trate de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, exista una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, o un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz; y, por el contrario, la doctrina de la apariencia de buen derecho no debe servir de fundamento para la adopción de la medida cautelar en los casos en que se predique la nulidad del acto impugnado en virtud de causas que han de ser objeto de valoración y decisión por primera vez, pues con ello 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.

En el mismo sentido, señalaba ya la STS 7 de abril de 2004 (Rec. Cas. 1678/2002) que "... la finalidad legítima del recurso, cuya protección constituye, ciertamente, el presupuesto para la adopción de medidas cautelares, no es sólo, en un caso como el de autos, que al final del proceso, incluida su fase de ejecución, se restablezca la legalidad urbanística, sino, más bien, que ésta no sea groseramente menoscabada durante la pendencia de aquél. En este sentido, no debe descartarse que la interpretación del concepto jurídico indeterminado "finalidad legítima del recurso" conduzca a incluir en él, no sólo la preservación del efecto útil de la sentencia futura, sino, también, la de evitar que quien aparentemente está revestido de toda razón tenga que esperar a la decisión final del proceso para "disfrutar" de la posición o situación jurídica que, con fuerte presunción, parece corresponderle. A favor de esta ampliación de aquel concepto juegan numerosas razones: desde la idea de que la institución cautelar opera en otras ramas de nuestro ordenamiento jurídico (así, por ejemplo, en sede del juicio ejecutivo) para tutelar provisionalmente situaciones dotadas de una fuerte presunción de certeza; hasta algunas decisiones de la jurisprudencia comunitaria en las que, en presencia de una "fuerte presunción" o "manifiesta fundamentación" de ilegalidad de la actividad frente a la que se solicita la medida cautelar, se concede ésta analizando sólo el aspecto del "fumus boni iuris", sin entrar en el examen de la existencia o no de un perjuicio grave e irreparable; pasando, en fin, por principios tales como el de la proscripción del abuso del derecho o el de que el tener que recurrir al proceso para obtener reconocimiento de los derechos no debe perjudicar a quien tiene razón. El

derecho fundamental a la tutela judicial efectiva parece demandar, también, que el "perjuicio" inherente al tiempo necesario para finalizar el proceso no recaiga en quien, con fuerte apariencia, tiene toda la razón.

Es por ello, en tercer término, que no cabe interpretar el nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares surgido en la Ley 29/1998 como de proscripción, radical, absoluta, del criterio de la apariencia de buen derecho. Este criterio del "fumus boni iuris", aun siendo enormemente controvertido, no parece que pueda ser totalmente desatendido al decidir sobre la adopción de medidas cautelares. Bien para evitar que a través de demandas de todo punto infundadas se perturbe el interés público o los derechos de terceros; bien, como hemos dicho antes, para evitar que la necesidad de acudir al proceso corra en perjuicio de quien aparentemente tiene toda la razón; bien, en fin, para decantarse por la decisión en los casos extremos en que tanto la no adopción como la adopción de la cautela pueda determinar una situación gravemente perjudicial o irreversible”.

En este caso, la aplicación del repetido criterio se presenta como necesaria teniendo en cuenta que esta misma Sala y Sección, en numerosas Sentencias [entre las más recientes, pueden citarse las de 28 de mayo de 2015 (Rec. 1089/2014), 10 de junio de 2015 (Rec. 1091/2014), 29 de septiembre de 2017 (Rec. 1470/2016), 8 de noviembre de 2017 (40/2017), 11 de diciembre de 2017 (Rec. 918/2017), 18 de diciembre de 2017 (Rec. 1457/2017) y 26 de enero de 2018 (Rec. 41/2017)] ha estimado recursos contencioso-administrativos contra idénticas resoluciones que aquéllas a las que viene referida la presente solicitud de tutela cautelar, habiendo acogido en las citadas Sentencias pretensiones basadas en argumentos sustancialmente idénticos a los esgrimidos por el recurrente en apoyo de la pretensión que ahora se resuelve, configurándose así por esta Sala un criterio reiterado y uniforme que a la misma Administración ahora demandada le es de sobra conocido.

Con aplicación, pues, del requisito de la apariencia de buen derecho en el sentido al que se ha hecho referencia, debe acogerse entonces la primera de las pretensiones ejercitadas en la solicitud de tutela cautelar suspendiendo la ejecutividad de las resoluciones recurridas, en la medida en que las mismas impiden al recurrente su desde la Ciudad Autónoma de Melilla al territorio peninsular, en la ciudad de Almería. Y todo ello apoyado, además de en lo ya expuesto, en lo razonado y resuelto por el Tribunal Supremo en un asunto en el que con idéntica aplicación del requisito del fumus boni iuris que ahora hacemos, dejó dicho lo siguiente [STS de 12 de febrero de 2018 (Rec. Cas. 103/2017)]:

“Efectivamente, en el ámbito del sistema cautelar se ha producido la aportación jurisprudencial -doctrina de la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris)- a la que se refiere la recurrente y que, pese a sus modulaciones, permite (1) en un

marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.

(...) la citada 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 o ante 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)...”.

Como se indicó en el auto de 27 de junio de 2018, se ha de añadir que ante otro supuesto de hecho análogo al que ahora se trata, aunque resolviendo el fondo de la cuestión litigiosa, y referido también al acceso desde Ceuta a la península por extranjeros que han obtenido la admisión de solicitudes de asilo o protección internacional, se indicaba en la sentencia de esta Sección de 26 de enero de 2018 (P.O. 41/2017):

“TERCERO.- *A los hechos expuestos les resultan de aplicación la doctrina contenida en la sentencia citada, donde decíamos lo siguiente:*

“QUINTO.- Una vez delimitado con precisión el objeto del presente recurso estamos en condiciones de afirmar que no es la primera vez que esta Sala ha examinado y resuelto pretensiones idénticas a la que aquí se sustancia. En Sentencias de 11 de mayo de 2015 (Rec. 1088/2014), 28 de mayo de 2015 (Rec. 1089/2014) y 10 de junio de 2015 (Rec. 1091/2014) ya se examinaron las mismas cuestiones aquí debatidas y el resultado, como se comprueba, fue el de la estimación de los respectivos recursos. Una decisión que, examinado detenidamente lo actuado en vía administrativa y en estos autos, también se pronunciará, según pasamos a razonar.

El artículo 25 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social, dispone en su artículo 25. 3, referido a los requisitos para la entrada en territorio nacional, que lo dispuesto en sus dos primeros apartados no será de aplicación a los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España, cuya concesión se regirá por lo dispuesto en la normativa específica.

El artículo 4 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, define el derecho a la protección subsidiaria como el "dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos

fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10 de esta Ley y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren, acogerse a la protección del país de que se trate, siempre que no concurra alguno de los supuestos mencionados en los artículos 11 y 12 de esta Ley".

Los artículos 17, 18 y 19 de la repetida Ley 12/2009 regulan el procedimiento de solicitud de asilo en los siguientes términos:

Artículo 17. Presentación de la solicitud.

1. El procedimiento se inicia con la presentación de la solicitud, que deberá efectuarse mediante comparecencia personal de los interesados que soliciten protección en los lugares que reglamentariamente se establezcan, o en caso de imposibilidad física o legal, mediante persona que lo represente. En este último caso, el solicitante deberá ratificar la petición una vez desaparezca el impedimento.

2. La comparecencia deberá realizarse sin demora y en todo caso en el plazo máximo de un mes desde la entrada en el territorio español o, en todo caso, desde que se produzcan los acontecimientos que justifiquen el temor fundado de persecución o daños graves. A estos efectos, la entrada ilegal en territorio español no podrá ser sancionada cuando haya sido realizada por persona que reúna los requisitos para ser beneficiaria de la protección internacional prevista en esta Ley.

3. En el momento de efectuar la solicitud, la persona extranjera será informada, en una lengua que pueda comprender, acerca de:

- a) el procedimiento que debe seguirse;*
- b) sus derechos y obligaciones durante la tramitación, en especial en materia de plazos y medios de que dispone para cumplir éstas;*
- c) la posibilidad de contactar con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y con las Organizaciones no Gubernamentales legalmente reconocidas entre cuyos objetivos figure el asesoramiento y ayuda a las personas necesitadas de protección internacional;*
- d) las posibles consecuencias del incumplimiento de sus obligaciones o de su falta de colaboración con las autoridades; y*
- e) los derechos y prestaciones sociales a los que tiene acceso en su condición de solicitante de protección internacional.*

4. La solicitud se formalizará mediante entrevista personal que se realizará siempre individualmente. De forma excepcional, podrá requerirse la

presencia de otros miembros de la familia de los solicitantes, si ello se considerase imprescindible para la adecuada formalización de la solicitud.

5. La Administración adoptará las medidas necesarias para que, cuando sea preciso, en la entrevista se preste un tratamiento diferenciado por razón del sexo de la persona solicitante o demás circunstancias previstas en el artículo 46 de esta Ley. De este trámite se dejará debida constancia en el expediente administrativo.

6. Las personas encargadas de efectuar la entrevista informarán a los solicitantes sobre cómo efectuar la solicitud, y les ayudarán a cumplimentarla, facilitándoles la información básica en relación con aquélla. Asimismo, colaborarán con los interesados para establecer los hechos relevantes de su solicitud.

7. Cuando razones de seguridad lo aconsejen, se podrá registrar a la persona solicitante y sus pertenencias, siempre y cuando se garantice el pleno respeto a su dignidad e integridad.

8. En los términos que se establezcan reglamentariamente, se planteará la posibilidad de una nueva audiencia personal sobre su solicitud de asilo. La ponderación sobre la necesidad o no de efectuar nuevas entrevistas será motivada”.

Artículo 18. Derechos y obligaciones de los solicitantes.

“1. El solicitante de asilo, presentada la solicitud, tiene en los términos recogidos en la presente Ley, en los artículos 16, 17, 19, 33 y 34, los siguientes derechos:

- a) a ser documentado como solicitante de protección internacional;*
- b) a asistencia jurídica gratuita e intérprete;*
- c) a que se comunique su solicitud al ACNUR;*
- d) a la suspensión de cualquier proceso de devolución, expulsión o extradición que pudiera afectar al solicitante;*
- e) a conocer el contenido del expediente en cualquier momento;*
- f) a la atención sanitaria en las condiciones expuestas;*
- g) a recibir prestaciones sociales específicas en los términos que se recogen en esta Ley.*

2. Serán obligaciones de los solicitantes de protección internacional las siguientes:

- a) cooperar con las autoridades españolas en el procedimiento para la concesión de protección internacional;*
- b) presentar, lo antes posible, todos aquellos elementos que, junto a su propia declaración, contribuyan a fundamentar su solicitud. Entre otros, podrán*

presentar la documentación de que dispongan sobre su edad, pasado -incluido el de parientes relacionados-, identidad, nacionalidad o nacionalidades, lugares de anterior residencia, solicitudes de protección internacional previas, itinerarios de viaje, documentos de viaje y motivos por los que solicita la protección;

c) proporcionar sus impresiones dactilares, permitir ser fotografiados y, en su caso, consentir que sean grabadas sus declaraciones, siempre que hayan sido previamente informados sobre este último extremo;

d) informar sobre su domicilio en España y cualquier cambio que se produzca en él;

e) informar, asimismo, a la autoridad competente o comparecer ante ella, cuando así se les requiera con relación a cualquier circunstancia de su solicitud”.

Artículo 19. Efectos de la presentación de la solicitud.

“1. Solicitada la protección, la persona extranjera no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud o ésta no sea admitida. No obstante, por motivos de salud o seguridad públicas, la autoridad competente podrá adoptar medidas cautelares en aplicación de la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración.

2. Asimismo, la solicitud de protección suspenderá, hasta la decisión definitiva, la ejecución del fallo de cualquier proceso de extradición de la persona interesada que se halle pendiente. A tal fin, la solicitud será comunicada inmediatamente al órgano judicial o al órgano gubernativo ante el que en ese momento tuviera lugar el correspondiente proceso.

3. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, podrá entregarse o extraditarse a una persona solicitante, según proceda, a otro Estado miembro de la Unión Europea en virtud de las obligaciones dimanantes de una orden europea de detención y entrega, o a un país tercero ante órganos judiciales penales internacionales.

4. Las personas solicitantes de asilo tienen derecho a entrevistarse con un abogado en las dependencias de los puestos fronterizos y centros de internamiento de extranjeros. Reglamentariamente, y sin perjuicio de las normas de funcionamiento establecidas para las citadas dependencias y centros, podrán establecerse condiciones para el ejercicio de este derecho derivadas de razones de seguridad, orden público o de su gestión administrativa.

5. La solicitud de protección dará lugar al inicio del cómputo de los plazos previstos para su tramitación.

6. La resolución que admita a trámite una solicitud de asilo determinará el procedimiento correspondiente.

7. En caso de que la tramitación de una solicitud pudiese exceder de seis meses, ampliables de acuerdo con lo previsto en el artículo 49 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones

Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para su resolución y notificación, se informará a la persona interesada del motivo de la demora".

El artículo 36.1,h) de la Ley 12/2009, dispone que

"La concesión del derecho de asilo o de la protección subsidiaria implicará el reconocimiento de los derechos establecidos en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración, así como en la normativa de la Unión Europea, y, en todo caso: h) la libertad de circulación".

El artículo 5 de la Ley Orgánica 4/2000, reconoce al extranjero que esté en situación regular en España su derecho a circular libremente por el territorio español.

El Acta final, apartado III de la Adhesión de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (BOE núm. 81, de 5 de abril de 1994) recoge textualmente lo siguiente en relación con la cuestión que aquí nos ocupa:

"e) En aplicación de su legislación nacional y con el fin de verificar si los pasajeros siguen cumpliendo las condiciones enumeradas en el artículo 5 del Convenio de 1990, en virtud de los cuales fueron autorizados a entrar en territorio nacional en el momento del control de pasaportes en la frontera exterior, España mantendrá controles (controles de identidad y de documentos) en las conexiones marítimas y aéreas provenientes de Ceuta y Melilla que tengan como único destino otro punto del territorio español. A este mismo fin, España mantendrá controles sobre los vuelos interiores y sobre las conexiones regulares por transbordador que salgan de las ciudades de Ceuta y Melilla con destino a otro Estado parte del Convenio".

El artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) dispone, sobre las Condiciones de entrada de los nacionales de terceros países, que

"1. Para estancias previstas en el territorio de los Estados miembros de una duración que no exceda de 90 días dentro de cualquier período de 180 días, lo que implica tener en cuenta el período de 180 días que precede a cada día de estancia, las condiciones de entrada para los nacionales de terceros países serán las siguientes:

a) Estar en posesión de un documento de viaje válido que otorgue a su titular el derecho a cruzar la frontera y que cumpla los siguientes criterios:

i) Seguirá siendo válido como mínimo tres meses después de la fecha prevista de partida del territorio de los Estados miembros. En casos de emergencia justificados, esta obligación podrá suprimirse,

ii) deberá haberse expedido dentro de los diez años anteriores;

b) Estar en posesión de un visado válido, cuando así lo exija el Reglamento (CE) n.º 539/2001 del Consejo (25), salvo que sean titulares de un permiso de residencia válido o de un visado de larga duración válido;

c) Estar en posesión de documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista y disponer de medios de subsistencia suficientes, tanto para el período de estancia previsto como para el regreso al país de origen o el tránsito hacia un tercer país en el que su admisión esté garantizada, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios;

d) No estar inscrito como no admisible en el SIS;

e) No suponer una amenaza para el orden público, la seguridad interior, la salud pública o las relaciones internacionales de ninguno de los Estados miembros ni, en particular, estar inscrito como no admisible en las bases de datos nacionales de ningún Estado miembro por iguales motivos.

2. A efectos de la aplicación del apartado 1, la fecha de entrada se considerará como primer día de estancia en el territorio de los Estados miembros, y la fecha de salida como último día de estancia en el territorio de los Estados miembros. No se tendrán en cuenta para el cálculo de la duración de la estancia en el territorio de los Estados miembros los períodos de estancia autorizados por medio de un visado nacional de larga duración o de un permiso de residencia.

3. En el anexo I figura una lista no exhaustiva de documentos justificativos que la guardia de fronteras podrá pedir a los nacionales de terceros países para comprobar el cumplimiento de las condiciones contempladas en el apartado 1, letra c).

4. El criterio para calcular los medios de subsistencia estará en función de la duración y del motivo de la estancia y se usarán como referencia los precios medios en el Estado o Estados miembros de que se trate del alojamiento y de la alimentación, en hospedaje económico multiplicado por el número de días de estancia.

Los importes de referencia fijados por los Estados miembros se notificarán a la Comisión de conformidad con el artículo 39.

La comprobación de los medios de subsistencia suficientes podrá basarse en el dinero efectivo, los cheques de viaje y las tarjetas de crédito que obren en poder del nacional de un tercer país. Las declaraciones de invitación, cuando las prevea el Derecho interno, y las declaraciones de toma a cargo definidas por el Derecho interno, en caso de que el nacional de un tercer país se aloje en el domicilio de una persona de acogida, también podrán constituir prueba de medios adecuados de subsistencia.

5. No obstante lo dispuesto en el apartado 1:

a) Podrá autorizarse la entrada al territorio de los demás Estados miembros a aquellos nacionales de terceros países que no cumplan las condiciones

establecidas en el apartado 1, pero que sean titulares de un permiso de residencia o de un visado de larga duración, al objeto de que puedan llegar al territorio del Estado miembro que haya expedido el permiso de residencia o el visado de larga duración, a no ser que figuren en la lista nacional de personas no admisibles del Estado miembro en cuyas fronteras exteriores se presenten y que la descripción que les afecte esté acompañada de medidas que se opongan a la entrada o al tránsito;

b) Podrá autorizarse la entrada al territorio de los Estados miembros a aquellos nacionales de terceros países que se presenten en la frontera y cumplan las condiciones establecidas en el apartado 1, excepto la de la letra b), si se les puede expedir un visado en la frontera en virtud de los artículos 35 y 36 del Reglamento (CE) n.º 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo (26).

Los Estados miembros elaborarán estadísticas sobre los visados expedidos en la frontera con arreglo al artículo 46 del Reglamento (CE) n.º 810/2009 y a su anexo XII.

En caso de que no fuera posible colocar el visado en el documento, se adherirá la etiqueta, con carácter excepcional, en una hoja suelta que se incorporará al documento. En tal caso, se utilizará obligatoriamente el modelo uniforme de impreso para la colocación del visado establecido por el Reglamento (CE) n.º 333/2002 del Consejo (27);

c) Por motivos humanitarios, de interés nacional o por obligaciones internacionales, todo Estado miembro podrá autorizar la entrada en su territorio a nacionales de terceros países que no cumplan alguna de las condiciones establecidas en el apartado 1. En tales casos, cuando un nacional de un tercer país esté inscrito como no admisible con arreglo al apartado 1, letra d), el Estado miembro que le autorice la entrada en su territorio informará de ello a los demás Estados miembros”.

Asimismo, sobre la base de que cuando el demandante solicitó poder trasladarse al territorio peninsular ya había instado la protección internacional y su solicitud se había admitido a trámite, habiendo sido, por ello, documentado con el de solicitante de protección internacional en trámite, añadíamos lo siguiente:

“Dado que el primer derecho de aquél a quien se le admite tal solicitud es que se le documente como solicitante de protección internacional [artículo 18.1.a)], el efecto directo de esa admisión a trámite es que dicha persona no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva su solicitud (art.19.1), quedando el interesado obligado a comunicar su cambio de domicilio [18.2.d)], lo que implica que está facultado para realizar dicho cambio. De igual modo, la admisión a trámite lleva consigo la apertura del procedimiento correspondiente, según se deriva del artículo 19.6, siempre de la Ley 12/2009.

En este caso, a tenor de los citados preceptos legales, el recurrente, en cuanto que se encuentra en la Ciudad Autónoma de Ceuta -territorio español, por tanto- y documentado como solicitante de asilo en tramitación, se encontraba, en la fecha a la que se contraen estos autos, una situación regular en España, aunque,

cierto es también, transitoriamente como así lo demuestra el hecho de que el documento que le acredita como solicitante de asilo tenga un plazo de caducidad. No obstante, tal situación de regularidad en territorio español permitía su traslado dentro del mismo (y, por tanto, desde Ceuta a la Península) si bien sometido a la obligación de comunicar el cambio de domicilio que pretenda, lo que, sin embargo, no es exigible a quien ya ostenta la condición de titular del derecho de asilo instado.

El acto denegatorio y el que lo confirma en alzada, impugnados en este proceso, mantienen que, de acuerdo con los términos arriba expuestos de la Adhesión de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, el órgano competente, en este caso la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, (Orden INT/28/2013, de 18 de enero y artículo 4.2 del Real Decreto 557/2011) está normativamente habilitado para impedir que el recurrente, cuya solicitud de asilo ha sido admitida en la ciudad de Ceuta, pueda desplazarse a la Península, pues no cumpliría, se dice, para dicho cruce ninguno de los requisitos, tanto de índole documental como material, exigidos por el citado artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016.

Sin embargo, el control que pueden y deben realizar las autoridades competentes en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, conforme a lo dispuesto en el Acta Final del repetido Acuerdo de Adhesión de España al Convenio de Schengen, a fin de comprobar el cumplimiento de las condiciones previstas en el repetido artículo 6 del Reglamento Comunitario, se refiere a controles de identidad y documentos en las conexiones marítimas y aéreas que tengan como único destino otro punto del territorio español; lo que implica que no exista impedimento alguno para el ahora recurrente dado que, cuando puso de manifiesto su intención de cambiar de domicilio, trasladándose a la Península, estaba debidamente documentado.

Por otra parte, aunque con igual relevancia que lo anterior, entiende la Sala que no resulta aplicable en este caso lo dispuesto en el artículo 4.2 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, invocado en la Resolución denegatoria confirmada luego en alzada. Y no lo es porque, repasando su tenor literal (“La Comisaría General de Extranjería y Fronteras podrá autorizar la entrada en España de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en el apartado anterior cuando existan razones excepcionales...”), es claro que el supuesto de hecho exigible para su aplicación no se da en este caso ya que, aun de modo transitorio hasta la decisión sobre su solicitud de asilo, el recurrente estaba ya en territorio español (Ceuta indiscutiblemente lo es). Dificilmente puede, pues, aceptarse que tuviera en este caso la Comisaría General citada facultades para autorizar, o denegar, la entrada del actor en España por los motivos expuestos en el repetido artículo reglamentario, si no es a través de un inasumible argumento en el que el término “España” -contenido en el precepto normativo en cuestión- se identifique con el de “territorio peninsular”; restricción que la Sala rechaza de plano, por lo expuesto.

En consecuencia, vistas las pretensiones ejercitadas en la demanda, el presente recurso habrá de ser íntegramente estimado en los términos solicitados en el escrito rector, anulándose las resoluciones impugnadas por no existir impedimento alguno para que el actor, conforme a la situación que mantenía en la fecha en que formuló la solicitud, pudiera trasladarse al territorio español peninsular”.

Consecuentemente, aplicando la doctrina expuesta al caso que ahora nos ocupa, procede la estimación del presente recurso contencioso-administrativo”.

Este criterio se ha mantenido también en sentencias de 11 de mayo de 2015 (P.O. 1088/14), 28 de mayo de 2015 (P.O. 1089/14), 10 de junio de 2015 (P.O. 1091/14), 29 de septiembre de 2017 (P.O. 1470/16) y 26 de enero de 2018 (P.O. 41/17), entre otras.

A tenor de todo lo expuesto en la misma línea del auto de 31 de julio de 2018 (PMC 412/2018), se considera que en este caso concurren los requisitos necesarios para el otorgamiento de la medida cautelar solicitada, concretamente *periculum in mora*, sin que se aprecie una grave perturbación para los intereses generales o de tercero por su adopción, existiendo, además, a favor de la pretensión de la parte demandante apariencia de buen derecho.

CUARTO.- Por último, como ya se dijo en el referido auto de 27 de junio de 2018, que si bien es cierto que nuestra jurisprudencia se ha pronunciado en ocasiones en contra de acceder a la suspensión de actos negativos, tales como denegaciones del reconocimiento de derechos, por suponer la satisfacción de la pretensión principal, sin embargo en el concreto caso que se está resolviendo no se trata propiamente un acto administrativo negativo, sino una actuación que incorpora una inscripción en la documentación suministrada al recurrente, mediante la cual se le impide el acceso a la península, limitándose su derecho a la libre circulación y residencia en el territorio español. Por lo tanto, tal doctrina no resulta aplicable al presente caso.

Por todo lo razonado, procede la concesión de la medida cautelar solicitada, autorizándose el traslado del recurrente al territorio peninsular y su residencia en el mismo durante la sustanciación de este recurso.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, procede imponer las costas causadas en este incidente a la Administración demandada.

No obstante, a tenor del apartado tercero de dicho artículo 139 la imposición de las costas podrá ser *"a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima"* y la Sala considera procedente, atendida la índole del litigio y la concreta actividad desplegada por las partes, limitar la cantidad que, por los conceptos de honorarios de Abogado y derechos de Procurador, ha de satisfacer a la parte contraria la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima total de cien euros (100 €), más la cantidad que en concepto de IVA corresponda a la cuantía reclamada.

En atención a lo expuesto

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Conceder la medida cautelar solicitada por el procurador don David Suarez Cordero, en nombre y representación de [REDACTED] autorizándose el traslado del recurrente al territorio durante la sustanciación de este recurso.

Se condena al pago de las costas causadas en el presente incidente a la Administración demandada con la limitación que respecto de su cuantía se ha realizado en el último razonamiento jurídico.

Notifíquese la presente resolución a las partes y remítase testimonio de la presente resolución a la Administración demandada, DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA, para que lleve a efecto lo acordado

El presente auto es susceptible de recurso de casación, previo recurso de reposición a interponer ante esta Sala en el plazo de cinco días, contados desde el siguiente al de su notificación, **previa constitución del depósito** previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite dicho recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2414-0000-91-0276-18 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” 20 Contencioso-Reposición/Súplica (25 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2414-0000-91-0276-18 en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos/as. Sres/as. anotados en el encabezamiento de la presente resolución. Doy fe.

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial previstas en el artículo 560.1.10 de la LOPJ

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Primera

C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

33016340

NIG: 28.079.00.3-2019/0001318

Pieza de Medidas Cautelares 124/2019 - 0001 (Procedimiento Ordinario)

De: D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. DAVID PLAZA BUQUERIN

Contra: DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

A U T O N°

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D./Dña. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO

ILMOS/ILMAS. SRES/SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D./Dña. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS

D./Dña. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA

D./Dña. JOSE DAMIAN IRANZO CEREZO

En Madrid, a trece de junio de dos mil diecinueve.

Resultando los siguientes

HECHOS

PRIMERO.- En fecha 22 de enero de 2.019 tuvo entrada en esta Sección recurso promovido por don [REDACTED] contra la desestimación por silencio del recurso de alzada interpuesto contra “el acto administrativo por el que se adiciona la inscripción válido solo en Ceuta en el documento que acredita su condición de solicitante de protección internacional”.

SEGUNDO.- En fecha 22 de mayo de 2019 se ha instado como medida cautelar que se autorice de forma expresa su traslado de Ceuta a territorio peninsular y se permita su residencia en dicho territorio durante la sustanciación del recurso.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La presente pieza separada de medidas cautelares tiene por objeto resolver la pretensión de tutela cautelar ejercitada por la parte demandante al amparo de lo previsto en los artículos 129 y siguientes de la Ley Jurisdiccional.

El recurrente ha solicitado la suspensión de la ejecutividad de la desestimación por silencio del recurso de alzada interpuesto contra el acuerdo de 16 de marzo de 2018, del Jefe Superior de Policía de Ceuta por el que en la documentación que le fue entregada en su condición de solicitante de Protección Internacional se le hizo constar la inscripción “válido solo en Ceuta”.

SEGUNDO.- De acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en STS de 22 de julio de 2002 (Rec. Cas. 3507/1998), transcrita en el ATS de 16 de julio de 2004 (R.C.A. 46/2004) y reiterada en el de 18 de julio de 2006 (R.C.A. 18/2006), la razón de ser de la justicia cautelar en el proceso en general se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme pueda dar lugar a 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 señala el artículo 129 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 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.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en SSTC 22/84, 66/84, 238/92, 148/93, entre otras muchas) ha declarado que el principio de autotutela administrativa, que no es incompatible con el artículo 24.1 CE, engarza con el principio de eficacia previsto en el artículo 103.1 CE y se satisface facilitando que la ejecución se someta a la decisión de un Tribunal y éste resuelva sobre la suspensión. Sobre esta base, la STC 218/1994 dejó dicho 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 artículo 106.1 CE.

TERCERO.- La decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares debe ser adoptada mediante la adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, según la justificación que se ofrezca en el momento de solicitarla, en relación con los distintos criterios que según la Ley Jurisdiccional han de contemplarse, y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional.

Así, en relación con los criterios a considerar a la hora de resolver sobre la adopción o denegación de una medida cautelar, el ATS de 18 de julio de 2006, entre otros muchos, recuerda que han de ponderarse conjuntamente los siguientes:

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. 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 su adopción no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso.

c) El *periculum in mora*, 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.

d) La ponderación de los intereses concurrentes como criterio complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso. 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 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 de 3 de junio de 1997, entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*); un criterio que, no recogido expresamente en la Ley Jurisdiccional aunque sí en el artículo 728 LEC, permite realizar una valoración de los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar, con carácter provisional y en los casos delimitados por la jurisprudencia (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, 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), dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva.

CUARTO.- En este caso, examinada detenidamente la pretensión de tutela cautelar formulada por la parte actora, la misma tendrá que ser acogida por las razones que se pasa a exponer.

En este caso, el recurrente formuló el 12 de julio de 2018 una solicitud de protección internacional en el puesto fronterizo de Ceuta, habiendo sido admitida a trámite dicha solicitud en fecha 18 de septiembre de 2018, por lo que está documentado por las autoridades españolas en este sentido.

Con tal base, solicita se le reconozca la posibilidad de trasladarse desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular y ello sin perjuicio del resultado final del expediente de solicitud de protección internacional. La negación, pues, al actor de la posibilidad de trasladar su domicilio desde una parte a otra del territorio nacional podría afectar al derecho que, aunque de modo transitorio y no definitivo, apareja la admisión a trámite de la solicitud formulada; una afectación que, al concernir a su situación personal por la limitación de un derecho, podría dar lugar a la producción de perjuicios difícilmente reversibles en el caso de

dictarse eventualmente una sentencia estimatoria en los autos de los que dimana esta pieza de medidas cautelares.

Procede, pues, considerar concurrente el requisito del *periculum in mora* sobre el que se construye esencialmente el actual sistema de medidas cautelares que contempla la Ley Jurisdiccional de 1998.

Junto a lo anterior, la necesidad de conjurar la posible pérdida de la finalidad legítima del recurso con la medida cautelar que se ha solicitado por el demandante queda, si cabe, más reforzada contemplando la concurrencia, también, del complementario *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho.

En relación con el mencionado requisito, será útil recordar lo que el Tribunal Supremo razonaba ya respecto al mismo, entre otras muchas, en Sentencia de 6 de julio de 2009 (Rec. Cas. 658/2008):

“Es cierto que, como hemos declarado en repetidas ocasiones -sentencias de esta Sala de 14 de abril de 2003 (RC 5020/1999) y 17 de marzo de 2008 (RC 1021/2006), donde se citan otras anteriores de 27 de julio de 1996, 26 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 y 22 de febrero de 2003-, 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), si bien resulta aplicable en aquellos supuestos en que se solicita la nulidad del acto administrativo dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente. En la misma línea se expresa la sentencia de 18 de mayo de 2004 (RC 5793/2001), donde, citando resoluciones anteriores de la propia Sala (autos de 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y sentencia de 14 de enero de 1997, entre otros), se pone de manifiesto que la jurisprudencia hace una aplicación matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, que se utiliza sólo en determinados supuestos, citándose específicamente los casos en que concurra una nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, se trate de

actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, exista una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, o un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz; y, por el contrario, la doctrina de la apariencia de buen derecho no debe servir de fundamento para la adopción de la medida cautelar en los casos en que se predique la nulidad del acto impugnado en virtud de causas que han de ser objeto de valoración y decisión por primera vez, pues con ello 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.

En el mismo sentido, señalaba ya la STS 7 de abril de 2004 (Rec. Cas. 1678/2002) que "... la finalidad legítima del recurso, cuya protección constituye, ciertamente, el presupuesto para la adopción de medidas cautelares, no es sólo, en un caso como el de autos, que al final del proceso, incluida su fase de ejecución, se restablezca la legalidad urbanística, sino, más bien, que ésta no sea groseramente menoscabada durante la pendencia de aquél. En este sentido, no debe descartarse que la interpretación del concepto jurídico indeterminado "finalidad legítima del recurso" conduzca a incluir en él, no sólo la preservación del efecto útil de la sentencia futura, sino, también, la de evitar que quien aparentemente está revestido de toda razón tenga que esperar a la decisión final del proceso para "disfrutar" de la posición o situación jurídica que, con fuerte presunción, parece corresponderle. A favor de esta ampliación de aquel concepto juegan numerosas razones: desde la idea de que la institución cautelar opera en otras ramas de nuestro ordenamiento jurídico (así, por ejemplo, en sede del juicio ejecutivo) para tutelar provisionalmente situaciones dotadas de una fuerte presunción de certeza; hasta algunas decisiones de la jurisprudencia comunitaria en las que, en presencia de una "fuerte presunción" o "manifiesta fundamentación" de ilegalidad de la actividad frente a la que se solicita la medida cautelar, se concede ésta analizando sólo el aspecto del "fumus boni iuris", sin entrar en el examen de la existencia o no de un perjuicio grave e irreparable; pasando, en fin, por principios tales como el de la proscripción del abuso del derecho o el de que el tener que recurrir al proceso para obtener reconocimiento de los derechos no debe perjudicar a quien tiene razón. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva parece demandar, también, que el "perjuicio"

inherente al tiempo necesario para finalizar el proceso no recaiga en quien, con fuerte apariencia, tiene toda la razón.

Es por ello, en tercer término, que no cabe interpretar el nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares surgido en la Ley 29/1998 como de proscripción, radical, absoluta, del criterio de la apariencia de buen derecho. Este criterio del "fumus boni iuris", aun siendo enormemente controvertido, no parece que pueda ser totalmente desatendido al decidir sobre la adopción de medidas cautelares. Bien para evitar que a través de demandas de todo punto infundadas se perturbe el interés público o los derechos de terceros; bien, como hemos dicho antes, para evitar que la necesidad de acudir al proceso corra en perjuicio de quien aparentemente tiene toda la razón; bien, en fin, para decantarse por la decisión en los casos extremos en que tanto la no adopción como la adopción de la cautela pueda determinar una situación gravemente perjudicial o irreversible”.

En este caso, la aplicación del repetido criterio se presenta como necesaria teniendo en cuenta que esta misma Sala y Sección, en numerosas Sentencias [entre las más recientes, pueden citarse las de 28 de mayo de 2015 (Rec. 1089/2014), 10 de junio de 2015 (Rec. 1091/2014), 29 de septiembre de 2017 (Rec. 1470/2016), 8 de noviembre de 2017 (40/2017), 11 de diciembre de 2017 (Rec. 918/2017), 18 de diciembre de 2017 (Rec. 1457/2017) y 26 de enero de 2018 (Rec. 41/2017)] ha estimado recursos contencioso-administrativos contra idénticas resoluciones que aquéllas a las que viene referida la presente solicitud de tutela cautelar, habiendo acogido en las citadas Sentencias pretensiones basadas en argumentos sustancialmente idénticos a los esgrimidos por el recurrente en apoyo de la pretensión que ahora se resuelve, configurándose así por esta Sala un criterio reiterado y uniforme que a la misma Administración ahora demandada le es de sobra conocido.

Con aplicación, pues, del requisito de la apariencia de buen derecho en el sentido al que se ha hecho referencia, debe acogerse entonces la primera de las pretensiones ejercitadas en la solicitud de tutela cautelar suspendiendo la ejecutividad de las resoluciones recurridas, en la medida en que las mismas impiden al recurrente su desde la Ciudad Autónoma de Melilla al territorio peninsular, en la ciudad de Almería. Y todo ello apoyado, además de en lo ya expuesto, en lo razonado y resuelto por el Tribunal Supremo en un asunto en el que con idéntica aplicación del requisito del *fumus boni iuris* que ahora hacemos, dejó dicho lo siguiente [STS de 12 de febrero de 2018 (Rec. Cas. 103/2017)]:

“Efectivamente, en el ámbito del sistema cautelar se ha producido la aportación jurisprudencial -doctrina de la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris)- a la que se refiere la recurrente y que, pese a sus modulaciones, permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.

(...) la citada 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 o ante 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)...”.

QUINTO.- Establece el art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción que en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En el caso de autos procede la condena en costas de la Administración que ha visto desestimada su pretensión y lo será en cuantía de cien euros (100 €) a la vista del contenido del escrito de oposición.

LA SALA ACUERDA:

1.- Se acuerda la medida cautelar solicitada, consistente en que se suspenda la decisión de no permitir el traslado del demandante desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular.

Notifíquese la presente resolución a las partes y remítase testimonio de la presente resolución a la Administración Demandada, Dirección General de la Policía, para que lleve a efecto lo acordado.

2.- Se condena en costas a la Administración en cuantía de cien euros (100 €).

El presente auto es susceptible de recurso de casación, previo recurso de reposición a interponer ante esta Sala en el plazo de cinco días, contados desde el siguiente al de su notificación, con constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite dicho recurso.

Así lo acuerda, mandan y firman los Ilmos. Sres. Anotados al margen, de lo que yo, El Secretario, doy fe.

Contra la presente resolución cabe **recurso de reposición** en el plazo de cinco días desde la notificación, **previa constitución del depósito** previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite dicho recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2414-0000-91-0124-19 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” 20 Contencioso-Reposición/Súplica (25 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2414-0000-91-0124-19 en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos/as. Sres/as. anotados en el encabezamiento de la presente resolución. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Primera

C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

33016340

NIG: 28.079.00.3-2019/0001325

Pieza de Medidas Cautelares 127/2019 - 0001 (Procedimiento Ordinario)

De: D. [REDACTED]

PROCURADOR D. NUÑO SEGUNDO BLANCO RODRIGUEZ

Contra: DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

AUTO N°

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS

D. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA

En Madrid, a trece de junio de dos mil diecinueve.

Resultando los siguientes

HECHOS

PRIMERO.- En fecha 22 de enero de 2.019 tuvo entrada en esta Sección recurso promovido por don [REDACTED] contra la desestimación por silencio del recurso de alzada interpuesto contra “el acto administrativo por el que se adiciona la inscripción válido solo en Ceuta en el documento que acredita su condición de solicitante de protección internacional”.

SEGUNDO.- En fecha 22 de mayo de 2019 se ha instado como medida cautelar que se autorice de forma expresa su traslado de Ceuta a territorio peninsular y se permita su residencia en dicho territorio durante la sustanciación del recurso.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La presente pieza separada de medidas cautelares tiene por objeto resolver la pretensión de tutela cautelar ejercitada por la parte demandante al amparo de lo previsto en los artículos 129 y siguientes de la Ley Jurisdiccional.

El recurrente ha solicitado la suspensión de la ejecutividad de la desestimación por silencio del recurso de alzada interpuesto contra el acuerdo de 16 de marzo de 2018, del Jefe Superior de Policía de Ceuta por el que en la documentación que le fue entregada en su

condición de solicitante de Protección Internacional se le hizo constar la inscripción “válido solo en Ceuta”.

SEGUNDO.- De acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en STS de 22 de julio de 2002 (Rec. Cas. 3507/1998), transcrita en el ATS de 16 de julio de 2004 (R.C.A. 46/2004) y reiterada en el de 18 de julio de 2006 (R.C.A. 18/2006), la razón de ser de la justicia cautelar en el proceso en general se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme pueda dar lugar a 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 señala el artículo 129 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 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.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en SSTC 22/84, 66/84, 238/92, 148/93, entre otras muchas) ha declarado que el principio de autotutela administrativa, que no es incompatible con el artículo 24.1 CE, engarza con el principio de eficacia previsto en el artículo 103.1 CE y se satisface facilitando que la ejecución se someta a la decisión de un Tribunal y éste resuelva sobre la suspensión. Sobre esta base, la STC 218/1994 dejó dicho 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 artículo 106.1 CE.

TERCERO.- La decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares debe ser adoptada mediante la adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, según la justificación que se ofrezca en el momento de solicitarla, en relación con los distintos criterios que según la Ley Jurisdiccional han de contemplarse, y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional.

Así, en relación con los criterios a considerar a la hora de resolver sobre la adopción o denegación de una medida cautelar, el ATS de 18 de julio de 2006, entre otros muchos, recuerda que han de ponderarse conjuntamente los siguientes:

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. 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 su adopción no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso.

c) El *periculum in mora*, 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.

d) La ponderación de los intereses concurrentes como criterio complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso. 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 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 de 3 de junio de 1997, entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*); un criterio que, no recogido expresamente en la Ley Jurisdiccional aunque sí en el artículo 728 LEC, permite realizar una valoración de los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar, con carácter provisional y en los casos delimitados por la jurisprudencia (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, 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), dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva.

CUARTO.- En este caso, examinada detenidamente la pretensión de tutela cautelar formulada por la parte actora, la misma tendrá que ser acogida por las razones que se pasa a exponer.

En este caso, el recurrente formuló el 10 de julio de 2018 una solicitud de protección internacional en el puesto fronterizo de Ceuta, habiendo sido admitida a trámite dicha solicitud en fecha 21 de agosto de 2018, por lo que está documentado por las autoridades españolas en este sentido.

Con tal base, solicita se le reconozca la posibilidad de trasladarse desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular y ello sin perjuicio del resultado final del expediente de solicitud de protección internacional. La negación, pues, al actor de la posibilidad de trasladar su domicilio desde una parte a otra del territorio nacional podría afectar al derecho que, aunque de modo transitorio y no definitivo, apareja la admisión a trámite de la solicitud formulada; una afectación que, al concernir a su situación personal por la limitación de un derecho, podría dar lugar a la producción de perjuicios difícilmente reversibles en el caso de dictarse eventualmente una sentencia estimatoria en los autos de los que dimana esta pieza de medidas cautelares.

Procede, pues, considerar concurrente el requisito del *periculum in mora* sobre el que se construye esencialmente el actual sistema de medidas cautelares que contempla la Ley Jurisdiccional de 1998.

Junto a lo anterior, la necesidad de conjurar la posible pérdida de la finalidad legítima del recurso con la medida cautelar que se ha solicitado por el demandante queda, si cabe, más reforzada contemplando la concurrencia, también, del complementario *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho.

En relación con el mencionado requisito, será útil recordar lo que el Tribunal Supremo razonaba ya respecto al mismo, entre otras muchas, en Sentencia de 6 de julio de 2009 (Rec. Cas. 658/2008):

“Es cierto que, como hemos declarado en repetidas ocasiones -sentencias de esta Sala de 14 de abril de 2003 (RC 5020/1999) y 17 de marzo de 2008 (RC 1021/2006), donde se citan otras anteriores de 27 de julio de 1996, 26 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 y 22 de febrero de 2003-, 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), si bien resulta aplicable en aquellos supuestos en que se solicita la nulidad del acto administrativo dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente. En la misma línea se expresa la sentencia de 18 de mayo de 2004 (RC 5793/2001), donde, citando resoluciones anteriores de la propia Sala (autos de 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y sentencia de 14 de enero de 1997, entre otros), se pone de manifiesto que la jurisprudencia hace una aplicación matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, que se utiliza sólo en determinados supuestos, citándose específicamente los casos en que concurra una nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, se trate de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, exista una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, o un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz; y, por el contrario, la doctrina de la apariencia de buen derecho no debe servir de fundamento para la adopción de la medida cautelar en los casos en que se predique la nulidad del acto impugnado en virtud de causas que han de ser objeto de valoración y decisión por primera vez, pues con ello 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.

En el mismo sentido, señalaba ya la STS 7 de abril de 2004 (Rec. Cas. 1678/2002) que “... la finalidad legítima del recurso, cuya protección constituye, ciertamente, el presupuesto para la adopción de medidas cautelares, no es sólo, en un caso como el de autos, que al final del proceso, incluida su fase de ejecución, se restablezca la legalidad urbanística, sino, más bien, que ésta no sea groseramente menoscabada durante la pendencia de aquél. En este sentido, no debe descartarse que la interpretación del concepto jurídico indeterminado "finalidad legítima del recurso" conduzca a incluir en él, no sólo la preservación del efecto útil de la sentencia futura, sino, también, la de evitar que quien aparentemente está revestido de toda razón tenga que esperar a la decisión final del proceso para "disfrutar" de la posición o situación jurídica que, con fuerte presunción, parece corresponderle. A favor de esta ampliación de aquel concepto juegan numerosas razones: desde la idea de que la institución cautelar opera en otras ramas de nuestro ordenamiento jurídico (así, por ejemplo, en sede del juicio ejecutivo) para tutelar provisionalmente situaciones dotadas de una fuerte presunción de certeza; hasta algunas decisiones de la jurisprudencia comunitaria en las que, en presencia de una "fuerte presunción" o "manifiesta fundamentación" de ilegalidad de la actividad frente a la que se solicita la medida cautelar, se concede ésta analizando sólo el aspecto del "*fumus boni iuris*", sin entrar en el examen de la existencia o no de un perjuicio grave e irreparable; pasando, en fin, por principios tales como el de la proscripción del abuso del derecho o el de que el tener que recurrir al proceso para obtener reconocimiento de los derechos no debe perjudicar a quien tiene razón. El

derecho fundamental a la tutela judicial efectiva parece demandar, también, que el "perjuicio" inherente al tiempo necesario para finalizar el proceso no recaiga en quien, con fuerte apariencia, tiene toda la razón.

Es por ello, en tercer término, que no cabe interpretar el nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares surgido en la Ley 29/1998 como de proscripción, radical, absoluta, del criterio de la apariencia de buen derecho. Este criterio del "fumus boni iuris", aun siendo enormemente controvertido, no parece que pueda ser totalmente desatendido al decidir sobre la adopción de medidas cautelares. Bien para evitar que a través de demandas de todo punto infundadas se perturbe el interés público o los derechos de terceros; bien, como hemos dicho antes, para evitar que la necesidad de acudir al proceso corra en perjuicio de quien aparentemente tiene toda la razón; bien, en fin, para decantarse por la decisión en los casos extremos en que tanto la no adopción como la adopción de la cautela pueda determinar una situación gravemente perjudicial o irreversible”.

En este caso, la aplicación del repetido criterio se presenta como necesaria teniendo en cuenta que esta misma Sala y Sección, en numerosas Sentencias [entre las más recientes, pueden citarse las de 28 de mayo de 2015 (Rec. 1089/2014), 10 de junio de 2015 (Rec. 1091/2014), 29 de septiembre de 2017 (Rec. 1470/2016), 8 de noviembre de 2017 (40/2017), 11 de diciembre de 2017 (Rec. 918/2017), 18 de diciembre de 2017 (Rec. 1457/2017) y 26 de enero de 2018 (Rec. 41/2017)] ha estimado recursos contencioso-administrativos contra idénticas resoluciones que aquéllas a las que viene referida la presente solicitud de tutela cautelar, habiendo acogido en las citadas Sentencias pretensiones basadas en argumentos sustancialmente idénticos a los esgrimidos por el recurrente en apoyo de la pretensión que ahora se resuelve, configurándose así por esta Sala un criterio reiterado y uniforme que a la misma Administración ahora demandada le es de sobra conocido.

Con aplicación, pues, del requisito de la apariencia de buen derecho en el sentido al que se ha hecho referencia, debe acogerse entonces la primera de las pretensiones ejercitadas en la solicitud de tutela cautelar suspendiendo la ejecutividad de las resoluciones recurridas, en la medida en que las mismas impiden al recurrente su desde la Ciudad Autónoma de Melilla al territorio peninsular, en la ciudad de Almería. Y todo ello apoyado, además de en lo ya expuesto, en lo razonado y resuelto por el Tribunal Supremo en un asunto en el que con idéntica aplicación del requisito del *fumus boni iuris* que ahora hacemos, dejó dicho lo siguiente [STS de 12 de febrero de 2018 (Rec. Cas. 103/2017)]:

“Efectivamente, en el ámbito del sistema cautelar se ha producido la aportación jurisprudencial -doctrina de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*)- a la que se refiere la recurrente y que, pese a sus modulaciones, permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.

(...) la citada 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 o ante 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)...”.

QUINTO.- Establece el art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción que en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o

incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En el caso de autos procede la condena en costas de la Administración que ha visto desestimada su pretensión y lo será en cuantía de cien euros (100 €) a la vista del contenido del escrito de oposición.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación, siendo ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS.

LA SALA ACUERDA:

1.- Se acuerda la medida cautelar solicitada, consistente en que se suspenda la decisión de no permitir el traslado del demandante desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular.

2.- Se condena en costas a la Administración en cuantía de cien euros (100 €).

Notifíquese la presente resolución a las partes y remítase testimonio de la presente resolución a la Administración demandada, DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA, para que lleve a efecto lo acordado.

Contra la presente resolución cabe **recurso de reposición** en el plazo de cinco días desde la notificación, **previa constitución del depósito** previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite dicho recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2414-0000-91-0127-19 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” 20 Contencioso-Reposición/Súplica (25 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2414-0000-91-0127-19 en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. anotados en el encabezamiento de la presente resolución. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Primera

C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

33016340

NIG: 28.079.00.3-2019/0001296

Pieza de Medidas Cautelares 120/2019 - 0001 (Procedimiento Ordinario)

De: D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. VICTOR PEREZ CASADO

Contra: DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

A U T O N° 446/2019

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D./Dña. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO

ILMOS/ILMAS. SRES/SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D./Dña. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS

D./Dña. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA

En Madrid, a tres de julio de dos mil diecinueve.

HECHOS

PRIMERO.- Por el procurador de los tribunales don Victor Pérez Casado, en nombre y representación de [REDACTED], natural de Marruecos, se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta del recurso de alzada presentado contra la inscripción incluida en documento de fecha 21 de agosto de 2018 y el de renovación de 25 de febrero de 2019, que acredita la condición del recurrente de solicitante de protección internacional (de la Jefatura Superior de Policía en Ceuta, actuando por delegación del Comisario General de Extranjería y Fronteras), que limita su validez a Ceuta, restringiendo su derecho a la libertad de circulación y de residencia al impedirle el traslado a territorio peninsular.

Asimismo, el recurrente ha solicitado como medida cautelar que se le autorice de forma expresa el traslado de Ceuta a territorio peninsular y se permita su residencia en dicho territorio durante la sustanciación del recurso, sin prestación de caución.

SEGUNDO.- Formada la correspondiente pieza separada, y dado traslado de las actuaciones a la Abogacía del Estado para que formular las alegaciones que estimara pertinentes, presentó escrito solicitando la denegación de la medida cautelar.

Es ponente de esta resolución el Ilmo. Magistrado Don José Arturo Fernández García

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Las medidas cautelares tratan de asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso, evitando la producción de un perjuicio de imposible o difícil reparación *-periculum in mora-* o, como expresa el artículo 129 LJCA, asegurar “la efectividad de la sentencia”. El objetivo es que la sentencia estimatoria que pudiera recaer pueda llevarse a la práctica de modo útil para que lo juzgado pueda ser ejecutado, garantizando así del principio de tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la CE (ATS de 14 de junio de 2012, Rec. 344/2012), y del cual forma parte integrante la llamada “tutela cautelar”. Se trata, en definitiva, de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso.

De acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en STS de 22 de julio de 2002 (Rec. Cas. 3507/1998), transcrita en el ATS de 16 de julio de 2004 (R.C.A. 46/2004) y reiterada en el de 18 de julio de 2006 (R.C.A. 18/2006), la razón de ser de la justicia cautelar en el proceso en general se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme pueda dar lugar a 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 señala el artículo 129 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 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.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en SSTC 22/84, 66/84, 238/92, 148/93, entre otras muchas) ha declarado que el principio de autotutela administrativa, que no es incompatible con el artículo 24.1 CE, engarza con el principio de eficacia previsto en el artículo 103.1 CE y se satisface facilitando que la ejecución se someta a la decisión de un Tribunal y éste resuelva sobre la suspensión. Sobre esta base, la STC 218/1994 dejó dicho 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 artículo

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 ser adoptada mediante la adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, según la justificación que se ofrezca en el momento de solicitarla, en relación con los distintos criterios que según la Ley Jurisdiccional han de contemplarse, y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional.

Así, en relación con los criterios a considerar a la hora de resolver sobre la adopción o denegación de una medida cautelar, el ATS de 18 de julio de 2006, entre otros muchos, recuerda que han de ponderarse conjuntamente los siguientes:

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. 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 su adopción no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso.

c) El *periculum in mora*, 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.

d) La ponderación de los intereses concurrentes como criterio complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso. 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 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 de 3 de junio de 1997, entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*); un criterio que, no recogido expresamente en la Ley Jurisdiccional aunque sí en el artículo 728 LEC, permite realizar una valoración de los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar, con carácter provisional y en los casos delimitados por la jurisprudencia (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, 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), dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva

Por ello, la jurisprudencia contempla la adopción de las medidas cautelares bajo el régimen de la nueva Ley Jurisdiccional, no como una medida excepcional, sino como una verdadera facultad judicial y un instrumento de tutela judicial ordinaria, por influjo directo de las exigencias que derivan de la tutela judicial efectiva (en este sentido AATS de 14 de junio de 2012, Rec. 344/2012, de 5 de febrero de 2009, Rec. 35/2008, y de 27 de marzo de 2007, Rec. 148/2005).

En la línea y ampliando lo anteriormente señalado, indicar que el artículo 129 LJCA abandona el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, que caracterizaba la regulación anterior, instaurando un sistema de "**númerus apertus**", de medidas innominadas, entre las que se encuentran las de carácter positivo. Así, el precepto utiliza una formulación amplia, en cuya virtud los interesados pueden solicitar "cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia".

Los presupuestos legales para la adopción de una medida cautelar en el proceso contencioso-administrativo se establecen con carácter general para el supuesto de impugnación de actos administrativos o disposiciones generales en el artículo 130 LJCA, sin perjuicio de las especialidades propias del régimen de tutela cautelar relativo a la vía de hecho y a la inactividad administrativa, que contempla el artículo 136 LJCA.

El criterio general para la adopción de medidas cautelares que se recoge en el artículo 130 LJCA se concreta en la expresión "pérdida de la finalidad legítima del recurso". Dicho concepto jurídico indeterminado gira en torno al llamado "*periculum in mora*", que el legislador ha situado como criterio decisor de la adopción de medidas cautelares, al margen de la mayor o menor incidencia que se quiera atribuir al principio "*fumus boni iuris*", y del relevante papel que ocupa la ponderación de intereses que preside todo el sistema.

La "pérdida de la finalidad legítima del recurso" puede identificarse en presencia de alguna de las siguientes circunstancias: a) la irreparabilidad o difícil reparación del daño o perjuicio que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera ocasionar, y b) la generación de una situación jurídica irreversible o de costosa o difícil reversibilidad que prive de efectividad a la sentencia favorable a la pretensión ejercitada.

Ahora bien, como contrapeso del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. De este modo, la ponderación de los intereses es el segundo de los presupuestos legales para la adopción de las medidas cautelares que debe concurrir junto con el *periculum in mora* para justificar la adopción de aquellas.

En definitiva, la Ley Jurisdiccional establece un requisito esencial para posibilitar la adopción de medidas cautelares, consistente en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder al recurso su finalidad legítima. De manera que sólo cumplido tal presupuesto podrá ser adoptada la medida cautelar, aunque podrá denegarse cuando, pese a ello, pudiera seguirse de su adopción una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, exigiendo del Juez o Tribunal una ponderación circunstanciada de los intereses en conflicto. Por tanto, en dicho juicio de ponderación de intereses se debe comparar la intensidad del interés público que representa la ejecución del acto y la entidad

de los perjuicios susceptibles de ser provocados por tal ejecución, concediéndose mayor relevancia en dicha valoración comparativa al interés general o de tercero afectado por la eficacia del acto impugnado.

Además se produce una interrelación entre el *periculum in mora* y la ponderación de intereses que condiciona el juicio cautelar, pues, tal y como afirma la jurisprudencia, cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; mientras que, por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto(en este sentido SSTS de 5 de julio de 2012, Rec. 2704/2011 y 4873/2010, de 29 de noviembre de 2012, Rec. 5487/2011, y de 26 de septiembre de 2011, Rec. 6198/2010, y ATS de 8 de mayo de 2012, Rec. 313/2012).

Por último, junto al *periculum in mora*, tradicional elemento definidor de la decisión cautelar, se ha abierto camino en los últimos tiempos, doctrinal y jurisprudencialmente, como criterio para la adopción de medidas cautelares, el “*fumus boni iuris*”, que se incorpora al proceso contencioso-administrativo de la mano de la jurisprudencia y procedente del Derecho comunitario.

Constituye un criterio de contornos aún no plenamente definidos y de aplicación ciertamente residual y muy limitada, que junto con aquel otro ha justificado el otorgamiento de la tutela cautelar en ocasiones.

La aplicación de la doctrina del “*fumus boni iuris*” nos sitúa ante el juicio de probabilidad o de verosimilitud de la existencia del derecho, y se vincula a la existencia de una situación jurídica necesitada de protección durante la tramitación del proceso y hasta que se dicte sentencia definitiva en el mismo, ante el previsible perjuicio que sufriría por la duración del proceso.

Sin embargo, tras el entusiasmo con que se acogió en un principio, actualmente la jurisprudencia advierte de los riesgos de su uso y demanda su prudente aplicación, recomendando su empleo para fundamentar la suspensión de ejecutividad o vigencia de actos o disposiciones, con carácter general, solo en determinados supuestos. Concretamente en los casos de nulidad de pleno derecho del acto o disposición recurridos, siempre y cuando la nulidad sea manifiesta, precisando que esta circunstancia concurre en los actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada previamente nula, cuando existe una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, y ante la existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz.

Tan prudente aplicación pretende conjurar el riesgo de prejuzgar la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulnere 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 -lo que conlleva que la decisión del Tribunal sobre las cuestiones suscitadas por las partes en el proceso principal se produzca tras su sustanciación bajo tales principios, en relación con los hechos en que se funda cada pretensión-, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito o decidir el fondo del asunto, sino solo para salvaguardar la finalidad legítima del recurso (en este sentido SSTS de 29 de noviembre de 2012, Rec. 5487/2011, y de 5 de julio de 2012, Rec. 2704/2011 y 4873/2010)

Tal y como señala la STC 148/1993 "el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal", pues al resolver sobre una medida cautelar se carece aún de los elementos precisos para efectuar un enjuiciamiento definitivo.

Finalmente señalar que la carga de acreditar que la ejecución del acto recurrido o la vigencia de la disposición impugnada, sobre los que recae la solicitud de medida cautelar, podría frustrar la finalidad legítima del recurso, recae sobre el solicitante y favorecido por la misma. Es decir, el interesado en obtener la medida cautelar tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurrirían en el caso para acordarla, sin que sea suficiente una mera invocación genérica o una mera alegación, sin prueba alguna (en este sentido SSTs de 29 de noviembre de 2012, Rec. 5487/2011, y de 5 de julio de 2012, Rec. 2704/2011 y 4873/2010).

No obstante, la concurrencia de los requisitos para la adopción de la medida cautelar no requiere una prueba plena, sino que bastará con una razonabilidad de su producción o concurrencia. Es decir, será suficiente con una prueba por indicios o incompleta acerca de la posibilidad de que las consecuencias dañosas alegadas se produzcan, así como de su naturaleza y alcance (en este sentido, además de las SSTs anteriormente citadas, los AATS de 5 de febrero de 2009, Rec. 35/2008, y de 27 de marzo de 2007, Rec. 148/2005).

SEGUNDO.- El acto administrativo respecto al que se solicita la presente medida cautelar es la desestimación presunta del recurso de alzada presentado contra la inscripción incluida en el documento facilitado que acredita la condición del recurrente como solicitante de protección internacional, limitando su validez a Ceuta y restringiendo, por ello, su derecho a la libertad de circulación y de residencia al impedirle el traslado a territorio peninsular.

La parte demandante que insta la medida cautelar alega esencialmente que el recurrente, con fecha 10 de julio de 2018, formalizó solicitud de protección internacional en Ceuta, siendo admitida a trámite, por lo que el 21 de agosto de 2018 y en la renovación de 25 de febrero de 2019 la Jefatura Superior de Policía de Ceuta, por delegación del Comisario General del Extranjería y Fronteras, le hizo entrega de la correspondiente documentación que acredita su condición de solicitante de protección internacional, en la que se insertó una inscripción que reza "válido sólo en Ceuta".

Opone dicha parte esencialmente la apariencia de buen derecho en su favor, dado que tal inscripción causa una indebida limitación al derecho del interesado a circular libremente por el territorio nacional y a elegir su residencia; así como la existencia de *periculum in mora*, teniendo en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél por su orientación sexual y creencias religiosas que se perpetuaría por la limitación personal que le supone no poder desplazarse a la península. Finalmente, señala que la adopción de la medida cautelar no lesiona intereses generales ni de tercero, y no se le debería exigir caución.

Frente a estos argumentos, la Abogacía del Estado opone la improcedencia de medidas cautelares frente a actos negativos por constituir una estimación anticipada de la pretensión del actor y que no se acredita la concurrencia de los requisitos necesarios para la adopción de la medida cautelar solicitada.

En un supuesto análogo al presente se ha pronunciado esta Sección en el auto de 19 de junio de 2018 (Procedimiento ordinario 197/2018), reproducido en otro dictado el 27 de junio de 2018(Procedimiento Ordinario 276/2018) en asunto similar, en el sentido siguiente:

“CUARTO.- (...)

Con tal base, solicita se le reconozca la posibilidad de trasladarse desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular y ello sin perjuicio del resultado final del expediente de solicitud de protección internacional. La negación, pues, al actor de la posibilidad de trasladar su domicilio desde una parte a otra del territorio nacional podría afectar al derecho que, aunque de modo transitorio y no definitivo, aparea la admisión a trámite de la solicitud formulada; una afectación que, al concernir a su situación personal por la limitación de un derecho, podría dar lugar a la producción de perjuicios difícilmente reversibles en el caso de dictarse eventualmente una sentencia estimatoria en los autos de los que dimana esta pieza de medidas cautelares.

Procede, pues, considerar concurrente el requisito del periculum in mora sobre el que se construye esencialmente el actual sistema de medidas cautelares que contempla la Ley Jurisdiccional de 1998.

Junto a lo anterior, la necesidad de conjurar la posible pérdida de la finalidad legítima del recurso con la medida cautelar que se ha solicitado por el demandante queda, si cabe, más reforzada contemplando la concurrencia, también, del complementario fumes boni iuris o apariencia de buen derecho.

En relación con el mencionado requisito, será útil recordar lo que el Tribunal Supremo razonaba ya respecto al mismo, entre otras muchas, en Sentencia de 6 de julio de 2009 (Rec. Cas. 658/2008):

“Es cierto que, como hemos declarado en repetidas ocasiones -sentencias de esta Sala de 14 de abril de 2003 (RC 5020/1999) y 17 de marzo de 2008 (RC 1021/2006), donde se citan otras anteriores de 27 de julio de 1996, 26 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 y 22 de febrero de 2003-, la doctrina sobre el fumes 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), si bien resulta aplicable en aquellos supuestos en que se solicita la nulidad del acto administrativo

dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente. En la misma línea se expresa la sentencia de 18 de mayo de 2004 (RC 5793/2001), donde, citando resoluciones anteriores de la propia Sala (autos de 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y sentencia de 14 de enero de 1997, entre otros), se pone de manifiesto que la jurisprudencia hace una aplicación matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, que se utiliza sólo en determinados supuestos, citándose específicamente los casos en que concurra una nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, se trate de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, exista una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, o un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz; y, por el contrario, la doctrina de la apariencia de buen derecho no debe servir de fundamento para la adopción de la medida cautelar en los casos en que se predique la nulidad del acto impugnado en virtud de causas que han de ser objeto de valoración y decisión por primera vez, pues con ello 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.

En el mismo sentido, señalaba ya la STS 7 de abril de 2004 (Rec. Cas. 1678/2002) que "... la finalidad legítima del recurso, cuya protección constituye, ciertamente, el presupuesto para la adopción de medidas cautelares, no es sólo, en un caso como el de autos, que al final del proceso, incluida su fase de ejecución, se restablezca la legalidad urbanística, sino, más bien, que ésta no sea groseramente menoscabada durante la pendencia de aquél. En este sentido, no debe descartarse que la interpretación del concepto jurídico indeterminado "finalidad legítima del recurso" conduzca a incluir en él, no sólo la preservación del efecto útil de la sentencia futura, sino, también, la de evitar que quien aparentemente está revestido de toda razón tenga que esperar a la decisión final del proceso para "disfrutar" de la posición o situación jurídica que, con fuerte presunción, parece corresponderle. A favor de esta ampliación de aquel concepto juegan numerosas razones: desde la idea de que la institución cautelar opera en otras ramas de nuestro ordenamiento jurídico (así, por ejemplo, en sede del juicio ejecutivo) para tutelar provisionalmente situaciones dotadas de una fuerte presunción de certeza; hasta algunas decisiones de la jurisprudencia comunitaria en las que, en presencia de una "fuerte presunción" o "manifiesta fundamentación" de ilegalidad de la actividad frente a la que se solicita la medida cautelar, se concede ésta analizando sólo el aspecto del "fumus boni iuris", sin entrar en el examen de la existencia o no de un perjuicio grave e irreparable; pasando, en fin, por principios tales como el de la proscripción del abuso del derecho o el de que el tener que recurrir al proceso para obtener reconocimiento de los derechos no debe perjudicar a quien tiene razón. El

derecho fundamental a la tutela judicial efectiva parece demandar, también, que el "perjuicio" inherente al tiempo necesario para finalizar el proceso no recaiga en quien, con fuerte apariencia, tiene toda la razón.

Es por ello, en tercer término, que no cabe interpretar el nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares surgido en la Ley 29/1998 como de proscripción, radical, absoluta, del criterio de la apariencia de buen derecho. Este criterio del "fumus boni iuris", aun siendo enormemente controvertido, no parece que pueda ser totalmente desatendido al decidir sobre la adopción de medidas cautelares. Bien para evitar que a través de demandas de todo punto infundadas se perturbe el interés público o los derechos de terceros; bien, como hemos dicho antes, para evitar que la necesidad de acudir al proceso corra en perjuicio de quien aparentemente tiene toda la razón; bien, en fin, para decantarse por la decisión en los casos extremos en que tanto la no adopción como la adopción de la cautela pueda determinar una situación gravemente perjudicial o irreversible”.

En este caso, la aplicación del repetido criterio se presenta como necesaria teniendo en cuenta que esta misma Sala y Sección, en numerosas Sentencias [entre las más recientes, pueden citarse las de 28 de mayo de 2015 (Rec. 1089/2014), 10 de junio de 2015 (Rec. 1091/2014), 29 de septiembre de 2017 (Rec. 1470/2016), 8 de noviembre de 2017 (40/2017), 11 de diciembre de 2017 (Rec. 918/2017), 18 de diciembre de 2017 (Rec. 1457/2017) y 26 de enero de 2018 (Rec. 41/2017)] ha estimado recursos contencioso-administrativos contra idénticas resoluciones que aquéllas a las que viene referida la presente solicitud de tutela cautelar, habiendo acogido en las citadas Sentencias pretensiones basadas en argumentos sustancialmente idénticos a los esgrimidos por el recurrente en apoyo de la pretensión que ahora se resuelve, configurándose así por esta Sala un criterio reiterado y uniforme que a la misma Administración ahora demandada le es de sobra conocido.

Con aplicación, pues, del requisito de la apariencia de buen derecho en el sentido al que se ha hecho referencia, debe acogerse entonces la primera de las pretensiones ejercitadas en la solicitud de tutela cautelar suspendiendo la ejecutividad de las resoluciones recurridas, en la medida en que las mismas impiden al recurrente su desde la Ciudad Autónoma de Melilla al territorio peninsular, en la ciudad de Almería. Y todo ello apoyado, además de en lo ya expuesto, en lo razonado y resuelto por el Tribunal Supremo en un asunto en el que con idéntica aplicación del requisito del fumus boni iuris que ahora hacemos, dejó dicho lo siguiente [STS de 12 de febrero de 2018 (Rec. Cas. 103/2017)]:

“Efectivamente, en el ámbito del sistema cautelar se ha producido la aportación jurisprudencial -doctrina de la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris)- a la que se refiere la recurrente y que, pese a sus modulaciones, permite (1) en un

marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.

(...) la citada 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 o ante 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)...".

Como se indicó en el auto de 27 de junio de 2018, se ha de añadir que ante otro supuesto de hecho análogo al que ahora se trata, aunque resolviendo el fondo de la cuestión litigiosa, y referido también al acceso desde Ceuta a la península por extranjeros que han obtenido la admisión de solicitudes de asilo o protección internacional, se indicaba en la sentencia de esta Sección de 26 de enero de 2018 (P.O. 41/2017):

“TERCERO.- *A los hechos expuestos les resultan de aplicación la doctrina contenida en la sentencia citada, donde decíamos lo siguiente:*

“QUINTO.- Una vez delimitado con precisión el objeto del presente recurso estamos en condiciones de afirmar que no es la primera vez que esta Sala ha examinado y resuelto pretensiones idénticas a la que aquí se sustancia. En Sentencias de 11 de mayo de 2015 (Rec. 1088/2014), 28 de mayo de 2015 (Rec. 1089/2014) y 10 de junio de 2015 (Rec. 1091/2014) ya se examinaron las mismas cuestiones aquí debatidas y el resultado, como se comprueba, fue el de la estimación de los respectivos recursos. Una decisión que, examinado detenidamente lo actuado en vía administrativa y en estos autos, también se pronunciará, según pasamos a razonar.

El artículo 25 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social, dispone en su artículo 25. 3, referido a los requisitos para la entrada en territorio nacional, que lo dispuesto en sus dos primeros apartados no será de aplicación a los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España, cuya concesión se regirá por lo dispuesto en la normativa específica.

El artículo 4 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, define el derecho a la protección subsidiaria como el "dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos

fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10 de esta Ley y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren, acogerse a la protección del país de que se trate, siempre que no concurra alguno de los supuestos mencionados en los artículos 11 y 12 de esta Ley ".

Los artículos 17, 18 y 19 de la repetida Ley 12/2009 regulan el procedimiento de solicitud de asilo en los siguientes términos:

Artículo 17. Presentación de la solicitud.

1. El procedimiento se inicia con la presentación de la solicitud, que deberá efectuarse mediante comparecencia personal de los interesados que soliciten protección en los lugares que reglamentariamente se establezcan, o en caso de imposibilidad física o legal, mediante persona que lo represente. En este último caso, el solicitante deberá ratificar la petición una vez desaparezca el impedimento.

2. La comparecencia deberá realizarse sin demora y en todo caso en el plazo máximo de un mes desde la entrada en el territorio español o, en todo caso, desde que se produzcan los acontecimientos que justifiquen el temor fundado de persecución o daños graves. A estos efectos, la entrada ilegal en territorio español no podrá ser sancionada cuando haya sido realizada por persona que reúna los requisitos para ser beneficiaria de la protección internacional prevista en esta Ley.

3. En el momento de efectuar la solicitud, la persona extranjera será informada, en una lengua que pueda comprender, acerca de:

- a) el procedimiento que debe seguirse;*
- b) sus derechos y obligaciones durante la tramitación, en especial en materia de plazos y medios de que dispone para cumplir éstas;*
- c) la posibilidad de contactar con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y con las Organizaciones no Gubernamentales legalmente reconocidas entre cuyos objetivos figure el asesoramiento y ayuda a las personas necesitadas de protección internacional;*
- d) las posibles consecuencias del incumplimiento de sus obligaciones o de su falta de colaboración con las autoridades; y*
- e) los derechos y prestaciones sociales a los que tiene acceso en su condición de solicitante de protección internacional.*

4. La solicitud se formalizará mediante entrevista personal que se realizará siempre individualmente. De forma excepcional, podrá requerirse la

presencia de otros miembros de la familia de los solicitantes, si ello se considerase imprescindible para la adecuada formalización de la solicitud.

5. La Administración adoptará las medidas necesarias para que, cuando sea preciso, en la entrevista se preste un tratamiento diferenciado por razón del sexo de la persona solicitante o demás circunstancias previstas en el artículo 46 de esta Ley. De este trámite se dejará debida constancia en el expediente administrativo.

6. Las personas encargadas de efectuar la entrevista informarán a los solicitantes sobre cómo efectuar la solicitud, y les ayudarán a cumplimentarla, facilitándoles la información básica en relación con aquélla. Asimismo, colaborarán con los interesados para establecer los hechos relevantes de su solicitud.

7. Cuando razones de seguridad lo aconsejen, se podrá registrar a la persona solicitante y sus pertenencias, siempre y cuando se garantice el pleno respeto a su dignidad e integridad.

8. En los términos que se establezcan reglamentariamente, se planteará la posibilidad de una nueva audiencia personal sobre su solicitud de asilo. La ponderación sobre la necesidad o no de efectuar nuevas entrevistas será motivada”.

Artículo 18. Derechos y obligaciones de los solicitantes.

“1. El solicitante de asilo, presentada la solicitud, tiene en los términos recogidos en la presente Ley, en los artículos 16, 17, 19, 33 y 34, los siguientes derechos:

- a) a ser documentado como solicitante de protección internacional;*
- b) a asistencia jurídica gratuita e intérprete;*
- c) a que se comunique su solicitud al ACNUR;*
- d) a la suspensión de cualquier proceso de devolución, expulsión o extradición que pudiera afectar al solicitante;*
- e) a conocer el contenido del expediente en cualquier momento;*
- f) a la atención sanitaria en las condiciones expuestas;*
- g) a recibir prestaciones sociales específicas en los términos que se recogen en esta Ley.*

2. Serán obligaciones de los solicitantes de protección internacional las siguientes:

- a) cooperar con las autoridades españolas en el procedimiento para la concesión de protección internacional;*
- b) presentar, lo antes posible, todos aquellos elementos que, junto a su propia declaración, contribuyan a fundamentar su solicitud. Entre otros, podrán*

presentar la documentación de que dispongan sobre su edad, pasado -incluido el de parientes relacionados-, identidad, nacionalidad o nacionalidades, lugares de anterior residencia, solicitudes de protección internacional previas, itinerarios de viaje, documentos de viaje y motivos por los que solicita la protección;

c) proporcionar sus impresiones dactilares, permitir ser fotografiados y, en su caso, consentir que sean grabadas sus declaraciones, siempre que hayan sido previamente informados sobre este último extremo;

d) informar sobre su domicilio en España y cualquier cambio que se produzca en él;

e) informar, asimismo, a la autoridad competente o comparecer ante ella, cuando así se les requiera con relación a cualquier circunstancia de su solicitud”.

Artículo 19. Efectos de la presentación de la solicitud.

“1. Solicitada la protección, la persona extranjera no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud o ésta no sea admitida. No obstante, por motivos de salud o seguridad públicas, la autoridad competente podrá adoptar medidas cautelares en aplicación de la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración.

2. Asimismo, la solicitud de protección suspenderá, hasta la decisión definitiva, la ejecución del fallo de cualquier proceso de extradición de la persona interesada que se halle pendiente. A tal fin, la solicitud será comunicada inmediatamente al órgano judicial o al órgano gubernativo ante el que en ese momento tuviera lugar el correspondiente proceso.

3. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, podrá entregarse o extraditarse a una persona solicitante, según proceda, a otro Estado miembro de la Unión Europea en virtud de las obligaciones dimanantes de una orden europea de detención y entrega, o a un país tercero ante órganos judiciales penales internacionales.

4. Las personas solicitantes de asilo tienen derecho a entrevistarse con un abogado en las dependencias de los puestos fronterizos y centros de internamiento de extranjeros. Reglamentariamente, y sin perjuicio de las normas de funcionamiento establecidas para las citadas dependencias y centros, podrán establecerse condiciones para el ejercicio de este derecho derivadas de razones de seguridad, orden público o de su gestión administrativa.

5. La solicitud de protección dará lugar al inicio del cómputo de los plazos previstos para su tramitación.

6. La resolución que admita a trámite una solicitud de asilo determinará el procedimiento correspondiente.

7. En caso de que la tramitación de una solicitud pudiese exceder de seis meses, ampliables de acuerdo con lo previsto en el artículo 49 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones

Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para su resolución y notificación, se informará a la persona interesada del motivo de la demora".

El artículo 36.1,h) de la Ley 12/2009, dispone que

"La concesión del derecho de asilo o de la protección subsidiaria implicará el reconocimiento de los derechos establecidos en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración, así como en la normativa de la Unión Europea, y, en todo caso: h) la libertad de circulación".

El artículo 5 de la Ley Orgánica 4/2000, reconoce al extranjero que esté en situación regular en España su derecho a circular libremente por el territorio español.

El Acta final, apartado III de la Adhesión de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (BOE núm. 81, de 5 de abril de 1994) recoge textualmente lo siguiente en relación con la cuestión que aquí nos ocupa:

"e) En aplicación de su legislación nacional y con el fin de verificar si los pasajeros siguen cumpliendo las condiciones enumeradas en el artículo 5 del Convenio de 1990, en virtud de los cuales fueron autorizados a entrar en territorio nacional en el momento del control de pasaportes en la frontera exterior, España mantendrá controles (controles de identidad y de documentos) en las conexiones marítimas y aéreas provenientes de Ceuta y Melilla que tengan como único destino otro punto del territorio español. A este mismo fin, España mantendrá controles sobre los vuelos interiores y sobre las conexiones regulares por transbordador que salgan de las ciudades de Ceuta y Melilla con destino a otro Estado parte del Convenio".

El artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) dispone, sobre las Condiciones de entrada de los nacionales de terceros países, que

"1. Para estancias previstas en el territorio de los Estados miembros de una duración que no exceda de 90 días dentro de cualquier período de 180 días, lo que implica tener en cuenta el período de 180 días que precede a cada día de estancia, las condiciones de entrada para los nacionales de terceros países serán las siguientes:

a) Estar en posesión de un documento de viaje válido que otorgue a su titular el derecho a cruzar la frontera y que cumpla los siguientes criterios:

i) Seguirá siendo válido como mínimo tres meses después de la fecha prevista de partida del territorio de los Estados miembros. En casos de emergencia justificados, esta obligación podrá suprimirse,

ii) deberá haberse expedido dentro de los diez años anteriores;

b) Estar en posesión de un visado válido, cuando así lo exija el Reglamento (CE) n.º 539/2001 del Consejo (25), salvo que sean titulares de un permiso de residencia válido o de un visado de larga duración válido;

c) Estar en posesión de documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista y disponer de medios de subsistencia suficientes, tanto para el período de estancia previsto como para el regreso al país de origen o el tránsito hacia un tercer país en el que su admisión esté garantizada, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios;

d) No estar inscrito como no admisible en el SIS;

e) No suponer una amenaza para el orden público, la seguridad interior, la salud pública o las relaciones internacionales de ninguno de los Estados miembros ni, en particular, estar inscrito como no admisible en las bases de datos nacionales de ningún Estado miembro por iguales motivos.

2. A efectos de la aplicación del apartado 1, la fecha de entrada se considerará como primer día de estancia en el territorio de los Estados miembros, y la fecha de salida como último día de estancia en el territorio de los Estados miembros. No se tendrán en cuenta para el cálculo de la duración de la estancia en el territorio de los Estados miembros los períodos de estancia autorizados por medio de un visado nacional de larga duración o de un permiso de residencia.

3. En el anexo I figura una lista no exhaustiva de documentos justificativos que la guardia de fronteras podrá pedir a los nacionales de terceros países para comprobar el cumplimiento de las condiciones contempladas en el apartado 1, letra c).

4. El criterio para calcular los medios de subsistencia estará en función de la duración y del motivo de la estancia y se usarán como referencia los precios medios en el Estado o Estados miembros de que se trate del alojamiento y de la alimentación, en hospedaje económico multiplicado por el número de días de estancia.

Los importes de referencia fijados por los Estados miembros se notificarán a la Comisión de conformidad con el artículo 39.

La comprobación de los medios de subsistencia suficientes podrá basarse en el dinero efectivo, los cheques de viaje y las tarjetas de crédito que obren en poder del nacional de un tercer país. Las declaraciones de invitación, cuando las prevea el Derecho interno, y las declaraciones de toma a cargo definidas por el Derecho interno, en caso de que el nacional de un tercer país se aloje en el domicilio de una persona de acogida, también podrán constituir prueba de medios adecuados de subsistencia.

5. No obstante lo dispuesto en el apartado 1:

a) Podrá autorizarse la entrada al territorio de los demás Estados miembros a aquellos nacionales de terceros países que no cumplan las condiciones

establecidas en el apartado 1, pero que sean titulares de un permiso de residencia o de un visado de larga duración, al objeto de que puedan llegar al territorio del Estado miembro que haya expedido el permiso de residencia o el visado de larga duración, a no ser que figuren en la lista nacional de personas no admisibles del Estado miembro en cuyas fronteras exteriores se presenten y que la descripción que les afecte esté acompañada de medidas que se opongan a la entrada o al tránsito;

b) Podrá autorizarse la entrada al territorio de los Estados miembros a aquellos nacionales de terceros países que se presenten en la frontera y cumplan las condiciones establecidas en el apartado 1, excepto la de la letra b), si se les puede expedir un visado en la frontera en virtud de los artículos 35 y 36 del Reglamento (CE) n.º 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo (26).

Los Estados miembros elaborarán estadísticas sobre los visados expedidos en la frontera con arreglo al artículo 46 del Reglamento (CE) n.º 810/2009 y a su anexo XII.

En caso de que no fuera posible colocar el visado en el documento, se adherirá la etiqueta, con carácter excepcional, en una hoja suelta que se incorporará al documento. En tal caso, se utilizará obligatoriamente el modelo uniforme de impreso para la colocación del visado establecido por el Reglamento (CE) n.º 333/2002 del Consejo (27);

c) Por motivos humanitarios, de interés nacional o por obligaciones internacionales, todo Estado miembro podrá autorizar la entrada en su territorio a nacionales de terceros países que no cumplan alguna de las condiciones establecidas en el apartado 1. En tales casos, cuando un nacional de un tercer país esté inscrito como no admisible con arreglo al apartado 1, letra d), el Estado miembro que le autorice la entrada en su territorio informará de ello a los demás Estados miembros”.

Asimismo, sobre la base de que cuando el demandante solicitó poder trasladarse al territorio peninsular ya había instado la protección internacional y su solicitud se había admitido a trámite, habiendo sido, por ello, documentado con el de solicitante de protección internacional en trámite, añadíamos lo siguiente:

“Dado que el primer derecho de aquél a quien se le admite tal solicitud es que se le documente como solicitante de protección internacional [artículo 18.1.a)], el efecto directo de esa admisión a trámite es que dicha persona no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva su solicitud (art.19.1), quedando el interesado obligado a comunicar su cambio de domicilio [18.2.d)], lo que implica que está facultado para realizar dicho cambio. De igual modo, la admisión a trámite lleva consigo la apertura del procedimiento correspondiente, según se deriva del artículo 19.6, siempre de la Ley 12/2009.

En este caso, a tenor de los citados preceptos legales, el recurrente, en cuanto que se encuentra en la Ciudad Autónoma de Ceuta -territorio español, por tanto- y documentado como solicitante de asilo en tramitación, se encontraba, en la fecha a la que se contraen estos autos, una situación regular en España, aunque,

cierto es también, transitoriamente como así lo demuestra el hecho de que el documento que le acredita como solicitante de asilo tenga un plazo de caducidad. No obstante, tal situación de regularidad en territorio español permitía su traslado dentro del mismo (y, por tanto, desde Ceuta a la Península) si bien sometido a la obligación de comunicar el cambio de domicilio que pretenda, lo que, sin embargo, no es exigible a quien ya ostenta la condición de titular del derecho de asilo instado.

El acto denegatorio y el que lo confirma en alzada, impugnados en este proceso, mantienen que, de acuerdo con los términos arriba expuestos de la Adhesión de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, el órgano competente, en este caso la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, (Orden INT/28/2013, de 18 de enero y artículo 4.2 del Real Decreto 557/2011) está normativamente habilitado para impedir que el recurrente, cuya solicitud de asilo ha sido admitida en la ciudad de Ceuta, pueda desplazarse a la Península, pues no cumpliría, se dice, para dicho cruce ninguno de los requisitos, tanto de índole documental como material, exigidos por el citado artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016.

Sin embargo, el control que pueden y deben realizar las autoridades competentes en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, conforme a lo dispuesto en el Acta Final del repetido Acuerdo de Adhesión de España al Convenio de Schengen, a fin de comprobar el cumplimiento de las condiciones previstas en el repetido artículo 6 del Reglamento Comunitario, se refiere a controles de identidad y documentos en las conexiones marítimas y aéreas que tengan como único destino otro punto del territorio español; lo que implica que no exista impedimento alguno para el ahora recurrente dado que, cuando puso de manifiesto su intención de cambiar de domicilio, trasladándose a la Península, estaba debidamente documentado.

Por otra parte, aunque con igual relevancia que lo anterior, entiende la Sala que no resulta aplicable en este caso lo dispuesto en el artículo 4.2 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, invocado en la Resolución denegatoria confirmada luego en alzada. Y no lo es porque, repasando su tenor literal (“La Comisaría General de Extranjería y Fronteras podrá autorizar la entrada en España de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en el apartado anterior cuando existan razones excepcionales...”), es claro que el supuesto de hecho exigible para su aplicación no se da en este caso ya que, aun de modo transitorio hasta la decisión sobre su solicitud de asilo, el recurrente estaba ya en territorio español (Ceuta indiscutiblemente lo es). Difícilmente puede, pues, aceptarse que tuviera en este caso la Comisaría General citada facultades para autorizar, o denegar, la entrada del actor en España por los motivos expuestos en el repetido artículo reglamentario, si no es a través de un inasumible argumento en el que el término “España” -contenido en el precepto normativo en cuestión- se identifique con el de “territorio peninsular”; restricción que la Sala rechaza de plano, por lo expuesto.

En consecuencia, vistas las pretensiones ejercitadas en la demanda, el presente recurso habrá de ser íntegramente estimado en los términos solicitados en el escrito rector, anulándose las resoluciones impugnadas por no existir impedimento alguno para que el actor, conforme a la situación que mantenía en la fecha en que formuló la solicitud, pudiera trasladarse al territorio español peninsular”.

Consecuentemente, aplicando la doctrina expuesta al caso que ahora nos ocupa, procede la estimación del presente recurso contencioso-administrativo”.

Este criterio se ha mantenido también en sentencias de 11 de mayo de 2015 (P.O. 1088/14), 28 de mayo de 2015 (P.O. 1089/14), 10 de junio de 2015 (P.O. 1091/14), 29 de septiembre de 2017 (P.O. 1470/16) y 26 de enero de 2018 (P.O. 41/17), entre otras.

A tenor de todo lo expuesto en la misma línea del auto de 31 de julio de 2018 (PMC 412/2018), se considera que en este caso concurren los requisitos necesarios para el otorgamiento de la medida cautelar solicitada, concretamente *periculum in mora*, sin que se aprecie una grave perturbación para los intereses generales o de tercero por su adopción, existiendo, además, a favor de la pretensión de la parte demandante apariencia de buen derecho.

CUARTO.- Por último, como ya se dijo en el referido auto de 27 de junio de 2018, que si bien es cierto que nuestra jurisprudencia se ha pronunciado en ocasiones en contra de acceder a la suspensión de actos negativos, tales como denegaciones del reconocimiento de derechos, por suponer la satisfacción de la pretensión principal, sin embargo en el concreto caso que se está resolviendo no se trata propiamente un acto administrativo negativo, sino una actuación que incorpora una inscripción en la documentación suministrada al recurrente, mediante la cual se le impide el acceso a la península, limitándose su derecho a la libre circulación y residencia en el territorio español. Por lo tanto, tal doctrina no resulta aplicable al presente caso.

Por todo lo razonado, procede la concesión de la medida cautelar solicitada, autorizándose el traslado del recurrente al territorio peninsular y su residencia en el mismo durante la sustanciación de este recurso.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, procede imponer las costas causadas en este incidente a la Administración demandada.

No obstante, a tenor del apartado tercero de dicho artículo 139 la imposición de las costas podrá ser *"a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima"* y la Sala considera procedente, atendida la índole del litigio y la concreta actividad desplegada por las partes, limitar la cantidad que, por los conceptos de honorarios de Abogado y derechos de Procurador, ha de satisfacer a la parte contraria la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima total de cien euros (100 €), más la cantidad que en concepto de IVA corresponda a la cuantía reclamada.

En atención a lo expuesto

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Conceder la medida cautelar solicitada por el procurador don Víctor Pérez Casado , en nombre y representación de [REDACTED] autorizándose el traslado del recurrente al territorio peninsular y su residencia en el mismo durante la sustanciación de este recurso.

Se condena al pago de las costas causadas en el presente incidente a la Administración demandada con la limitación que respecto de su cuantía se ha realizado en el último razonamiento jurídico.

Notifíquese la presente resolución a las partes y remítase testimonio de la presente resolución a la Administración demandada, DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA, para que lleve a efecto lo acordado

El presente auto es susceptible de recurso de casación, previo recurso de reposición a interponer ante esta Sala en el plazo de cinco días, contados desde el siguiente al de su notificación, **previa constitución del depósito** previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite dicho recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2414-0000-91-0276-18 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” 20 Contencioso-Reposición/Súplica (25 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2414-0000-91-0276-18 en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos/as. Sres/as. anotados en el encabezamiento de la presente resolución. Doy fe.

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial previstas en el artículo 560.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Primera

C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

33016340

NIG: 28.079.00.3-2019/0011982

Pieza de Medidas Cautelares 609/2019 - 0001 (Procedimiento Ordinario)

De: D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. ALFREDO GIL ALEGRE

Contra: DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

A U T O N°

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D./Dña. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO

ILMOS/ILMAS. SRES/SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D./Dña. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS

D./Dña. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA

En Madrid, a veintitrés de septiembre de dos mil diecinueve.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 15 de mayo de 2.019 tuvo entrada en esta Sección recurso promovido por don [REDACTED] contra la desestimación por silencio del recurso de alzada interpuesto contra “el acto administrativo por el que se adiciona la inscripción válido solo en Ceuta en el documento que acredita su condición de solicitante de protección internacional”.

SEGUNDO.- En fecha 17 de septiembre de 2019 se ha instado como medida cautelar que se autorice de forma expresa su traslado de Ceuta a territorio peninsular y se permita su residencia en dicho territorio durante la sustanciación del recurso.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS



PRIMERO.- La presente pieza separada de medidas cautelares tiene por objeto resolver la pretensión de tutela cautelar ejercitada por la parte demandante al amparo de lo previsto en los artículos 129 y siguientes de la Ley Jurisdiccional.

El recurrente ha solicitado la suspensión de la ejecutividad de la desestimación por silencio del recurso de alzada interpuesto contra el acuerdo de 16 de marzo de 2018, del Jefe Superior de Policía de Ceuta por el que en la documentación que le fue entregada en su condición de solicitante de Protección Internacional se le hizo constar la inscripción “válido solo en Ceuta”.

SEGUNDO.- De acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en STS de 22 de julio de 2002 (Rec. Cas. 3507/1998), transcrita en el ATS de 16 de julio de 2004 (R.C.A. 46/2004) y reiterada en el de 18 de julio de 2006 (R.C.A. 18/2006), la razón de ser de la justicia cautelar en el proceso en general se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme pueda dar lugar a 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 señala el artículo 129 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 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.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en SSTC 22/84, 66/84, 238/92, 148/93, entre otras muchas) ha declarado que el principio de autotutela administrativa, que no es incompatible con el artículo 24.1 CE, engarza con el principio de eficacia previsto en el artículo 103.1 CE y se satisface facilitando que la ejecución se someta a la decisión de un Tribunal y éste resuelva sobre la suspensión. Sobre esta base, la STC 218/1994 dejó dicho 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 artículo 106.1 CE.

TERCERO.- La decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares debe ser adoptada mediante la adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, según la justificación que se ofrezca en el momento de solicitarla, en relación con los distintos criterios que según la Ley Jurisdiccional han de contemplarse, y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional.

Así, en relación con los criterios a considerar a la hora de resolver sobre la adopción o denegación de una medida cautelar, el ATS de 18 de julio de 2006, entre otros muchos, recuerda que han de ponderarse conjuntamente los siguientes:

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. 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 su adopción no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso.

c) El *periculum in mora*, 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.

d) La ponderación de los intereses concurrentes como criterio complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso. 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 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 de 3 de junio de 1997, entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*); un criterio que, no recogido expresamente en la Ley Jurisdiccional aunque sí en el artículo 728 LEC, permite realizar una valoración de los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar, con carácter provisional y en los casos delimitados por la jurisprudencia (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, 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), dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva.

CUARTO.- En este caso, examinada detenidamente la pretensión de tutela cautelar formulada por la parte actora, la misma tendrá que ser acogida por las razones que se pasa a exponer.

En este caso, el recurrente formuló el 28 de junio de 2018 una solicitud de protección internacional en el puesto fronterizo de Ceuta, habiendo sido admitida a trámite dicha solicitud en fecha 18 de septiembre de 2018, por lo que está documentado por las autoridades españolas en este sentido.

Con tal base, solicita se le reconozca la posibilidad de trasladarse desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular y ello sin perjuicio del resultado final del expediente de solicitud de protección internacional. La negación, pues, al actor de la posibilidad de trasladar su domicilio desde una parte a otra del territorio nacional podría afectar al derecho que, aunque de modo transitorio y no definitivo, apareja la admisión a trámite de la solicitud formulada; una afectación que, al concernir a su situación personal por la limitación de un derecho, podría dar lugar a la producción de perjuicios difícilmente reversibles en el caso de dictarse eventualmente una sentencia estimatoria en los autos de los que dimana esta pieza de medidas cautelares.



Procede, pues, considerar concurrente el requisito del periculum in mora sobre el que se construye esencialmente el actual sistema de medidas cautelares que contempla la Ley Jurisdiccional de 1998.

Junto a lo anterior, la necesidad de conjurar la posible pérdida de la finalidad legítima del recurso con la medida cautelar que se ha solicitado por el demandante queda, si cabe, más reforzada contemplando la concurrencia, también, del complementario fumus boni iuris o apariencia de buen derecho.

En relación con el mencionado requisito, será útil recordar lo que el Tribunal Supremo razonaba ya respecto al mismo, entre otras muchas, en Sentencia de 6 de julio de 2009 (Rec. Cas. 658/2008):

“Es cierto que, como hemos declarado en repetidas ocasiones -sentencias de esta Sala de 14 de abril de 2003 (RC 5020/1999) y 17 de marzo de 2008 (RC 1021/2006), donde se citan otras anteriores de 27 de julio de 1996, 26 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 y 22 de febrero de 2003-, 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), si bien resulta aplicable en aquellos supuestos en que se solicita la nulidad del acto administrativo dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente. En la misma línea se expresa la sentencia de 18 de mayo de 2004 (RC 5793/2001), donde, citando resoluciones anteriores de la propia Sala (autos de 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y sentencia de 14 de enero de 1997, entre otros), se pone de manifiesto que la jurisprudencia hace una aplicación matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, que se utiliza sólo en determinados supuestos, citándose específicamente los casos en que concurra una nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, se trate de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, exista una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, o un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz;



y, por el contrario, la doctrina de la apariencia de buen derecho no debe servir de fundamento para la adopción de la medida cautelar en los casos en que se predique la nulidad del acto impugnado en virtud de causas que han de ser objeto de valoración y decisión por primera vez, pues con ello 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.

En el mismo sentido, señalaba ya la STS 7 de abril de 2004 (Rec. Cas. 1678/2002) que “... la finalidad legítima del recurso, cuya protección constituye, ciertamente, el presupuesto para la adopción de medidas cautelares, no es sólo, en un caso como el de autos, que al final del proceso, incluida su fase de ejecución, se restablezca la legalidad urbanística, sino, más bien, que ésta no sea groseramente menoscabada durante la pendencia de aquél. En este sentido, no debe descartarse que la interpretación del concepto jurídico indeterminado "finalidad legítima del recurso" conduzca a incluir en él, no sólo la preservación del efecto útil de la sentencia futura, sino, también, la de evitar que quien aparentemente está revestido de toda razón tenga que esperar a la decisión final del proceso para "disfrutar" de la posición o situación jurídica que, con fuerte presunción, parece corresponderle. A favor de esta ampliación de aquel concepto juegan numerosas razones: desde la idea de que la institución cautelar opera en otras ramas de nuestro ordenamiento jurídico (así, por ejemplo, en sede del juicio ejecutivo) para tutelar provisionalmente situaciones dotadas de una fuerte presunción de certeza; hasta algunas decisiones de la jurisprudencia comunitaria en las que, en presencia de una "fuerte presunción" o "manifiesta fundamentación" de ilegalidad de la actividad frente a la que se solicita la medida cautelar, se concede ésta analizando sólo el aspecto del "fumus boni iuris", sin entrar en el examen de la existencia o no de un perjuicio grave e irreparable; pasando, en fin, por principios tales como el de la proscripción del abuso del derecho o el de que el tener que recurrir al proceso para obtener reconocimiento de los derechos no debe perjudicar a quien tiene razón. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva parece demandar, también, que el "perjuicio" inherente al tiempo necesario para finalizar el proceso no recaiga en quien, con fuerte apariencia, tiene toda la razón.

Es por ello, en tercer término, que no cabe interpretar el nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares surgido en la Ley 29/1998 como de proscripción, radical, absoluta, del



criterio de la apariencia de buen derecho. Este criterio del "fumus boni iuris", aun siendo enormemente controvertido, no parece que pueda ser totalmente desatendido al decidir sobre la adopción de medidas cautelares. Bien para evitar que a través de demandas de todo punto infundadas se perturbe el interés público o los derechos de terceros; bien, como hemos dicho antes, para evitar que la necesidad de acudir al proceso corra en perjuicio de quien aparentemente tiene toda la razón; bien, en fin, para decantarse por la decisión en los casos extremos en que tanto la no adopción como la adopción de la cautela pueda determinar una situación gravemente perjudicial o irreversible”.

En este caso, la aplicación del repetido criterio se presenta como necesaria teniendo en cuenta que esta misma Sala y Sección, en numerosas Sentencias [entre las más recientes, pueden citarse las de 28 de mayo de 2015 (Rec. 1089/2014), 10 de junio de 2015 (Rec. 1091/2014), 29 de septiembre de 2017 (Rec. 1470/2016), 8 de noviembre de 2017 (40/2017), 11 de diciembre de 2017 (Rec. 918/2017), 18 de diciembre de 2017 (Rec. 1457/2017) y 26 de enero de 2018 (Rec. 41/2017)] ha estimado recursos contencioso-administrativos contra idénticas resoluciones que aquéllas a las que viene referida la presente solicitud de tutela cautelar, habiendo acogido en las citadas Sentencias pretensiones basadas en argumentos sustancialmente idénticos a los esgrimidos por el recurrente en apoyo de la pretensión que ahora se resuelve, configurándose así por esta Sala un criterio reiterado y uniforme que a la misma Administración ahora demandada le es de sobra conocido.

Con aplicación, pues, del requisito de la apariencia de buen derecho en el sentido al que se ha hecho referencia, debe acogerse entonces la primera de las pretensiones ejercitadas en la solicitud de tutela cautelar suspendiendo la ejecutividad de las resoluciones recurridas, en la medida en que las mismas impiden al recurrente su desde la Ciudad Autónoma de Melilla al territorio peninsular, en la ciudad de Almería. Y todo ello apoyado, además de en lo ya expuesto, en lo razonado y resuelto por el Tribunal Supremo en un asunto en el que con idéntica aplicación del requisito del fumus boni iuris que ahora hacemos, dejó dicho lo siguiente [STS de 12 de febrero de 2018 (Rec. Cas. 103/2017)]:

“Efectivamente, en el ámbito del sistema cautelar se ha producido la aportación jurisprudencial -doctrina de la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris)- a la que se refiere la recurrente y que, pese a sus modulaciones, permite (1) en un marco de provisionalidad, (2)



dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.

(...) la citada 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 o ante 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)...”.

QUINTO.- Establece el art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción que en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En el caso de autos procede la condena en costas de la Administración que ha visto desestimada su pretensión y lo será en cuantía de cien euros (100 €) a la vista del contenido del escrito de oposición.

LA SALA ACUERDA:

1.- Se acuerda la medida cautelar solicitada, consistente en que se suspenda la decisión de no permitir el traslado del demandante desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular.

2.- Se condena en costas a la Administración en cuantía de cien euros (100 €).

Notifíquese la presente resolución a las partes y remítase testimonio de la presente resolución a la Administración demandada, DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA, para que lleve a efecto lo acordado.

Contra la presente resolución cabe **recurso de casación previo recurso de reposición** en el plazo de cinco días desde la notificación, **previa constitución del depósito** previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite dicho recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2414-0000-91-0609-19 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” 20



Contencioso-Repósito/Súplica (25 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2414-0000-91-0609-19 en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos/as. Sres/as. anotados en el encabezamiento de la presente resolución. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Este documento es una copia auténtica del documento Auto acordando medida cautelar 1 firmado electrónicamente por FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS (PON), JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO (PSE), JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA, NAZARIO CRISTOBAL ZURDO

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Primera

C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

33016340

NIG: 28.079.00.3-2019/0011974

Pieza de Medidas Cautelares 605/2019 - 0001 (Procedimiento Ordinario)

De: D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. JOSE ANGEL DONAIRE GOMEZ

Contra: DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

A U T O N° 585/2019

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO

ILMOS/ILMAS. SRES/SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS

D. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA

En Madrid, a treinta de septiembre de dos mil diecinueve.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el procurador de los tribunales don José Ángel Donaire Gómez, en nombre y representación de DON [REDACTED] natural de Argelia, se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta del recurso de alzada presentado contra la inscripción incluida en documento de fecha 4 de enero de 2019 y en la renovación de 4 de julio de 2019, que acredita la condición del recurrente de solicitante de protección internacional (de la Jefatura Superior de Policía en Ceuta, actuando por delegación del Comisario General de Extranjería y Fronteras), que limita su validez a Ceuta, restringiendo su derecho a la libertad de circulación y de residencia al impedirle el traslado a territorio peninsular.

Asimismo, el recurrente ha solicitado como medida cautelar que se le autorice de forma expresa el traslado de Ceuta a territorio peninsular y se permita su residencia en dicho territorio durante la sustanciación del recurso, sin prestación de caución.

SEGUNDO.- Formada la correspondiente pieza separada, y dado traslado de las actuaciones a la Abogacía del Estado para que formular las alegaciones que estimara pertinentes, presentó escrito solicitando la denegación de la medida cautelar.



Es ponente de esta resolución el Ilmo. Magistrado Don José Arturo Fernández García

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Las medidas cautelares tratan de asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso, evitando la producción de un perjuicio de imposible o difícil reparación -*periculum in mora*- o, como expresa el artículo 129 LJCA, asegurar “la efectividad de la sentencia”. El objetivo es que la sentencia estimatoria que pudiera recaer pueda llevarse a la práctica de modo útil para que lo juzgado pueda ser ejecutado, garantizando así del principio de tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la CE (ATS de 14 de junio de 2012, Rec. 344/2012), y del cual forma parte integrante la llamada “tutela cautelar”. Se trata, en definitiva, de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso.

De acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en STS de 22 de julio de 2002 (Rec. Cas. 3507/1998), transcrita en el ATS de 16 de julio de 2004 (R.C.A. 46/2004) y reiterada en el de 18 de julio de 2006 (R.C.A. 18/2006), la razón de ser de la justicia cautelar en el proceso en general se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme pueda dar lugar a 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 señala el artículo 129 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 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.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en SSTC 22/84, 66/84, 238/92, 148/93, entre otras muchas) ha declarado que el principio de autotutela administrativa, que no es incompatible con el artículo 24.1 CE, engarza con el principio de eficacia previsto en el artículo 103.1 CE y se satisface facilitando que la ejecución se someta a la decisión de un Tribunal y éste resuelva sobre la suspensión. Sobre esta base, la STC 218/1994 dejó dicho 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 artículo 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 ser adoptada mediante la adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, según la justificación que se ofrezca en el momento de solicitarla, en relación con los distintos criterios que según la Ley Jurisdiccional han de contemplarse, y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional.

Así, en relación con los criterios a considerar a la hora de resolver sobre la adopción o denegación de una medida cautelar, el ATS de 18 de julio de 2006, entre otros muchos, recuerda que han de ponderarse conjuntamente los siguientes:

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. 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 su adopción no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso.

c) El *periculum in mora*, 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.

d) La ponderación de los intereses concurrentes como criterio complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso. 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 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 de 3 de junio de 1997, entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*); un criterio que, no recogido expresamente en la Ley Jurisdiccional aunque sí en el artículo 728 LEC, permite realizar una valoración de los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar, con carácter provisional y en los casos delimitados por la jurisprudencia (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, 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), dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva



Por ello, la jurisprudencia contempla la adopción de las medidas cautelares bajo el régimen de la nueva Ley Jurisdiccional, no como una medida excepcional, sino como una verdadera facultad judicial y un instrumento de tutela judicial ordinaria, por influjo directo de las exigencias que derivan de la tutela judicial efectiva (en este sentido AATS de 14 de junio de 2012, Rec. 344/2012, de 5 de febrero de 2009, Rec. 35/2008, y de 27 de marzo de 2007, Rec. 148/2005).

En la línea y ampliando lo anteriormente señalado, indicar que el artículo 129 LJCA abandona el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, que caracterizaba la regulación anterior, instaurando un sistema de "**númerus apertus**", de medidas innominadas, entre las que se encuentran las de carácter positivo. Así, el precepto utiliza una formulación amplia, en cuya virtud los interesados pueden solicitar "cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia".

Los presupuestos legales para la adopción de una medida cautelar en el proceso contencioso-administrativo se establecen con carácter general para el supuesto de impugnación de actos administrativos o disposiciones generales en el artículo 130 LJCA, sin perjuicio de las especialidades propias del régimen de tutela cautelar relativo a la vía de hecho y a la inactividad administrativa, que contempla el artículo 136 LJCA.

El criterio general para la adopción de medidas cautelares que se recoge en el artículo 130 LJCA se concreta en la expresión "pérdida de la finalidad legítima del recurso". Dicho concepto jurídico indeterminado gira en torno al llamado "*periculum in mora*", que el legislador ha situado como criterio decisor de la adopción de medidas cautelares, al margen de la mayor o menor incidencia que se quiera atribuir al principio "*fumus boni iuris*", y del relevante papel que ocupa la ponderación de intereses que preside todo el sistema.

La "pérdida de la finalidad legítima del recurso" puede identificarse en presencia de alguna de las siguientes circunstancias: a) la irreparabilidad o difícil reparación del daño o perjuicio que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera ocasionar, y b) la generación de una situación jurídica irreversible o de costosa o difícil reversibilidad que prive de efectividad a la sentencia favorable a la pretensión ejercitada.

Ahora bien, como contrapeso del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. De este modo, la ponderación de los intereses es el segundo de los presupuestos legales para la adopción de las medidas cautelares que debe concurrir junto con el *periculum in mora* para justificar la adopción de aquellas.

En definitiva, la Ley Jurisdiccional establece un requisito esencial para posibilitar la adopción de medidas cautelares, consistente en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder al recurso su finalidad legítima. De manera que sólo cumplido tal presupuesto podrá ser adoptada la medida cautelar, aunque podrá denegarse cuando, pese a ello, pudiera seguirse de su adopción una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, exigiendo del Juez o Tribunal una ponderación circunstanciada de los intereses en conflicto. Por tanto, en dicho juicio de ponderación de intereses se debe comparar la intensidad del interés público que representa la ejecución del acto y la entidad de los perjuicios susceptibles de ser provocados por tal ejecución, concediéndose mayor relevancia en dicha valoración comparativa al interés general o de tercero afectado por la eficacia del acto impugnado.



Además se produce una interrelación entre el *periculum in mora* y la ponderación de intereses que condiciona el juicio cautelar, pues, tal y como afirma la jurisprudencia, cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; mientras que, por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto(en este sentido SSTS de 5 de julio de 2012, Rec. 2704/2011 y 4873/2010, de 29 de noviembre de 2012, Rec. 5487/2011, y de 26 de septiembre de 2011, Rec. 6198/2010, y ATS de 8 de mayo de 2012, Rec. 313/2012).

Por último, junto al *periculum in mora*, tradicional elemento definidor de la decisión cautelar, se ha abierto camino en los últimos tiempos, doctrinal y jurisprudencialmente, como criterio para la adopción de medidas cautelares, el “*fumus boni iuris*”, que se incorpora al proceso contencioso-administrativo de la mano de la jurisprudencia y procedente del Derecho comunitario.

Constituye un criterio de contornos aún no plenamente definidos y de aplicación ciertamente residual y muy limitada, que junto con aquel otro ha justificado el otorgamiento de la tutela cautelar en ocasiones.

La aplicación de la doctrina del “*fumus boni iuris*” nos sitúa ante el juicio de probabilidad o de verosimilitud de la existencia del derecho, y se vincula a la existencia de una situación jurídica necesitada de protección durante la tramitación del proceso y hasta que se dicte sentencia definitiva en el mismo, ante el previsible perjuicio que sufriría por la duración del proceso.

Sin embargo, tras el entusiasmo con que se acogió en un principio, actualmente la jurisprudencia advierte de los riesgos de su uso y demanda su prudente aplicación, recomendando su empleo para fundamentar la suspensión de ejecutividad o vigencia de actos o disposiciones, con carácter general, solo en determinados supuestos. Concretamente en los casos de nulidad de pleno derecho del acto o disposición recurridos, siempre y cuando la nulidad sea manifiesta, precisando que esta circunstancia concurre en los actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada previamente nula, cuando existe una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, y ante la existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz.

Tan prudente aplicación pretende conjurar el riesgo de prejuzgar la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulnere 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 -lo que conlleva que la decisión del Tribunal sobre las cuestiones suscitadas por las partes en el proceso principal se produzca tras su sustanciación bajo tales principios, en relación con los hechos en que se funda cada pretensión-, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito o decidir el fondo del asunto, sino solo para salvaguardar la finalidad legítima del recurso (en este sentido SSTS de 29 de noviembre de 2012, Rec. 5487/2011, y de 5 de julio de 2012, Rec. 2704/2011 y 4873/2010)

Tal y como señala la STC 148/1993 "el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que



corresponde resolver en el proceso principal", pues al resolver sobre una medida cautelar se carece aún de los elementos precisos para efectuar un enjuiciamiento definitivo.

Finalmente señalar que la carga de acreditar que la ejecución del acto recurrido o la vigencia de la disposición impugnada, sobre los que recae la solicitud de medida cautelar, podría frustrar la finalidad legítima del recurso, recae sobre el solicitante y favorecido por la misma. Es decir, el interesado en obtener la medida cautelar tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurrirían en el caso para acordarla, sin que sea suficiente una mera invocación genérica o una mera alegación, sin prueba alguna (en este sentido SSTs de 29 de noviembre de 2012, Rec. 5487/2011, y de 5 de julio de 2012, Rec. 2704/2011 y 4873/2010).

No obstante, la concurrencia de los requisitos para la adopción de la medida cautelar no requiere una prueba plena, sino que bastará con una razonabilidad de su producción o concurrencia. Es decir, será suficiente con una prueba por indicios o incompleta acerca de la posibilidad de que las consecuencias dañosas alegadas se produzcan, así como de su naturaleza y alcance (en este sentido, además de las SSTs anteriormente citadas, los AATS de 5 de febrero de 2009, Rec. 35/2008, y de 27 de marzo de 2007, Rec. 148/2005).

SEGUNDO.- El acto administrativo respecto al que se solicita la presente medida cautelar es la desestimación presunta del recurso de alzada presentado contra la inscripción incluida en el documento facilitado que acredita la condición del recurrente como solicitante de protección internacional, limitando su validez a Ceuta y restringiendo, por ello, su derecho a la libertad de circulación y de residencia al impedirle el traslado a territorio peninsular.

La parte demandante que insta la medida cautelar alega esencialmente que el recurrente formalizó solicitud de protección internacional en Ceuta con fecha 28 de noviembre de 2018, siendo admitida a trámite, por lo que el 4 de enero de 2019 y en la renovación de 4 de julio de 2019 la Jefatura Superior de Policía de Ceuta, por delegación del Comisario General del Extranjería y Fronteras, le hizo entrega de la correspondiente documentación que acredita su condición de solicitante de protección internacional, en la que se insertó una inscripción que reza "válido sólo en Ceuta".

Opone dicha parte esencialmente la apariencia de buen derecho en su favor, dado que tal inscripción causa una indebida limitación al derecho del interesado a circular libremente por el territorio nacional y a elegir su residencia; así como la existencia de *periculum in mora*, teniendo en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél por su orientación sexual y creencias religiosas que se perpetuaría por la limitación personal que le supone no poder desplazarse a la península. Finalmente, señala que la adopción de la medida cautelar no lesiona intereses generales ni de tercero, y no se le debería exigir caución.

Frente a estos argumentos, la Abogacía del Estado opone la improcedencia de medidas cautelares frente a actos negativos por constituir una estimación anticipada de la pretensión del actor y que no se acredita la concurrencia de los requisitos necesarios para la adopción de la medida cautelar solicitada.



En un supuesto análogo al presente se ha pronunciado esta Sección en el auto de 19 de junio de 2018 (Procedimiento ordinario 197/2018), reproducido en otro dictado el 27 de junio de 2018 (Procedimiento Ordinario 276/2018) en asunto similar, en el sentido siguiente:

“CUARTO.- (...)

Con tal base, solicita se le reconozca la posibilidad de trasladarse desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular y ello sin perjuicio del resultado final del expediente de solicitud de protección internacional. La negación, pues, al actor de la posibilidad de trasladar su domicilio desde una parte a otra del territorio nacional podría afectar al derecho que, aunque de modo transitorio y no definitivo, aparea la admisión a trámite de la solicitud formulada; una afectación que, al concernir a su situación personal por la limitación de un derecho, podría dar lugar a la producción de perjuicios difícilmente reversibles en el caso de dictarse eventualmente una sentencia estimatoria en los autos de los que dimana esta pieza de medidas cautelares.

Procede, pues, considerar concurrente el requisito del periculum in mora sobre el que se construye esencialmente el actual sistema de medidas cautelares que contempla la Ley Jurisdiccional de 1998.

Junto a lo anterior, la necesidad de conjurar la posible pérdida de la finalidad legítima del recurso con la medida cautelar que se ha solicitado por el demandante queda, si cabe, más reforzada contemplando la concurrencia, también, del complementario fumus boni iuris o apariencia de buen derecho.

En relación con el mencionado requisito, será útil recordar lo que el Tribunal Supremo razonaba ya respecto al mismo, entre otras muchas, en Sentencia de 6 de julio de 2009 (Rec. Cas. 658/2008):

“Es cierto que, como hemos declarado en repetidas ocasiones -sentencias de esta Sala de 14 de abril de 2003 (RC 5020/1999) y 17 de marzo de 2008 (RC 1021/2006), donde se citan otras anteriores de 27 de julio de 1996, 26 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 y 22 de febrero de 2003-, 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), si bien resulta aplicable en aquellos supuestos en que se solicita la nulidad del acto administrativo dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general previamente



declarada nula o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente. En la misma línea se expresa la sentencia de 18 de mayo de 2004 (RC 5793/2001), donde, citando resoluciones anteriores de la propia Sala (autos de 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y sentencia de 14 de enero de 1997, entre otros), se pone de manifiesto que la jurisprudencia hace una aplicación matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, que se utiliza sólo en determinados supuestos, citándose específicamente los casos en que concurra una nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, se trate de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, exista una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, o un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz; y, por el contrario, la doctrina de la apariencia de buen derecho no debe servir de fundamento para la adopción de la medida cautelar en los casos en que se predique la nulidad del acto impugnado en virtud de causas que han de ser objeto de valoración y decisión por primera vez, pues con ello 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.

En el mismo sentido, señalaba ya la STS 7 de abril de 2004 (Rec. Cas. 1678/2002) que "... la finalidad legítima del recurso, cuya protección constituye, ciertamente, el presupuesto para la adopción de medidas cautelares, no es sólo, en un caso como el de autos, que al final del proceso, incluida su fase de ejecución, se restablezca la legalidad urbanística, sino, más bien, que ésta no sea groseramente menoscabada durante la pendencia de aquél. En este sentido, no debe descartarse que la interpretación del concepto jurídico indeterminado "finalidad legítima del recurso" conduzca a incluir en él, no sólo la preservación del efecto útil de la sentencia futura, sino, también, la de evitar que quien aparentemente está revestido de toda razón tenga que esperar a la decisión final del proceso para "disfrutar" de la posición o situación jurídica que, con fuerte presunción, parece corresponderle. A favor de esta ampliación de aquel concepto juegan numerosas razones: desde la idea de que la institución cautelar opera en otras ramas de nuestro ordenamiento jurídico (así, por ejemplo, en sede del juicio ejecutivo) para tutelar provisionalmente situaciones dotadas de una fuerte presunción de certeza; hasta algunas decisiones de la jurisprudencia comunitaria en las que, en presencia de una "fuerte presunción" o "manifiesta fundamentación" de ilegalidad de la actividad frente a la que se solicita la medida cautelar, se concede ésta analizando sólo el aspecto del "fumus boni iuris", sin entrar en el examen de la existencia o no de un perjuicio grave e irreparable; pasando, en fin, por principios tales como el de la proscripción del abuso del derecho o el de que el tener que recurrir al proceso para obtener reconocimiento de los derechos no debe perjudicar a quien tiene razón. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva parece demandar, también, que



el "perjuicio" inherente al tiempo necesario para finalizar el proceso no recaiga en quien, con fuerte apariencia, tiene toda la razón.

Es por ello, en tercer término, que no cabe interpretar el nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares surgido en la Ley 29/1998 como de proscripción, radical, absoluta, del criterio de la apariencia de buen derecho. Este criterio del "fumus boni iuris", aun siendo enormemente controvertido, no parece que pueda ser totalmente desatendido al decidir sobre la adopción de medidas cautelares. Bien para evitar que a través de demandas de todo punto infundadas se perturbe el interés público o los derechos de terceros; bien, como hemos dicho antes, para evitar que la necesidad de acudir al proceso corra en perjuicio de quien aparentemente tiene toda la razón; bien, en fin, para decantarse por la decisión en los casos extremos en que tanto la no adopción como la adopción de la cautela pueda determinar una situación gravemente perjudicial o irreversible".

En este caso, la aplicación del repetido criterio se presenta como necesaria teniendo en cuenta que esta misma Sala y Sección, en numerosas Sentencias [entre las más recientes, pueden citarse las de 28 de mayo de 2015 (Rec. 1089/2014), 10 de junio de 2015 (Rec. 1091/2014), 29 de septiembre de 2017 (Rec. 1470/2016), 8 de noviembre de 2017 (40/2017), 11 de diciembre de 2017 (Rec. 918/2017), 18 de diciembre de 2017 (Rec. 1457/2017) y 26 de enero de 2018 (Rec. 41/2017)] ha estimado recursos contencioso-administrativos contra idénticas resoluciones que aquéllas a las que viene referida la presente solicitud de tutela cautelar, habiendo acogido en las citadas Sentencias pretensiones basadas en argumentos sustancialmente idénticos a los esgrimidos por el recurrente en apoyo de la pretensión que ahora se resuelve, configurándose así por esta Sala un criterio reiterado y uniforme que a la misma Administración ahora demandada le es de sobra conocido.

Con aplicación, pues, del requisito de la apariencia de buen derecho en el sentido al que se ha hecho referencia, debe acogerse entonces la primera de las pretensiones ejercitadas en la solicitud de tutela cautelar suspendiendo la ejecutividad de las resoluciones recurridas, en la medida en que las mismas impiden al recurrente su desde la Ciudad Autónoma de Melilla al territorio peninsular, en la ciudad de Almería. Y todo ello apoyado, además de en lo ya expuesto, en lo razonado y resuelto por el Tribunal Supremo en un asunto en el que con idéntica aplicación del requisito del fumus boni iuris que ahora hacemos, dejó dicho lo siguiente [STS de 12 de febrero de 2018 (Rec. Cas. 103/2017)]:

“Efectivamente, en el ámbito del sistema cautelar se ha producido la aportación jurisprudencial -doctrina de la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris)- a la que se refiere la recurrente y que, pese a sus modulaciones, permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas



cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.

(...) la citada 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 o ante 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)...”.

Como se indicó en el auto de 27 de junio de 2018, se ha de añadir que ante otro supuesto de hecho análogo al que ahora se trata, aunque resolviendo el fondo de la cuestión litigiosa, y referido también al acceso desde Ceuta a la península por extranjeros que han obtenido la admisión de solicitudes de asilo o protección internacional, se indicaba en la sentencia de esta Sección de 26 de enero de 2018 (P.O. 41/2017):

“TERCERO.- A los hechos expuestos les resultan de aplicación la doctrina contenida en la sentencia citada, donde decíamos lo siguiente:

“QUINTO.- Una vez delimitado con precisión el objeto del presente recurso estamos en condiciones de afirmar que no es la primera vez que esta Sala ha examinado y resuelto pretensiones idénticas a la que aquí se sustancia. En Sentencias de 11 de mayo de 2015 (Rec. 1088/2014), 28 de mayo de 2015 (Rec. 1089/2014) y 10 de junio de 2015 (Rec. 1091/2014) ya se examinaron las mismas cuestiones aquí debatidas y el resultado, como se comprueba, fue el de la estimación de los respectivos recursos. Una decisión que, examinado detenidamente lo actuado en vía administrativa y en estos autos, también se pronunciará, según pasamos a razonar.

El artículo 25 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social, dispone en su artículo 25. 3, referido a los requisitos para la entrada en territorio nacional, que lo dispuesto en sus dos primeros apartados no será de aplicación a los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España, cuya concesión se regirá por lo dispuesto en la normativa específica.

El artículo 4 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, define el derecho a la protección subsidiaria como el "dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los



nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10 de esta Ley y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren, acogerse a la protección del país de que se trate, siempre que no concurra alguno de los supuestos mencionados en los artículos 11 y 12 de esta Ley ".

Los artículos 17, 18 y 19 de la repetida Ley 12/2009 regulan el procedimiento de solicitud de asilo en los siguientes términos:

Artículo 17. Presentación de la solicitud.

1. El procedimiento se inicia con la presentación de la solicitud, que deberá efectuarse mediante comparecencia personal de los interesados que soliciten protección en los lugares que reglamentariamente se establezcan, o en caso de imposibilidad física o legal, mediante persona que lo represente. En este último caso, el solicitante deberá ratificar la petición una vez desaparezca el impedimento.

2. La comparecencia deberá realizarse sin demora y en todo caso en el plazo máximo de un mes desde la entrada en el territorio español o, en todo caso, desde que se produzcan los acontecimientos que justifiquen el temor fundado de persecución o daños graves. A estos efectos, la entrada ilegal en territorio español no podrá ser sancionada cuando haya sido realizada por persona que reúna los requisitos para ser beneficiaria de la protección internacional prevista en esta Ley.

3. En el momento de efectuar la solicitud, la persona extranjera será informada, en una lengua que pueda comprender, acerca de:

- a) el procedimiento que debe seguirse;*
- b) sus derechos y obligaciones durante la tramitación, en especial en materia de plazos y medios de que dispone para cumplir éstas;*
- c) la posibilidad de contactar con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y con las Organizaciones no Gubernamentales legalmente reconocidas entre cuyos objetivos figure el asesoramiento y ayuda a las personas necesitadas de protección internacional;*
- d) las posibles consecuencias del incumplimiento de sus obligaciones o de su falta de colaboración con las autoridades; y*
- e) los derechos y prestaciones sociales a los que tiene acceso en su condición de solicitante de protección internacional.*

4. La solicitud se formalizará mediante entrevista personal que se realizará siempre individualmente. De forma excepcional, podrá requerirse la presencia de otros miembros de la familia de los solicitantes, si ello se considerase imprescindible para la adecuada formalización de la solicitud.



5. La Administración adoptará las medidas necesarias para que, cuando sea preciso, en la entrevista se preste un tratamiento diferenciado por razón del sexo de la persona solicitante o demás circunstancias previstas en el artículo 46 de esta Ley. De este trámite se dejará debida constancia en el expediente administrativo.

6. Las personas encargadas de efectuar la entrevista informarán a los solicitantes sobre cómo efectuar la solicitud, y les ayudarán a cumplimentarla, facilitándoles la información básica en relación con aquella. Asimismo, colaborarán con los interesados para establecer los hechos relevantes de su solicitud.

7. Cuando razones de seguridad lo aconsejen, se podrá registrar a la persona solicitante y sus pertenencias, siempre y cuando se garantice el pleno respeto a su dignidad e integridad.

8. En los términos que se establezcan reglamentariamente, se planteará la posibilidad de una nueva audiencia personal sobre su solicitud de asilo. La ponderación sobre la necesidad o no de efectuar nuevas entrevistas será motivada”.

Artículo 18. Derechos y obligaciones de los solicitantes.

“1. El solicitante de asilo, presentada la solicitud, tiene en los términos recogidos en la presente Ley, en los artículos 16, 17, 19, 33 y 34, los siguientes derechos:

- a) a ser documentado como solicitante de protección internacional;
- b) a asistencia jurídica gratuita e intérprete;
- c) a que se comunique su solicitud al ACNUR;
- d) a la suspensión de cualquier proceso de devolución, expulsión o extradición que pudiera afectar al solicitante;
- e) a conocer el contenido del expediente en cualquier momento;
- f) a la atención sanitaria en las condiciones expuestas;
- g) a recibir prestaciones sociales específicas en los términos que se recogen en esta Ley.

2. Serán obligaciones de los solicitantes de protección internacional las siguientes:

- a) cooperar con las autoridades españolas en el procedimiento para la concesión de protección internacional;
- b) presentar, lo antes posible, todos aquellos elementos que, junto a su propia declaración, contribuyan a fundamentar su solicitud. Entre otros, podrán presentar la documentación de que dispongan sobre su edad, pasado -incluido el de parientes relacionados-, identidad, nacionalidad o nacionalidades, lugares de



anterior residencia, solicitudes de protección internacional previas, itinerarios de viaje, documentos de viaje y motivos por los que solicita la protección;

c) proporcionar sus impresiones dactilares, permitir ser fotografiados y, en su caso, consentir que sean grabadas sus declaraciones, siempre que hayan sido previamente informados sobre este último extremo;

d) informar sobre su domicilio en España y cualquier cambio que se produzca en él;

e) informar, asimismo, a la autoridad competente o comparecer ante ella, cuando así se les requiera con relación a cualquier circunstancia de su solicitud”.

Artículo 19. Efectos de la presentación de la solicitud.

“1. Solicitada la protección, la persona extranjera no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud o ésta no sea admitida. No obstante, por motivos de salud o seguridad públicas, la autoridad competente podrá adoptar medidas cautelares en aplicación de la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración.

2. Asimismo, la solicitud de protección suspenderá, hasta la decisión definitiva, la ejecución del fallo de cualquier proceso de extradición de la persona interesada que se halle pendiente. A tal fin, la solicitud será comunicada inmediatamente al órgano judicial o al órgano gubernativo ante el que en ese momento tuviera lugar el correspondiente proceso.

3. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, podrá entregarse o extraditarse a una persona solicitante, según proceda, a otro Estado miembro de la Unión Europea en virtud de las obligaciones dimanantes de una orden europea de detención y entrega, o a un país tercero ante órganos judiciales penales internacionales.

4. Las personas solicitantes de asilo tienen derecho a entrevistarse con un abogado en las dependencias de los puestos fronterizos y centros de internamiento de extranjeros. Reglamentariamente, y sin perjuicio de las normas de funcionamiento establecidas para las citadas dependencias y centros, podrán establecerse condiciones para el ejercicio de este derecho derivadas de razones de seguridad, orden público o de su gestión administrativa.

5. La solicitud de protección dará lugar al inicio del cómputo de los plazos previstos para su tramitación.

6. La resolución que admita a trámite una solicitud de asilo determinará el procedimiento correspondiente.

7. En caso de que la tramitación de una solicitud pudiese exceder de seis meses, ampliables de acuerdo con lo previsto en el artículo 49 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para su resolución y notificación, se informará a la persona interesada del motivo de la demora”.



El artículo 36.1,h) de la Ley 12/2009, dispone que

"La concesión del derecho de asilo o de la protección subsidiaria implicará el reconocimiento de los derechos establecidos en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración, así como en la normativa de la Unión Europea, y, en todo caso: h) la libertad de circulación".

El artículo 5 de la Ley Orgánica 4/2000, reconoce al extranjero que esté en situación regular en España su derecho a circular libremente por el territorio español.

El Acta final, apartado III de la Adhesión de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (BOE núm. 81, de 5 de abril de 1994) recoge textualmente lo siguiente en relación con la cuestión que aquí nos ocupa:

"e) En aplicación de su legislación nacional y con el fin de verificar si los pasajeros siguen cumpliendo las condiciones enumeradas en el artículo 5 del Convenio de 1990, en virtud de los cuales fueron autorizados a entrar en territorio nacional en el momento del control de pasaportes en la frontera exterior, España mantendrá controles (controles de identidad y de documentos) en las conexiones marítimas y aéreas provenientes de Ceuta y Melilla que tengan como único destino otro punto del territorio español. A este mismo fin, España mantendrá controles sobre los vuelos interiores y sobre las conexiones regulares por transbordador que salgan de las ciudades de Ceuta y Melilla con destino a otro Estado parte del Convenio".

El artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) dispone, sobre las Condiciones de entrada de los nacionales de terceros países, que

"1. Para estancias previstas en el territorio de los Estados miembros de una duración que no exceda de 90 días dentro de cualquier período de 180 días, lo que implica tener en cuenta el período de 180 días que precede a cada día de estancia, las condiciones de entrada para los nacionales de terceros países serán las siguientes:

a) Estar en posesión de un documento de viaje válido que otorgue a su titular el derecho a cruzar la frontera y que cumpla los siguientes criterios:

i) Seguirá siendo válido como mínimo tres meses después de la fecha prevista de partida del territorio de los Estados miembros. En casos de emergencia justificados, esta obligación podrá suprimirse,

ii) deberá haberse expedido dentro de los diez años anteriores;

b) Estar en posesión de un visado válido, cuando así lo exija el Reglamento (CE) n.º 539/2001 del Consejo (25), salvo que sean titulares de un permiso de residencia válido o de un visado de larga duración válido;



c) *Estar en posesión de documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista y disponer de medios de subsistencia suficientes, tanto para el período de estancia previsto como para el regreso al país de origen o el tránsito hacia un tercer país en el que su admisión esté garantizada, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios;*

d) *No estar inscrito como no admisible en el SIS;*

e) *No suponer una amenaza para el orden público, la seguridad interior, la salud pública o las relaciones internacionales de ninguno de los Estados miembros ni, en particular, estar inscrito como no admisible en las bases de datos nacionales de ningún Estado miembro por iguales motivos.*

2. *A efectos de la aplicación del apartado 1, la fecha de entrada se considerará como primer día de estancia en el territorio de los Estados miembros, y la fecha de salida como último día de estancia en el territorio de los Estados miembros. No se tendrán en cuenta para el cálculo de la duración de la estancia en el territorio de los Estados miembros los períodos de estancia autorizados por medio de un visado nacional de larga duración o de un permiso de residencia.*

3. *En el anexo I figura una lista no exhaustiva de documentos justificativos que la guardia de fronteras podrá pedir a los nacionales de terceros países para comprobar el cumplimiento de las condiciones contempladas en el apartado 1, letra c).*

4. *El criterio para calcular los medios de subsistencia estará en función de la duración y del motivo de la estancia y se usarán como referencia los precios medios en el Estado o Estados miembros de que se trate del alojamiento y de la alimentación, en hospedaje económico multiplicado por el número de días de estancia.*

Los importes de referencia fijados por los Estados miembros se notificarán a la Comisión de conformidad con el artículo 39.

La comprobación de los medios de subsistencia suficientes podrá basarse en el dinero efectivo, los cheques de viaje y las tarjetas de crédito que obren en poder del nacional de un tercer país. Las declaraciones de invitación, cuando las prevea el Derecho interno, y las declaraciones de toma a cargo definidas por el Derecho interno, en caso de que el nacional de un tercer país se aloje en el domicilio de una persona de acogida, también podrán constituir prueba de medios adecuados de subsistencia.

5. *No obstante lo dispuesto en el apartado 1:*

a) *Podrá autorizarse la entrada al territorio de los demás Estados miembros a aquellos nacionales de terceros países que no cumplan las condiciones establecidas en el apartado 1, pero que sean titulares de un permiso de residencia o de un visado de larga duración, al objeto de que puedan llegar al territorio del Estado miembro que haya expedido el permiso de residencia o el visado de larga duración, a no ser que figuren en la lista nacional de personas*



no admisibles del Estado miembro en cuyas fronteras exteriores se presenten y que la descripción que les afecte esté acompañada de medidas que se opongan a la entrada o al tránsito;

b) Podrá autorizarse la entrada al territorio de los Estados miembros a aquellos nacionales de terceros países que se presenten en la frontera y cumplan las condiciones establecidas en el apartado 1, excepto la de la letra b), si se les puede expedir un visado en la frontera en virtud de los artículos 35 y 36 del Reglamento (CE) n.º 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo (26).

Los Estados miembros elaborarán estadísticas sobre los visados expedidos en la frontera con arreglo al artículo 46 del Reglamento (CE) n.º 810/2009 y a su anexo XII.

En caso de que no fuera posible colocar el visado en el documento, se adherirá la etiqueta, con carácter excepcional, en una hoja suelta que se incorporará al documento. En tal caso, se utilizará obligatoriamente el modelo uniforme de impreso para la colocación del visado establecido por el Reglamento (CE) n.º 333/2002 del Consejo (27);

c) Por motivos humanitarios, de interés nacional o por obligaciones internacionales, todo Estado miembro podrá autorizar la entrada en su territorio a nacionales de terceros países que no cumplan alguna de las condiciones establecidas en el apartado 1. En tales casos, cuando un nacional de un tercer país esté inscrito como no admisible con arreglo al apartado 1, letra d), el Estado miembro que le autorice la entrada en su territorio informará de ello a los demás Estados miembros”.

Asimismo, sobre la base de que cuando el demandante solicitó poder trasladarse al territorio peninsular ya había instado la protección internacional y su solicitud se había admitido a trámite, habiendo sido, por ello, documentado con el de solicitante de protección internacional en trámite, añadíamos lo siguiente:

“Dado que el primer derecho de aquél a quien se le admite tal solicitud es que se le documente como solicitante de protección internacional [artículo 18.1.a)], el efecto directo de esa admisión a trámite es que dicha persona no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva su solicitud (art.19.1), quedando el interesado obligado a comunicar su cambio de domicilio [18.2.d)], lo que implica que está facultado para realizar dicho cambio. De igual modo, la admisión a trámite lleva consigo la apertura del procedimiento correspondiente, según se deriva del artículo 19.6, siempre de la Ley 12/2009.

En este caso, a tenor de los citados preceptos legales, el recurrente, en cuanto que se encuentra en la Ciudad Autónoma de Ceuta -territorio español, por tanto- y documentado como solicitante de asilo en tramitación, se encontraba, en la fecha a la que se contraen estos autos, una situación regular en España, aunque, cierto es también, transitoriamente como así lo demuestra el hecho de que el documento que le acredita como solicitante de asilo tenga un plazo de caducidad. No obstante, tal situación de regularidad en territorio español permitía su traslado dentro del mismo (y, por tanto, desde Ceuta a la Península)



si bien sometido a la obligación de comunicar el cambio de domicilio que pretenda, lo que, sin embargo, no es exigible a quien ya ostenta la condición de titular del derecho de asilo instado.

El acto denegatorio y el que lo confirma en alzada, impugnados en este proceso, mantienen que, de acuerdo con los términos arriba expuestos de la Adhesión de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, el órgano competente, en este caso la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, (Orden INT/28/2013, de 18 de enero y artículo 4.2 del Real Decreto 557/2011) está normativamente habilitado para impedir que el recurrente, cuya solicitud de asilo ha sido admitida en la ciudad de Ceuta, pueda desplazarse a la Península, pues no cumpliría, se dice, para dicho cruce ninguno de los requisitos, tanto de índole documental como material, exigidos por el citado artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016.

Sin embargo, el control que pueden y deben realizar las autoridades competentes en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, conforme a lo dispuesto en el Acta Final del repetido Acuerdo de Adhesión de España al Convenio de Schengen, a fin de comprobar el cumplimiento de las condiciones previstas en el repetido artículo 6 del Reglamento Comunitario, se refiere a controles de identidad y documentos en las conexiones marítimas y aéreas que tengan como único destino otro punto del territorio español; lo que implica que no exista impedimento alguno para el ahora recurrente dado que, cuando puso de manifiesto su intención de cambiar de domicilio, trasladándose a la Península, estaba debidamente documentado.

Por otra parte, aunque con igual relevancia que lo anterior, entiende la Sala que no resulta aplicable en este caso lo dispuesto en el artículo 4.2 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, invocado en la Resolución denegatoria confirmada luego en alzada. Y no lo es porque, repasando su tenor literal (“La Comisaría General de Extranjería y Fronteras podrá autorizar la entrada en España de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en el apartado anterior cuando existan razones excepcionales...”), es claro que el supuesto de hecho exigible para su aplicación no se da en este caso ya que, aun de modo transitorio hasta la decisión sobre su solicitud de asilo, el recurrente estaba ya en territorio español (Ceuta indiscutiblemente lo es). Difícilmente puede, pues, aceptarse que tuviera en este caso la Comisaría General citada facultades para autorizar, o denegar, la entrada del actor en España por los motivos expuestos en el repetido artículo reglamentario, si no es a través de un inasumible argumento en el que el término “España” -contenido en el precepto normativo en cuestión- se identifique con el de “territorio peninsular”; restricción que la Sala rechaza de plano, por lo expuesto.

En consecuencia, vistas las pretensiones ejercitadas en la demanda, el presente recurso habrá de ser íntegramente estimado en los términos solicitados en el escrito rector, anulándose las resoluciones impugnadas por no existir impedimento alguno para que el actor, conforme a la situación que mantenía en



la fecha en que formuló la solicitud, pudiera trasladarse al territorio español peninsular”.

Consecuentemente, aplicando la doctrina expuesta al caso que ahora nos ocupa, procede la estimación del presente recurso contencioso-administrativo”.

Este criterio se ha mantenido también en sentencias de 11 de mayo de 2015 (P.O. 1088/14), 28 de mayo de 2015 (P.O. 1089/14), 10 de junio de 2015 (P.O. 1091/14), 29 de septiembre de 2017 (P.O. 1470/16) y 26 de enero de 2018 (P.O. 41/17), entre otras.

A tenor de todo lo expuesto en la misma línea del auto de 31 de julio de 2018 (PMC 412/2018), se considera que en este caso concurren los requisitos necesarios para el otorgamiento de la medida cautelar solicitada, concretamente *periculum in mora*, sin que se aprecie una grave perturbación para los intereses generales o de tercero por su adopción, existiendo, además, a favor de la pretensión de la parte demandante apariencia de buen derecho.

CUARTO.- Por último, como ya se dijo en el referido auto de 27 de junio de 2018, que si bien es cierto que nuestra jurisprudencia se ha pronunciado en ocasiones en contra de acceder a la suspensión de actos negativos, tales como denegaciones del reconocimiento de derechos, por suponer la satisfacción de la pretensión principal, sin embargo en el concreto caso que se está resolviendo no se trata propiamente un acto administrativo negativo, sino una actuación que incorpora una inscripción en la documentación suministrada al recurrente, mediante la cual se le impide el acceso a la península, limitándose su derecho a la libre circulación y residencia en el territorio español. Por lo tanto, tal doctrina no resulta aplicable al presente caso.

Por todo lo razonado, procede la concesión de la medida cautelar solicitada, autorizándose el traslado del recurrente al territorio peninsular y su residencia en el mismo durante la sustanciación de este recurso.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, procede imponer las costas causadas en este incidente a la Administración demandada.

No obstante, a tenor del apartado tercero de dicho artículo 139 la imposición de las costas podrá ser *"a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima"* y la Sala considera procedente, atendida la índole del litigio y la concreta actividad desplegada por las partes, limitar la cantidad que, por los conceptos de honorarios de Abogado y derechos de Procurador, ha de satisfacer a la parte contraria la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima total de cien euros (100 €), más la cantidad que en concepto de IVA corresponda a la cuantía reclamada.

En atención a lo expuesto

PARTE DISPOSITIVA



LA SALA ACUERDA: Conceder la medida cautelar solicitada por el procurador don José Ángel Donaire González, en nombre y representación de **DON** [REDACTED] autorizándose el traslado del recurrente al territorio peninsular y su residencia en el mismo durante la sustanciación de este recurso.

Se condena al pago de las costas causadas en el presente incidente a la Administración demandada con la limitación que respecto de su cuantía se ha realizado en el último razonamiento jurídico.

Notifíquese la presente resolución a las partes y remítase testimonio de la presente resolución a la Administración demandada, DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA, para que lleve a efecto lo acordado

El presente auto es susceptible de recurso de casación, **previo recurso de reposición** a interponer ante esta Sala en el plazo de cinco días, contados desde el siguiente al de su notificación, **previa constitución del depósito** previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite dicho recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2414-0000-91-0276-18 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” 20 Contencioso-Reposición/Súplica (25 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2414-0000-91-0276-18 en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos/as. Sres/as. anotados en el encabezamiento de la presente resolución. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Este documento es una copia auténtica del documento Auto acordando medida cautelar 1 firmado electrónicamente por JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA (PON), JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO (PSE), FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS, NAZARIO CRISTOBAL ZURDO

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Primera

C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

33016340

NIG: 28.079.00.3-2019/0011977

Pieza de Medidas Cautelares 607/2019 - 0001 (Procedimiento Ordinario)

De: D. [REDACTED]

PROCURADORA Dña. PALOMA RABADAN CHAVES

Contra: DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

A U T O N° 592/2019

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS

D. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA

En Madrid, a tres de octubre de dos mil diecinueve.

Resultando los siguientes

HECHOS

PRIMERO.- En fecha 15 de mayo de 2.019 tuvo entrada en esta Sección recurso promovido por don [REDACTED] contra la desestimación por silencio del recurso de alzada interpuesto contra “el acto administrativo por el que se adiciona la inscripción válido solo en Ceuta en el documento que acredita su condición de solicitante de protección internacional”.

SEGUNDO.- En fecha 10 de septiembre de 2019 se ha instado como medida cautelar que se autorice de forma expresa su traslado de Ceuta a territorio peninsular y se permita su residencia en dicho territorio durante la sustanciación del recurso.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La presente pieza separada de medidas cautelares tiene por objeto resolver la pretensión de tutela cautelar ejercitada por la parte demandante al amparo de lo previsto en los artículos 129 y siguientes de la Ley Jurisdiccional.



El recurrente ha solicitado la suspensión de la ejecutividad de la desestimación por silencio del recurso de alzada interpuesto contra el acuerdo de 16 de marzo de 2018, del Jefe Superior de Policía de Ceuta por el que en la documentación que le fue entregada en su condición de solicitante de Protección Internacional se le hizo constar la inscripción “válido solo en Ceuta”.

SEGUNDO.- De acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en STS de 22 de julio de 2002 (Rec. Cas. 3507/1998), transcrita en el ATS de 16 de julio de 2004 (R.C.A. 46/2004) y reiterada en el de 18 de julio de 2006 (R.C.A. 18/2006), la razón de ser de la justicia cautelar en el proceso en general se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme pueda dar lugar a 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 señala el artículo 129 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 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.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en SSTC 22/84, 66/84, 238/92, 148/93, entre otras muchas) ha declarado que el principio de autotutela administrativa, que no es incompatible con el artículo 24.1 CE, engarza con el principio de eficacia previsto en el artículo 103.1 CE y se satisface facilitando que la ejecución se someta a la decisión de un Tribunal y éste resuelva sobre la suspensión. Sobre esta base, la STC 218/1994 dejó dicho 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 artículo 106.1 CE.

TERCERO.- La decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares debe ser adoptada mediante la adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso,



según la justificación que se ofrezca en el momento de solicitarla, en relación con los distintos criterios que según la Ley Jurisdiccional han de contemplarse, y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional.

Así, en relación con los criterios a considerar a la hora de resolver sobre la adopción o denegación de una medida cautelar, el ATS de 18 de julio de 2006, entre otros muchos, recuerda que han de ponderarse conjuntamente los siguientes:

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. 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 su adopción no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso.

c) El periculum in mora, 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.

d) La ponderación de los intereses concurrentes como criterio complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso. 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 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 de 3 de junio de 1997, entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*); un criterio que, no recogido expresamente en la Ley Jurisdiccional aunque sí en el artículo 728 LEC, permite realizar una valoración de los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela



cautelar, con carácter provisional y en los casos delimitados por la jurisprudencia (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, 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), dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva.

CUARTO.- En este caso, examinada detenidamente la pretensión de tutela cautelar formulada por la parte actora, la misma tendrá que ser acogida por las razones que se pasa a exponer.

En este caso, el recurrente formuló el 5 de noviembre de 2018 una solicitud de protección internacional en el puesto fronterizo de Ceuta, habiendo sido admitida a trámite dicha solicitud por lo que está documentado por las autoridades españolas en este sentido.

Con tal base, solicita se le reconozca la posibilidad de trasladarse desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular y ello sin perjuicio del resultado final del expediente de solicitud de protección internacional. La negación, pues, al actor de la posibilidad de trasladar su domicilio desde una parte a otra del territorio nacional podría afectar al derecho que, aunque de modo transitorio y no definitivo, apareja la admisión a trámite de la solicitud formulada; una afectación que, al concernir a su situación personal por la limitación de un derecho, podría dar lugar a la producción de perjuicios difícilmente reversibles en el caso de dictarse eventualmente una sentencia estimatoria en los autos de los que dimana esta pieza de medidas cautelares.

Procede, pues, considerar concurrente el requisito del periculum in mora sobre el que se construye esencialmente el actual sistema de medidas cautelares que contempla la Ley Jurisdiccional de 1998.

Junto a lo anterior, la necesidad de conjurar la posible pérdida de la finalidad legítima del recurso con la medida cautelar que se ha solicitado por el demandante queda, si cabe, más reforzada contemplando la concurrencia, también, del complementario fumus boni iuris o apariencia de buen derecho.



En relación con el mencionado requisito, será útil recordar lo que el Tribunal Supremo razonaba ya respecto al mismo, entre otras muchas, en Sentencia de 6 de julio de 2009 (Rec. Cas. 658/2008):

“Es cierto que, como hemos declarado en repetidas ocasiones -sentencias de esta Sala de 14 de abril de 2003 (RC 5020/1999) y 17 de marzo de 2008 (RC 1021/2006), donde se citan otras anteriores de 27 de julio de 1996, 26 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 y 22 de febrero de 2003-, 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), si bien resulta aplicable en aquellos supuestos en que se solicita la nulidad del acto administrativo dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente. En la misma línea se expresa la sentencia de 18 de mayo de 2004 (RC 5793/2001), donde, citando resoluciones anteriores de la propia Sala (autos de 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y sentencia de 14 de enero de 1997, entre otros), se pone de manifiesto que la jurisprudencia hace una aplicación matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, que se utiliza sólo en determinados supuestos, citándose específicamente los casos en que concurra una nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, se trate de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, exista una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, o un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz; y, por el contrario, la doctrina de la apariencia de buen derecho no debe servir de fundamento para la adopción de la medida cautelar en los casos en que se predique la nulidad del acto impugnado en virtud de causas que han de ser objeto de valoración y decisión por primera vez, pues con ello 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.

En el mismo sentido, señalaba ya la STS 7 de abril de 2004 (Rec. Cas. 1678/2002) que “... la finalidad legítima del recurso, cuya protección constituye, ciertamente, el presupuesto



para la adopción de medidas cautelares, no es sólo, en un caso como el de autos, que al final del proceso, incluida su fase de ejecución, se restablezca la legalidad urbanística, sino, más bien, que ésta no sea groseramente menoscabada durante la pendencia de aquél. En este sentido, no debe descartarse que la interpretación del concepto jurídico indeterminado "finalidad legítima del recurso" conduzca a incluir en él, no sólo la preservación del efecto útil de la sentencia futura, sino, también, la de evitar que quien aparentemente está revestido de toda razón tenga que esperar a la decisión final del proceso para "disfrutar" de la posición o situación jurídica que, con fuerte presunción, parece corresponderle. A favor de esta ampliación de aquel concepto juegan numerosas razones: desde la idea de que la institución cautelar opera en otras ramas de nuestro ordenamiento jurídico (así, por ejemplo, en sede del juicio ejecutivo) para tutelar provisionalmente situaciones dotadas de una fuerte presunción de certeza; hasta algunas decisiones de la jurisprudencia comunitaria en las que, en presencia de una "fuerte presunción" o "manifiesta fundamentación" de ilegalidad de la actividad frente a la que se solicita la medida cautelar, se concede ésta analizando sólo el aspecto del "fumus boni iuris", sin entrar en el examen de la existencia o no de un perjuicio grave e irreparable; pasando, en fin, por principios tales como el de la proscripción del abuso del derecho o el de que el tener que recurrir al proceso para obtener reconocimiento de los derechos no debe perjudicar a quien tiene razón. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva parece demandar, también, que el "perjuicio" inherente al tiempo necesario para finalizar el proceso no recaiga en quien, con fuerte apariencia, tiene toda la razón.

Es por ello, en tercer término, que no cabe interpretar el nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares surgido en la Ley 29/1998 como de proscripción, radical, absoluta, del criterio de la apariencia de buen derecho. Este criterio del "fumus boni iuris", aun siendo enormemente controvertido, no parece que pueda ser totalmente desatendido al decidir sobre la adopción de medidas cautelares. Bien para evitar que a través de demandas de todo punto infundadas se perturbe el interés público o los derechos de terceros; bien, como hemos dicho antes, para evitar que la necesidad de acudir al proceso corra en perjuicio de quien aparentemente tiene toda la razón; bien, en fin, para decantarse por la decisión en los casos extremos en que tanto la no adopción como la adopción de la cautela pueda determinar una situación gravemente perjudicial o irreversible".

En este caso, la aplicación del repetido criterio se presenta como necesaria teniendo en cuenta que esta misma Sala y Sección, en numerosas Sentencias [entre las más recientes, pueden citarse las de 28 de mayo de 2015 (Rec. 1089/2014), 10 de junio de 2015 (Rec. 1091/2014), 29 de septiembre de 2017 (Rec. 1470/2016), 8 de noviembre de 2017 (40/2017),



11 de diciembre de 2017 (Rec. 918/2017), 18 de diciembre de 2017 (Rec. 1457/2017) y 26 de enero de 2018 (Rec. 41/2017)] ha estimado recursos contencioso-administrativos contra idénticas resoluciones que aquéllas a las que viene referida la presente solicitud de tutela cautelar, habiendo acogido en las citadas Sentencias pretensiones basadas en argumentos sustancialmente idénticos a los esgrimidos por el recurrente en apoyo de la pretensión que ahora se resuelve, configurándose así por esta Sala un criterio reiterado y uniforme que a la misma Administración ahora demandada le es de sobra conocido.

Con aplicación, pues, del requisito de la apariencia de buen derecho en el sentido al que se ha hecho referencia, debe acogerse entonces la primera de las pretensiones ejercitadas en la solicitud de tutela cautelar suspendiendo la ejecutividad de las resoluciones recurridas, en la medida en que las mismas impiden al recurrente su desde la Ciudad Autónoma de Melilla al territorio peninsular, en la ciudad de Almería. Y todo ello apoyado, además de en lo ya expuesto, en lo razonado y resuelto por el Tribunal Supremo en un asunto en el que con idéntica aplicación del requisito del *fumus boni iuris* que ahora hacemos, dejó dicho lo siguiente [STS de 12 de febrero de 2018 (Rec. Cas. 103/2017)]:

“Efectivamente, en el ámbito del sistema cautelar se ha producido la aportación jurisprudencial -doctrina de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*)- a la que se refiere la recurrente y que, pese a sus modulaciones, permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.

(...) la citada 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 o ante 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)...”.

QUINTO.- Establece el art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción que en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba



serias dudas de hecho o de derecho. En el caso de autos procede la condena en costas de la Administración que ha visto desestimada su pretensión y lo será en cuantía de cien euros (100 €) a la vista del contenido del escrito de oposición.

LA SALA ACUERDA:

1.- Se acuerda la medida cautelar solicitada, consistente en que se suspenda la decisión de no permitir el traslado del demandante desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular.

2.- Se condena en costas a la Administración en cuantía de cien euros (100 €).

Contra la presente resolución cabe **recurso de reposición** en el plazo de cinco días desde la notificación, **previa constitución del depósito** previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite dicho recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2414-0000-91-0607-19 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” 20 Contencioso-Reposición/Súplica (25 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2414-0000-91-0607-19 en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así lo acuerda, mandan y firman los Ilmos. Sres. Anotados al margen, de lo que yo, el Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Este documento es una copia auténtica del documento Auto acordando medida cautelar 1 firmado electrónicamente por FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS (PON), JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO (PSE), JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA, NAZARIO CRISTOBAL ZURDO

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Primera

C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

33016340

NIG: 28.079.00.3-2019/0015891

Pieza de Medidas Cautelares 802/2019 - 0001 (Procedimiento Ordinario)

De: D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. MIGUEL ANGEL DEL ALAMO GARCIA

Contra: DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

AUTO N° 637/19

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D.JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO

MAGISTRADOS:

D. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS

D. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA

En Madrid, a 22 de octubre de 2019.

HECHOS

PRIMERO.- Por el procurador de los tribunales don Miguel Ángel del Álamo García, en nombre y representación de **DON [REDACTED]** natural de Argelia, se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta del recurso de alzada presentado contra la inscripción incluida en documento de fecha 1 de marzo de 2019 y en la renovación de 3 de septiembre de 2019, que acredita la condición del recurrente de solicitante de protección internacional (de la Jefatura Superior de Policía en Ceuta, actuando por delegación del Comisario General de Extranjería y Fronteras), que limita su validez a Ceuta, restringiendo su derecho a la libertad de circulación y de residencia al impedirle el traslado a territorio peninsular.

Asimismo, el recurrente ha solicitado como medida cautelar que se le autorice de forma expresa el traslado de Ceuta a territorio peninsular y se permita su residencia en dicho territorio durante la sustanciación del recurso, sin prestación de caución.

SEGUNDO.- Formada la correspondiente pieza separada, y dado traslado de las actuaciones a la Abogacía del Estado para que formular las alegaciones que estimara pertinentes, presentó escrito solicitando la denegación de la medida cautelar.



Es ponente de esta resolución el Ilmo. Magistrado Don José Arturo Fernández García

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Las medidas cautelares tratan de asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso, evitando la producción de un perjuicio de imposible o difícil reparación *-periculum in mora-* o, como expresa el artículo 129 LJCA, asegurar “la efectividad de la sentencia”. El objetivo es que la sentencia estimatoria que pudiera recaer pueda llevarse a la práctica de modo útil para que lo juzgado pueda ser ejecutado, garantizando así del principio de tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la CE (ATS de 14 de junio de 2012, Rec. 344/2012), y del cual forma parte integrante la llamada “tutela cautelar”. Se trata, en definitiva, de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso.

De acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en STS de 22 de julio de 2002 (Rec. Cas. 3507/1998), transcrita en el ATS de 16 de julio de 2004 (R.C.A. 46/2004) y reiterada en el de 18 de julio de 2006 (R.C.A. 18/2006), la razón de ser de la justicia cautelar en el proceso en general se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme pueda dar lugar a 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 señala el artículo 129 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 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.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en SSTC 22/84, 66/84, 238/92, 148/93, entre otras muchas) ha declarado que el principio de autotutela administrativa, que no es incompatible con el artículo 24.1 CE, engarza con el principio de eficacia previsto en el artículo 103.1 CE y se satisface facilitando que la ejecución se someta a la decisión de un Tribunal y éste resuelva sobre la suspensión. Sobre esta base, la STC 218/1994 dejó dicho 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 artículo 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 ser adoptada mediante la adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, según la justificación que se ofrezca en el momento de solicitarla, en relación con los distintos criterios que según la Ley Jurisdiccional han de contemplarse, y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional.

Así, en relación con los criterios a considerar a la hora de resolver sobre la adopción o denegación de una medida cautelar, el ATS de 18 de julio de 2006, entre otros muchos, recuerda que han de ponderarse conjuntamente los siguientes:

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. 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 su adopción no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso.

c) El *periculum in mora*, 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.

d) La ponderación de los intereses concurrentes como criterio complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso. 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 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 de 3 de junio de 1997, entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*); un criterio que, no recogido expresamente en la Ley Jurisdiccional aunque sí en el artículo 728 LEC, permite realizar una valoración de los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar, con carácter provisional y en los casos delimitados por la jurisprudencia (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, 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), dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva



Por ello, la jurisprudencia contempla la adopción de las medidas cautelares bajo el régimen de la nueva Ley Jurisdiccional, no como una medida excepcional, sino como una verdadera facultad judicial y un instrumento de tutela judicial ordinaria, por influjo directo de las exigencias que derivan de la tutela judicial efectiva (en este sentido AATS de 14 de junio de 2012, Rec. 344/2012, de 5 de febrero de 2009, Rec. 35/2008, y de 27 de marzo de 2007, Rec. 148/2005).

En la línea y ampliando lo anteriormente señalado, indicar que el artículo 129 LJCA abandona el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, que caracterizaba la regulación anterior, instaurando un sistema de "**númerus apertus**", de medidas innominadas, entre las que se encuentran las de carácter positivo. Así, el precepto utiliza una formulación amplia, en cuya virtud los interesados pueden solicitar "cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia".

Los presupuestos legales para la adopción de una medida cautelar en el proceso contencioso-administrativo se establecen con carácter general para el supuesto de impugnación de actos administrativos o disposiciones generales en el artículo 130 LJCA, sin perjuicio de las especialidades propias del régimen de tutela cautelar relativo a la vía de hecho y a la inactividad administrativa, que contempla el artículo 136 LJCA.

El criterio general para la adopción de medidas cautelares que se recoge en el artículo 130 LJCA se concreta en la expresión "pérdida de la finalidad legítima del recurso". Dicho concepto jurídico indeterminado gira en torno al llamado "*periculum in mora*", que el legislador ha situado como criterio decisor de la adopción de medidas cautelares, al margen de la mayor o menor incidencia que se quiera atribuir al principio "*fumus boni iuris*", y del relevante papel que ocupa la ponderación de intereses que preside todo el sistema.

La "pérdida de la finalidad legítima del recurso" puede identificarse en presencia de alguna de las siguientes circunstancias: a) la irreparabilidad o difícil reparación del daño o perjuicio que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera ocasionar, y b) la generación de una situación jurídica irreversible o de costosa o difícil reversibilidad que prive de efectividad a la sentencia favorable a la pretensión ejercitada.

Ahora bien, como contrapeso del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. De este modo, la ponderación de los intereses es el segundo de los presupuestos legales para la adopción de las medidas cautelares que debe concurrir junto con el *periculum in mora* para justificar la adopción de aquellas.

En definitiva, la Ley Jurisdiccional establece un requisito esencial para posibilitar la adopción de medidas cautelares, consistente en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder al recurso su finalidad legítima. De manera que sólo cumplido tal presupuesto podrá ser adoptada la medida cautelar, aunque podrá denegarse cuando, pese a ello, pudiera seguirse de su adopción una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, exigiendo del Juez o Tribunal una ponderación circunstanciada de los intereses en conflicto. Por tanto, en dicho juicio de ponderación de intereses se debe comparar la intensidad del interés público que representa la ejecución del acto y la entidad de los perjuicios susceptibles de ser provocados por tal ejecución, concediéndose mayor



relevancia en dicha valoración comparativa al interés general o de tercero afectado por la eficacia del acto impugnado.

Además se produce una interrelación entre el *periculum in mora* y la ponderación de intereses que condiciona el juicio cautelar, pues, tal y como afirma la jurisprudencia, cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; mientras que, por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto(en este sentido SSTS de 5 de julio de 2012, Rec. 2704/2011 y 4873/2010, de 29 de noviembre de 2012, Rec. 5487/2011, y de 26 de septiembre de 2011, Rec. 6198/2010, y ATS de 8 de mayo de 2012, Rec. 313/2012).

Por último, junto al *periculum in mora*, tradicional elemento definidor de la decisión cautelar, se ha abierto camino en los últimos tiempos, doctrinal y jurisprudencialmente, como criterio para la adopción de medidas cautelares, el “*fumus boni iuris*”, que se incorpora al proceso contencioso-administrativo de la mano de la jurisprudencia y procedente del Derecho comunitario.

Constituye un criterio de contornos aún no plenamente definidos y de aplicación ciertamente residual y muy limitada, que junto con aquel otro ha justificado el otorgamiento de la tutela cautelar en ocasiones.

La aplicación de la doctrina del “*fumus boni iuris*” nos sitúa ante el juicio de probabilidad o de verosimilitud de la existencia del derecho, y se vincula a la existencia de una situación jurídica necesitada de protección durante la tramitación del proceso y hasta que se dicte sentencia definitiva en el mismo, ante el previsible perjuicio que sufriría por la duración del proceso.

Sin embargo, tras el entusiasmo con que se acogió en un principio, actualmente la jurisprudencia advierte de los riesgos de su uso y demanda su prudente aplicación, recomendando su empleo para fundamentar la suspensión de ejecutividad o vigencia de actos o disposiciones, con carácter general, solo en determinados supuestos. Concretamente en los casos de nulidad de pleno derecho del acto o disposición recurridos, siempre y cuando la nulidad sea manifiesta, precisando que esta circunstancia concurre en los actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada previamente nula, cuando existe una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, y ante la existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz.

Tan prudente aplicación pretende conjurar el riesgo de prejuzgar la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulnere 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 -lo que conlleva que la decisión del Tribunal sobre las cuestiones suscitadas por las partes en el proceso principal se produzca tras su sustanciación bajo tales principios, en relación con los hechos en que se funda cada pretensión-, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito o decidir el fondo del asunto, sino solo para salvaguardar la finalidad legítima del recurso (en este sentido SSTS de 29 de noviembre de 2012, Rec. 5487/2011, y de 5 de julio de 2012, Rec. 2704/2011 y 4873/2010)



Tal y como señala la STC 148/1993 "el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal", pues al resolver sobre una medida cautelar se carece aún de los elementos precisos para efectuar un enjuiciamiento definitivo.

Finalmente señalar que la carga de acreditar que la ejecución del acto recurrido o la vigencia de la disposición impugnada, sobre los que recae la solicitud de medida cautelar, podría frustrar la finalidad legítima del recurso, recae sobre el solicitante y favorecido por la misma. Es decir, el interesado en obtener la medida cautelar tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurrirían en el caso para acordarla, sin que sea suficiente una mera invocación genérica o una mera alegación, sin prueba alguna (en este sentido SSTS de 29 de noviembre de 2012, Rec. 5487/2011, y de 5 de julio de 2012, Rec. 2704/2011 y 4873/2010).

No obstante, la concurrencia de los requisitos para la adopción de la medida cautelar no requiere una prueba plena, sino que bastará con una razonabilidad de su producción o concurrencia. Es decir, será suficiente con una prueba por indicios o incompleta acerca de la posibilidad de que las consecuencias dañosas alegadas se produzcan, así como de su naturaleza y alcance (en este sentido, además de las SSTS anteriormente citadas, los AATS de 5 de febrero de 2009, Rec. 35/2008, y de 27 de marzo de 2007, Rec. 148/2005).

SEGUNDO.- El acto administrativo respecto al que se solicita la presente medida cautelar es la desestimación presunta del recurso de alzada presentado contra la inscripción incluida en el documento facilitado que acredita la condición del recurrente como solicitante de protección internacional, limitando su validez a Ceuta y restringiendo, por ello, su derecho a la libertad de circulación y de residencia al impedirle el traslado a territorio peninsular.

La parte demandante que insta la medida cautelar señala esencialmente que el recurrente formalizó solicitud de protección internacional en Ceuta con fecha 29 de enero de 2019, siendo admitida a trámite, por lo que el 1 de marzo de 2019 y en la renovación de 3 de septiembre de 2019 la Jefatura Superior de Policía de Ceuta, por delegación del Comisario General del Extranjería y Fronteras, le hizo entrega de la correspondiente documentación que acredita su condición de solicitante de protección internacional, en la que se insertó una inscripción que reza "válido sólo en Ceuta".

Alega dicha parte la apariencia de buen derecho en su favor, dado que tal inscripción causa una indebida limitación al derecho del interesado a circular libremente por el territorio nacional y a elegir su residencia. Asimismo, esa restricción produce un daño irreparable al mismo. Finalmente invoca sentencias de esta Sección e indica que la adopción de la medida cautelar no lesiona intereses generales ni de tercero, y no se le debería exigir caución.

Frente a estos argumentos, la Abogacía del Estado opone esencialmente la improcedencia de medidas cautelares frente a actos negativos por constituir una estimación anticipada de la pretensión del actor y que no se acredita la concurrencia de los requisitos necesarios para la adopción de la medida cautelar solicitada.



TERCERO.- En un supuesto análogo al presente se ha pronunciado esta Sección en el auto de 19 de junio de 2018 (Procedimiento ordinario 197/2018), reproducido en otro dictado el 27 de junio de 2018 (Procedimiento Ordinario 276/2018) en asunto similar, en el sentido siguiente:

“CUARTO.- (...)

Con tal base, solicita se le reconozca la posibilidad de trasladarse desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular y ello sin perjuicio del resultado final del expediente de solicitud de protección internacional. La negación, pues, al actor de la posibilidad de trasladar su domicilio desde una parte a otra del territorio nacional podría afectar al derecho que, aunque de modo transitorio y no definitivo, aparea la admisión a trámite de la solicitud formulada; una afectación que, al concernir a su situación personal por la limitación de un derecho, podría dar lugar a la producción de perjuicios difícilmente reversibles en el caso de dictarse eventualmente una sentencia estimatoria en los autos de los que dimana esta pieza de medidas cautelares.

Procede, pues, considerar concurrente el requisito del periculum in mora sobre el que se construye esencialmente el actual sistema de medidas cautelares que contempla la Ley Jurisdiccional de 1998.

Junto a lo anterior, la necesidad de conjurar la posible pérdida de la finalidad legítima del recurso con la medida cautelar que se ha solicitado por el demandante queda, si cabe, más reforzada contemplando la concurrencia, también, del complementario fumus boni iuris o apariencia de buen derecho.

En relación con el mencionado requisito, será útil recordar lo que el Tribunal Supremo razonaba ya respecto al mismo, entre otras muchas, en Sentencia de 6 de julio de 2009 (Rec. Cas. 658/2008):

“Es cierto que, como hemos declarado en repetidas ocasiones -sentencias de esta Sala de 14 de abril de 2003 (RC 5020/1999) y 17 de marzo de 2008 (RC 1021/2006), donde se citan otras anteriores de 27 de julio de 1996, 26 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 y 22 de febrero de 2003-, 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), si bien resulta aplicable en aquellos supuestos en que se solicita la nulidad del acto administrativo



dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente. En la misma línea se expresa la sentencia de 18 de mayo de 2004 (RC 5793/2001), donde, citando resoluciones anteriores de la propia Sala (autos de 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y sentencia de 14 de enero de 1997, entre otros), se pone de manifiesto que la jurisprudencia hace una aplicación matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, que se utiliza sólo en determinados supuestos, citándose específicamente los casos en que concurra una nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, se trate de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, exista una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, o un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz; y, por el contrario, la doctrina de la apariencia de buen derecho no debe servir de fundamento para la adopción de la medida cautelar en los casos en que se predique la nulidad del acto impugnado en virtud de causas que han de ser objeto de valoración y decisión por primera vez, pues con ello 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.

En el mismo sentido, señalaba ya la STS 7 de abril de 2004 (Rec. Cas. 1678/2002) que "... la finalidad legítima del recurso, cuya protección constituye, ciertamente, el presupuesto para la adopción de medidas cautelares, no es sólo, en un caso como el de autos, que al final del proceso, incluida su fase de ejecución, se restablezca la legalidad urbanística, sino, más bien, que ésta no sea groseramente menoscabada durante la pendencia de aquél. En este sentido, no debe descartarse que la interpretación del concepto jurídico indeterminado "finalidad legítima del recurso" conduzca a incluir en él, no sólo la preservación del efecto útil de la sentencia futura, sino, también, la de evitar que quien aparentemente está revestido de toda razón tenga que esperar a la decisión final del proceso para "disfrutar" de la posición o situación jurídica que, con fuerte presunción, parece corresponderle. A favor de esta ampliación de aquel concepto juegan numerosas razones: desde la idea de que la institución cautelar opera en otras ramas de nuestro ordenamiento jurídico (así, por ejemplo, en sede del juicio ejecutivo) para tutelar provisionalmente situaciones dotadas de una fuerte presunción de certeza; hasta algunas decisiones de la jurisprudencia comunitaria en las que, en presencia de una "fuerte presunción" o "manifiesta fundamentación" de ilegalidad de la actividad frente a la que se solicita la medida cautelar, se concede ésta analizando sólo el aspecto del "fumus boni iuris", sin entrar en el examen de la existencia o no de un perjuicio grave e irreparable; pasando, en fin, por principios tales como el de la proscripción del abuso del derecho o el de que el tener que recurrir al proceso para obtener



reconocimiento de los derechos no debe perjudicar a quien tiene razón. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva parece demandar, también, que el "perjuicio" inherente al tiempo necesario para finalizar el proceso no recaiga en quien, con fuerte apariencia, tiene toda la razón.

Es por ello, en tercer término, que no cabe interpretar el nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares surgido en la Ley 29/1998 como de proscripción, radical, absoluta, del criterio de la apariencia de buen derecho. Este criterio del "fumus boni iuris", aun siendo enormemente controvertido, no parece que pueda ser totalmente desatendido al decidir sobre la adopción de medidas cautelares. Bien para evitar que a través de demandas de todo punto infundadas se perturbe el interés público o los derechos de terceros; bien, como hemos dicho antes, para evitar que la necesidad de acudir al proceso corra en perjuicio de quien aparentemente tiene toda la razón; bien, en fin, para decantarse por la decisión en los casos extremos en que tanto la no adopción como la adopción de la cautela pueda determinar una situación gravemente perjudicial o irreversible".

En este caso, la aplicación del repetido criterio se presenta como necesaria teniendo en cuenta que esta misma Sala y Sección, en numerosas Sentencias [entre las más recientes, pueden citarse las de 28 de mayo de 2015 (Rec. 1089/2014), 10 de junio de 2015 (Rec. 1091/2014), 29 de septiembre de 2017 (Rec. 1470/2016), 8 de noviembre de 2017 (40/2017), 11 de diciembre de 2017 (Rec. 918/2017), 18 de diciembre de 2017 (Rec. 1457/2017) y 26 de enero de 2018 (Rec. 41/2017)] ha estimado recursos contencioso-administrativos contra idénticas resoluciones que aquéllas a las que viene referida la presente solicitud de tutela cautelar, habiendo acogido en las citadas Sentencias pretensiones basadas en argumentos sustancialmente idénticos a los esgrimidos por el recurrente en apoyo de la pretensión que ahora se resuelve, configurándose así por esta Sala un criterio reiterado y uniforme que a la misma Administración ahora demandada le es de sobra conocido.

Con aplicación, pues, del requisito de la apariencia de buen derecho en el sentido al que se ha hecho referencia, debe acogerse entonces la primera de las pretensiones ejercitadas en la solicitud de tutela cautelar suspendiendo la ejecutividad de las resoluciones recurridas, en la medida en que las mismas impiden al recurrente su desde la Ciudad Autónoma de Melilla al territorio peninsular, en la ciudad de Almería. Y todo ello apoyado, además de en lo ya expuesto, en lo razonado y resuelto por el Tribunal Supremo en un asunto en el que con idéntica aplicación del requisito del fumus boni iuris que ahora hacemos, dejó dicho lo siguiente [STS de 12 de febrero de 2018 (Rec. Cas. 103/2017)]:



“Efectivamente, en el ámbito del sistema cautelar se ha producido la aportación jurisprudencial -doctrina de la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris)- a la que se refiere la recurrente y que, pese a sus modulaciones, permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.

(...) la citada 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 o ante 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)...”.

Como se indicó en el auto de 27 de junio de 2018, se ha de añadir que ante otro supuesto de hecho análogo al que ahora se trata, aunque resolviendo el fondo de la cuestión litigiosa, y referido también al acceso desde Ceuta a la península por extranjeros que han obtenido la admisión de solicitudes de asilo o protección internacional, se indicaba en la sentencia de esta Sección de 26 de enero de 2018 (P.O. 41/2017):

“TERCERO.- A los hechos expuestos les resultan de aplicación la doctrina contenida en la sentencia citada, donde decíamos lo siguiente:

“QUINTO.- Una vez delimitado con precisión el objeto del presente recurso estamos en condiciones de afirmar que no es la primera vez que esta Sala ha examinado y resuelto pretensiones idénticas a la que aquí se sustancia. En Sentencias de 11 de mayo de 2015 (Rec. 1088/2014), 28 de mayo de 2015 (Rec. 1089/2014) y 10 de junio de 2015 (Rec. 1091/2014) ya se examinaron las mismas cuestiones aquí debatidas y el resultado, como se comprueba, fue el de la estimación de los respectivos recursos. Una decisión que, examinado detenidamente lo actuado en vía administrativa y en estos autos, también se pronunciará, según pasamos a razonar.

El artículo 25 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social, dispone en su artículo 25. 3, referido a los requisitos para la entrada en territorio nacional, que lo dispuesto en sus dos primeros apartados no será de aplicación a los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España, cuya concesión se regirá por lo dispuesto en la normativa específica.



El artículo 4 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, define el derecho a la protección subsidiaria como el "dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10 de esta Ley y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren, acogerse a la protección del país de que se trate, siempre que no concurra alguno de los supuestos mencionados en los artículos 11 y 12 de esta Ley".

Los artículos 17, 18 y 19 de la repetida Ley 12/2009 regulan el procedimiento de solicitud de asilo en los siguientes términos:

Artículo 17. Presentación de la solicitud.

1. El procedimiento se inicia con la presentación de la solicitud, que deberá efectuarse mediante comparecencia personal de los interesados que soliciten protección en los lugares que reglamentariamente se establezcan, o en caso de imposibilidad física o legal, mediante persona que lo represente. En este último caso, el solicitante deberá ratificar la petición una vez desaparezca el impedimento.

2. La comparecencia deberá realizarse sin demora y en todo caso en el plazo máximo de un mes desde la entrada en el territorio español o, en todo caso, desde que se produzcan los acontecimientos que justifiquen el temor fundado de persecución o daños graves. A estos efectos, la entrada ilegal en territorio español no podrá ser sancionada cuando haya sido realizada por persona que reúna los requisitos para ser beneficiaria de la protección internacional prevista en esta Ley.

3. En el momento de efectuar la solicitud, la persona extranjera será informada, en una lengua que pueda comprender, acerca de:

- a) el procedimiento que debe seguirse;*
- b) sus derechos y obligaciones durante la tramitación, en especial en materia de plazos y medios de que dispone para cumplir éstas;*
- c) la posibilidad de contactar con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y con las Organizaciones no Gubernamentales legalmente reconocidas entre cuyos objetivos figure el asesoramiento y ayuda a las personas necesitadas de protección internacional;*
- d) las posibles consecuencias del incumplimiento de sus obligaciones o de su falta de colaboración con las autoridades; y*



e) los derechos y prestaciones sociales a los que tiene acceso en su condición de solicitante de protección internacional.

4. La solicitud se formalizará mediante entrevista personal que se realizará siempre individualmente. De forma excepcional, podrá requerirse la presencia de otros miembros de la familia de los solicitantes, si ello se considerase imprescindible para la adecuada formalización de la solicitud.

5. La Administración adoptará las medidas necesarias para que, cuando sea preciso, en la entrevista se preste un tratamiento diferenciado por razón del sexo de la persona solicitante o demás circunstancias previstas en el artículo 46 de esta Ley. De este trámite se dejará debida constancia en el expediente administrativo.

6. Las personas encargadas de efectuar la entrevista informarán a los solicitantes sobre cómo efectuar la solicitud, y les ayudarán a cumplimentarla, facilitándoles la información básica en relación con aquélla. Asimismo, colaborarán con los interesados para establecer los hechos relevantes de su solicitud.

7. Cuando razones de seguridad lo aconsejen, se podrá registrar a la persona solicitante y sus pertenencias, siempre y cuando se garantice el pleno respeto a su dignidad e integridad.

8. En los términos que se establezcan reglamentariamente, se planteará la posibilidad de una nueva audiencia personal sobre su solicitud de asilo. La ponderación sobre la necesidad o no de efectuar nuevas entrevistas será motivada”.

Artículo 18. Derechos y obligaciones de los solicitantes.

“1. El solicitante de asilo, presentada la solicitud, tiene en los términos recogidos en la presente Ley, en los artículos 16, 17, 19, 33 y 34, los siguientes derechos:

- a) a ser documentado como solicitante de protección internacional;
- b) a asistencia jurídica gratuita e intérprete;
- c) a que se comunique su solicitud al ACNUR;
- d) a la suspensión de cualquier proceso de devolución, expulsión o extradición que pudiera afectar al solicitante;
- e) a conocer el contenido del expediente en cualquier momento;
- f) a la atención sanitaria en las condiciones expuestas;
- g) a recibir prestaciones sociales específicas en los términos que se recogen en esta Ley.

2. Serán obligaciones de los solicitantes de protección internacional las siguientes:



a) cooperar con las autoridades españolas en el procedimiento para la concesión de protección internacional;

b) presentar, lo antes posible, todos aquellos elementos que, junto a su propia declaración, contribuyan a fundamentar su solicitud. Entre otros, podrán presentar la documentación de que dispongan sobre su edad, pasado -incluido el de parientes relacionados-, identidad, nacionalidad o nacionalidades, lugares de anterior residencia, solicitudes de protección internacional previas, itinerarios de viaje, documentos de viaje y motivos por los que solicita la protección;

c) proporcionar sus impresiones dactilares, permitir ser fotografiados y, en su caso, consentir que sean grabadas sus declaraciones, siempre que hayan sido previamente informados sobre este último extremo;

d) informar sobre su domicilio en España y cualquier cambio que se produzca en él;

e) informar, asimismo, a la autoridad competente o comparecer ante ella, cuando así se les requiera con relación a cualquier circunstancia de su solicitud”.

Artículo 19. Efectos de la presentación de la solicitud.

“1. Solicitada la protección, la persona extranjera no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud o ésta no sea admitida. No obstante, por motivos de salud o seguridad públicas, la autoridad competente podrá adoptar medidas cautelares en aplicación de la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración.

2. Asimismo, la solicitud de protección suspenderá, hasta la decisión definitiva, la ejecución del fallo de cualquier proceso de extradición de la persona interesada que se halle pendiente. A tal fin, la solicitud será comunicada inmediatamente al órgano judicial o al órgano gubernativo ante el que en ese momento tuviera lugar el correspondiente proceso.

3. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, podrá entregarse o extraditarse a una persona solicitante, según proceda, a otro Estado miembro de la Unión Europea en virtud de las obligaciones dimanantes de una orden europea de detención y entrega, o a un país tercero ante órganos judiciales penales internacionales.

4. Las personas solicitantes de asilo tienen derecho a entrevistarse con un abogado en las dependencias de los puestos fronterizos y centros de internamiento de extranjeros. Reglamentariamente, y sin perjuicio de las normas de funcionamiento establecidas para las citadas dependencias y centros, podrán establecerse condiciones para el ejercicio de este derecho derivadas de razones de seguridad, orden público o de su gestión administrativa.

5. La solicitud de protección dará lugar al inicio del cómputo de los plazos previstos para su tramitación.



6. La resolución que admita a trámite una solicitud de asilo determinará el procedimiento correspondiente.

7. En caso de que la tramitación de una solicitud pudiese exceder de seis meses, ampliables de acuerdo con lo previsto en el artículo 49 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para su resolución y notificación, se informará a la persona interesada del motivo de la demora".

El artículo 36.1,h) de la Ley 12/2009, dispone que

"La concesión del derecho de asilo o de la protección subsidiaria implicará el reconocimiento de los derechos establecidos en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración, así como en la normativa de la Unión Europea, y, en todo caso: h) la libertad de circulación".

El artículo 5 de la Ley Orgánica 4/2000, reconoce al extranjero que esté en situación regular en España su derecho a circular libremente por el territorio español.

El Acta final, apartado III de la Adhesión de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (BOE núm. 81, de 5 de abril de 1994) recoge textualmente lo siguiente en relación con la cuestión que aquí nos ocupa:

"e) En aplicación de su legislación nacional y con el fin de verificar si los pasajeros siguen cumpliendo las condiciones enumeradas en el artículo 5 del Convenio de 1990, en virtud de los cuales fueron autorizados a entrar en territorio nacional en el momento del control de pasaportes en la frontera exterior, España mantendrá controles (controles de identidad y de documentos) en las conexiones marítimas y aéreas provenientes de Ceuta y Melilla que tengan como único destino otro punto del territorio español. A este mismo fin, España mantendrá controles sobre los vuelos interiores y sobre las conexiones regulares por transbordador que salgan de las ciudades de Ceuta y Melilla con destino a otro Estado parte del Convenio".

El artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) dispone, sobre las Condiciones de entrada de los nacionales de terceros países, que

"1. Para estancias previstas en el territorio de los Estados miembros de una duración que no exceda de 90 días dentro de cualquier período de 180 días, lo que implica tener en cuenta el período de 180 días que precede a cada día de estancia, las condiciones de entrada para los nacionales de terceros países serán las siguientes:

a) Estar en posesión de un documento de viaje válido que otorgue a su titular el derecho a cruzar la frontera y que cumpla los siguientes criterios:



i) Seguirá siendo válido como mínimo tres meses después de la fecha prevista de partida del territorio de los Estados miembros. En casos de emergencia justificados, esta obligación podrá suprimirse,

ii) deberá haberse expedido dentro de los diez años anteriores;

b) Estar en posesión de un visado válido, cuando así lo exija el Reglamento (CE) n.º 539/2001 del Consejo (25), salvo que sean titulares de un permiso de residencia válido o de un visado de larga duración válido;

c) Estar en posesión de documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista y disponer de medios de subsistencia suficientes, tanto para el período de estancia previsto como para el regreso al país de origen o el tránsito hacia un tercer país en el que su admisión esté garantizada, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios;

d) No estar inscrito como no admisible en el SIS;

e) No suponer una amenaza para el orden público, la seguridad interior, la salud pública o las relaciones internacionales de ninguno de los Estados miembros ni, en particular, estar inscrito como no admisible en las bases de datos nacionales de ningún Estado miembro por iguales motivos.

2. A efectos de la aplicación del apartado 1, la fecha de entrada se considerará como primer día de estancia en el territorio de los Estados miembros, y la fecha de salida como último día de estancia en el territorio de los Estados miembros. No se tendrán en cuenta para el cálculo de la duración de la estancia en el territorio de los Estados miembros los períodos de estancia autorizados por medio de un visado nacional de larga duración o de un permiso de residencia.

3. En el anexo I figura una lista no exhaustiva de documentos justificativos que la guardia de fronteras podrá pedir a los nacionales de terceros países para comprobar el cumplimiento de las condiciones contempladas en el apartado 1, letra c).

4. El criterio para calcular los medios de subsistencia estará en función de la duración y del motivo de la estancia y se usarán como referencia los precios medios en el Estado o Estados miembros de que se trate del alojamiento y de la alimentación, en hospedaje económico multiplicado por el número de días de estancia.

Los importes de referencia fijados por los Estados miembros se notificarán a la Comisión de conformidad con el artículo 39.

La comprobación de los medios de subsistencia suficientes podrá basarse en el dinero efectivo, los cheques de viaje y las tarjetas de crédito que obren en poder del nacional de un tercer país. Las declaraciones de invitación, cuando las prevea el Derecho interno, y las declaraciones de toma a cargo definidas por el Derecho interno, en caso de que el nacional de un tercer país se aloje en el



domicilio de una persona de acogida, también podrán constituir prueba de medios adecuados de subsistencia.

5. No obstante lo dispuesto en el apartado 1:

a) Podrá autorizarse la entrada al territorio de los demás Estados miembros a aquellos nacionales de terceros países que no cumplan las condiciones establecidas en el apartado 1, pero que sean titulares de un permiso de residencia o de un visado de larga duración, al objeto de que puedan llegar al territorio del Estado miembro que haya expedido el permiso de residencia o el visado de larga duración, a no ser que figuren en la lista nacional de personas no admisibles del Estado miembro en cuyas fronteras exteriores se presenten y que la descripción que les afecte esté acompañada de medidas que se opongan a la entrada o al tránsito;

b) Podrá autorizarse la entrada al territorio de los Estados miembros a aquellos nacionales de terceros países que se presenten en la frontera y cumplan las condiciones establecidas en el apartado 1, excepto la de la letra b), si se les puede expedir un visado en la frontera en virtud de los artículos 35 y 36 del Reglamento (CE) n.º 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo (26).

Los Estados miembros elaborarán estadísticas sobre los visados expedidos en la frontera con arreglo al artículo 46 del Reglamento (CE) n.º 810/2009 y a su anexo XII.

En caso de que no fuera posible colocar el visado en el documento, se adherirá la etiqueta, con carácter excepcional, en una hoja suelta que se incorporará al documento. En tal caso, se utilizará obligatoriamente el modelo uniforme de impreso para la colocación del visado establecido por el Reglamento (CE) n.º 333/2002 del Consejo (27);

c) Por motivos humanitarios, de interés nacional o por obligaciones internacionales, todo Estado miembro podrá autorizar la entrada en su territorio a nacionales de terceros países que no cumplan alguna de las condiciones establecidas en el apartado 1. En tales casos, cuando un nacional de un tercer país esté inscrito como no admisible con arreglo al apartado 1, letra d), el Estado miembro que le autorice la entrada en su territorio informará de ello a los demás Estados miembros”.

Asimismo, sobre la base de que cuando el demandante solicitó poder trasladarse al territorio peninsular ya había instado la protección internacional y su solicitud se había admitido a trámite, habiendo sido, por ello, documentado con el de solicitante de protección internacional en trámite, añadíamos lo siguiente:

“Dado que el primer derecho de aquél a quien se le admite tal solicitud es que se le documente como solicitante de protección internacional [artículo 18.1.a)], el efecto directo de esa admisión a trámite es que dicha persona no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva su solicitud (art.19.1), quedando el interesado obligado a comunicar su cambio de domicilio



[18.2.d)], lo que implica que está facultado para realizar dicho cambio. De igual modo, la admisión a trámite lleva consigo la apertura del procedimiento correspondiente, según se deriva del artículo 19.6, siempre de la Ley 12/2009.

En este caso, a tenor de los citados preceptos legales, el recurrente, en cuanto que se encuentra en la Ciudad Autónoma de Ceuta -territorio español, por tanto- y documentado como solicitante de asilo en tramitación, se encontraba, en la fecha a la que se contraen estos autos, una situación regular en España, aunque, cierto es también, transitoriamente como así lo demuestra el hecho de que el documento que le acredita como solicitante de asilo tenga un plazo de caducidad. No obstante, tal situación de regularidad en territorio español permitía su traslado dentro del mismo (y, por tanto, desde Ceuta a la Península) si bien sometido a la obligación de comunicar el cambio de domicilio que pretenda, lo que, sin embargo, no es exigible a quien ya ostenta la condición de titular del derecho de asilo instado.

El acto denegatorio y el que lo confirma en alzada, impugnados en este proceso, mantienen que, de acuerdo con los términos arriba expuestos de la Adhesión de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, el órgano competente, en este caso la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, (Orden INT/28/2013, de 18 de enero y artículo 4.2 del Real Decreto 557/2011) está normativamente habilitado para impedir que el recurrente, cuya solicitud de asilo ha sido admitida en la ciudad de Ceuta, pueda desplazarse a la Península, pues no cumpliría, se dice, para dicho cruce ninguno de los requisitos, tanto de índole documental como material, exigidos por el citado artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016.

Sin embargo, el control que pueden y deben realizar las autoridades competentes en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, conforme a lo dispuesto en el Acta Final del repetido Acuerdo de Adhesión de España al Convenio de Schengen, a fin de comprobar el cumplimiento de las condiciones previstas en el repetido artículo 6 del Reglamento Comunitario, se refiere a controles de identidad y documentos en las conexiones marítimas y aéreas que tengan como único destino otro punto del territorio español; lo que implica que no exista impedimento alguno para el ahora recurrente dado que, cuando puso de manifiesto su intención de cambiar de domicilio, trasladándose a la Península, estaba debidamente documentado.

Por otra parte, aunque con igual relevancia que lo anterior, entiende la Sala que no resulta aplicable en este caso lo dispuesto en el artículo 4.2 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, invocado en la Resolución denegatoria confirmada luego en alzada. Y no lo es porque, repasando su tenor literal (“La Comisaría General de Extranjería y Fronteras podrá autorizar la entrada en España de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en el apartado anterior cuando existan razones excepcionales...”), es claro que el supuesto de hecho exigible para su aplicación no se da en este caso ya que, aun de modo transitorio hasta la decisión sobre su solicitud de asilo, el recurrente estaba ya



en territorio español (Ceuta indiscutiblemente lo es). Difícilmente puede, pues, aceptarse que tuviera en este caso la Comisaría General citada facultades para autorizar, o denegar, la entrada del actor en España por los motivos expuestos en el repetido artículo reglamentario, si no es a través de un inasumible argumento en el que el término “España” -contenido en el precepto normativo en cuestión- se identifique con el de “territorio peninsular”; restricción que la Sala rechaza de plano, por lo expuesto.

En consecuencia, vistas las pretensiones ejercitadas en la demanda, el presente recurso habrá de ser íntegramente estimado en los términos solicitados en el escrito rector, anulándose las resoluciones impugnadas por no existir impedimento alguno para que el actor, conforme a la situación que mantenía en la fecha en que formuló la solicitud, pudiera trasladarse al territorio español peninsular”.

Consecuentemente, aplicando la doctrina expuesta al caso que ahora nos ocupa, procede la estimación del presente recurso contencioso-administrativo”.

Este criterio se ha mantenido también en sentencias de 11 de mayo de 2015 (P.O. 1088/14), 28 de mayo de 2015 (P.O. 1089/14), 10 de junio de 2015 (P.O. 1091/14), 29 de septiembre de 2017 (P.O. 1470/16) y 26 de enero de 2018 (P.O. 41/17), entre otras.

A tenor de todo lo expuesto en la misma línea del auto de 31 de julio de 2018 (PMC 412/2018), se considera que en este caso concurren los requisitos necesarios para el otorgamiento de la medida cautelar solicitada, concretamente *periculum in mora*, sin que se aprecie una grave perturbación para los intereses generales o de tercero por su adopción, existiendo, además, a favor de la pretensión de la parte demandante apariencia de buen derecho.

CUARTO.- Por último, como ya se dijo en el referido auto de 27 de junio de 2018, que si bien es cierto que nuestra jurisprudencia se ha pronunciado en ocasiones en contra de acceder a la suspensión de actos negativos, tales como denegaciones del reconocimiento de derechos, por suponer la satisfacción de la pretensión principal, sin embargo en el concreto caso que se está resolviendo no se trata propiamente un acto administrativo negativo, sino una actuación que incorpora una inscripción en la documentación suministrada al recurrente, mediante la cual se le impide el acceso a la península, limitándose su derecho a la libre circulación y residencia en el territorio español. Por lo tanto, tal doctrina no resulta aplicable al presente caso.

Por todo lo razonado, procede la concesión de la medida cautelar solicitada, autorizándose el traslado del recurrente al territorio peninsular y su residencia en el mismo durante la sustanciación de este recurso.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, procede imponer las costas causadas en este incidente a la Administración demandada.



No obstante, a tenor del apartado tercero de dicho artículo 139 la imposición de las costas podrá ser *"a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima"* y la Sala considera procedente, atendida la índole del litigio y la concreta actividad desplegada por las partes, limitar la cantidad que, por los conceptos de honorarios de Abogado y derechos de Procurador, ha de satisfacer a la parte contraria la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima total de cien euros (100 €), más la cantidad que en concepto de IVA corresponda a la cuantía reclamada.

En atención a lo expuesto

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Conceder la medida cautelar solicitada por el procurador don Miguel Ángel del Álamo, en nombre y representación de **DON** [REDACTED] autorizándose el traslado del recurrente al territorio peninsular y su residencia en el mismo durante la sustanciación de este recurso.

Se condena al pago de las costas causadas en el presente incidente a la Administración demandada con la limitación que respecto de su cuantía se ha realizado en el último razonamiento jurídico.

Notifíquese la presente resolución a las partes y remítase testimonio de la presente resolución a la Administración demandada, DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA, para que lleve a efecto lo acordado

Contra la presente resolución cabe **recurso de reposición** en el plazo de cinco días desde la notificación, **previa constitución del depósito** previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite dicho recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2414-0000-91-0802-19 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 20 Contencioso-Reposición/Súplica (25 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2414-0000-91-0802-19 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. anotados en el encabezamiento de la presente resolución. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Este documento es una copia auténtica del documento Auto acordando medida cautelar 1 firmado electrónicamente por JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA (PON), JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO (PSE), FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS, NAZARIO CRISTOBAL ZURDO

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Primera

C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

33016340

NIG: 28.079.00.3-2019/0014174

Pieza de Medidas Cautelares 722/2019 - 0001 (Procedimiento Ordinario)

De: D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. SILVIA MALAGON LOYO

Contra: DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

AUTO N°

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO

ILMOS. SRES.MAGISTRADOS:

D. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS

D.. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA

En Madrid, a 22 de octubre de 2019.

HECHOS

PRIMERO.- Por la procuradora de los tribunales doña Silvia Malagón Loyo, en nombre y representación de **DON [REDACTED]** natural de Marruecos, se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta del recurso de alzada presentado contra la inscripción incluida en documento de fecha 14 de enero de 2019 y en la renovación de 16 de julio de 2019, que acredita la condición del recurrente de solicitante de protección internacional (de la Jefatura Superior de Policía en Ceuta, actuando por delegación del Comisario General de Extranjería y Fronteras), que limita su validez a Ceuta, restringiendo su derecho a la libertad de circulación y de residencia al impedirle el traslado a territorio peninsular.

Asimismo, el recurrente ha solicitado como medida cautelar que se le autorice de forma expresa el traslado de Ceuta a territorio peninsular y se permita su residencia en dicho territorio durante la sustanciación del recurso, sin prestación de caución.

SEGUNDO.- Formada la correspondiente pieza separada, y dado traslado de las actuaciones a la Abogacía del Estado para que formular las alegaciones que estimara pertinentes, presentó escrito solicitando la denegación de la medida cautelar.



Es ponente de esta resolución el Ilmo. Magistrado Don José Arturo Fernández García

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Las medidas cautelares tratan de asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso, evitando la producción de un perjuicio de imposible o difícil reparación *-periculum in mora-* o, como expresa el artículo 129 LJCA, asegurar “la efectividad de la sentencia”. El objetivo es que la sentencia estimatoria que pudiera recaer pueda llevarse a la práctica de modo útil para que lo juzgado pueda ser ejecutado, garantizando así del principio de tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la CE (ATS de 14 de junio de 2012, Rec. 344/2012), y del cual forma parte integrante la llamada “tutela cautelar”. Se trata, en definitiva, de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso.

De acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en STS de 22 de julio de 2002 (Rec. Cas. 3507/1998), transcrita en el ATS de 16 de julio de 2004 (R.C.A. 46/2004) y reiterada en el de 18 de julio de 2006 (R.C.A. 18/2006), la razón de ser de la justicia cautelar en el proceso en general se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme pueda dar lugar a 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 señala el artículo 129 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 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.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en SSTC 22/84, 66/84, 238/92, 148/93, entre otras muchas) ha declarado que el principio de autotutela administrativa, que no es incompatible con el artículo 24.1 CE, engarza con el principio de eficacia previsto en el artículo 103.1 CE y se satisface facilitando que la ejecución se someta a la decisión de un Tribunal y éste resuelva sobre la suspensión. Sobre esta base, la STC 218/1994 dejó dicho 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 artículo



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove
mediante el siguiente código seguro de verificación: 0890290223298030495273

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 ser adoptada mediante la adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, según la justificación que se ofrezca en el momento de solicitarla, en relación con los distintos criterios que según la Ley Jurisdiccional han de contemplarse, y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional.

Así, en relación con los criterios a considerar a la hora de resolver sobre la adopción o denegación de una medida cautelar, el ATS de 18 de julio de 2006, entre otros muchos, recuerda que han de ponderarse conjuntamente los siguientes:

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. 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 su adopción no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso.

c) El periculum in mora, 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.

d) La ponderación de los intereses concurrentes como criterio complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso. 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 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 de 3 de junio de 1997, entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*); un criterio que, no recogido expresamente en la Ley Jurisdiccional aunque sí en el artículo 728 LEC, permite realizar una valoración de los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar, con carácter provisional y en los casos delimitados por la jurisprudencia (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, 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), dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva

Por ello, la jurisprudencia contempla la adopción de las medidas cautelares bajo el régimen de la nueva Ley Jurisdiccional, no como una medida excepcional, sino como una verdadera facultad judicial y un instrumento de tutela judicial ordinaria, por influjo directo de las exigencias que derivan de la tutela judicial efectiva (en este sentido AATS de 14 de junio de 2012, Rec. 344/2012, de 5 de febrero de 2009, Rec. 35/2008, y de 27 de marzo de 2007, Rec. 148/2005).

En la línea y ampliando lo anteriormente señalado, indicar que el artículo 129 LJCA abandona el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, que caracterizaba la regulación anterior, instaurando un sistema de "**númerus apertus**", de medidas innominadas, entre las que se encuentran las de carácter positivo. Así, el precepto utiliza una formulación amplia, en cuya virtud los interesados pueden solicitar "cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia".

Los presupuestos legales para la adopción de una medida cautelar en el proceso contencioso-administrativo se establecen con carácter general para el supuesto de impugnación de actos administrativos o disposiciones generales en el artículo 130 LJCA, sin perjuicio de las especialidades propias del régimen de tutela cautelar relativo a la vía de hecho y a la inactividad administrativa, que contempla el artículo 136 LJCA.

El criterio general para la adopción de medidas cautelares que se recoge en el artículo 130 LJCA se concreta en la expresión "pérdida de la finalidad legítima del recurso". Dicho concepto jurídico indeterminado gira en torno al llamado "*periculum in mora*", que el legislador ha situado como criterio decisor de la adopción de medidas cautelares, al margen de la mayor o menor incidencia que se quiera atribuir al principio "*fumus boni iuris*", y del relevante papel que ocupa la ponderación de intereses que preside todo el sistema.

La "pérdida de la finalidad legítima del recurso" puede identificarse en presencia de alguna de las siguientes circunstancias: a) la irreparabilidad o difícil reparación del daño o perjuicio que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera ocasionar, y b) la generación de una situación jurídica irreversible o de costosa o difícil reversibilidad que prive de efectividad a la sentencia favorable a la pretensión ejercitada.

Ahora bien, como contrapeso del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. De este modo, la ponderación de los intereses es el segundo de los presupuestos legales para la adopción de las medidas cautelares que debe concurrir junto con el *periculum in mora* para justificar la adopción de aquellas.

En definitiva, la Ley Jurisdiccional establece un requisito esencial para posibilitar la adopción de medidas cautelares, consistente en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder al recurso su finalidad legítima. De manera que sólo cumplido tal presupuesto podrá ser adoptada la medida cautelar, aunque podrá denegarse



cuando, pese a ello, pudiera seguirse de su adopción una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, exigiendo del Juez o Tribunal una ponderación circunstanciada de los intereses en conflicto. Por tanto, en dicho juicio de ponderación de intereses se debe comparar la intensidad del interés público que representa la ejecución del acto y la entidad de los perjuicios susceptibles de ser provocados por tal ejecución, concediéndose mayor relevancia en dicha valoración comparativa al interés general o de tercero afectado por la eficacia del acto impugnado.

Además se produce una interrelación entre el *periculum in mora* y la ponderación de intereses que condiciona el juicio cautelar, pues, tal y como afirma la jurisprudencia, cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; mientras que, por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto(en este sentido SSTS de 5 de julio de 2012, Rec. 2704/2011 y 4873/2010, de 29 de noviembre de 2012, Rec. 5487/2011, y de 26 de septiembre de 2011, Rec. 6198/2010, y ATS de 8 de mayo de 2012, Rec. 313/2012).

Por último, junto al *periculum in mora*, tradicional elemento definidor de la decisión cautelar, se ha abierto camino en los últimos tiempos, doctrinal y jurisprudencialmente, como criterio para la adopción de medidas cautelares, el “*fumus boni iuris*”, que se incorpora al proceso contencioso-administrativo de la mano de la jurisprudencia y procedente del Derecho comunitario.

Constituye un criterio de contornos aún no plenamente definidos y de aplicación ciertamente residual y muy limitada, que junto con aquel otro ha justificado el otorgamiento de la tutela cautelar en ocasiones.

La aplicación de la doctrina del “*fumus boni iuris*” nos sitúa ante el juicio de probabilidad o de verosimilitud de la existencia del derecho, y se vincula a la existencia de una situación jurídica necesitada de protección durante la tramitación del proceso y hasta que se dicte sentencia definitiva en el mismo, ante el previsible perjuicio que sufriría por la duración del proceso.

Sin embargo, tras el entusiasmo con que se acogió en un principio, actualmente la jurisprudencia advierte de los riesgos de su uso y demanda su prudente aplicación, recomendando su empleo para fundamentar la suspensión de ejecutividad o vigencia de actos o disposiciones, con carácter general, solo en determinados supuestos. Concretamente en los casos de nulidad de pleno derecho del acto o disposición recurridos, siempre y cuando la nulidad sea manifiesta, precisando que esta circunstancia concurre en los actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada previamente nula, cuando existe una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, y ante la existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz.

Tan prudente aplicación pretende conjurar el riesgo de prejuzgar la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulnere 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 -lo que conlleva



que la decisión del Tribunal sobre las cuestiones suscitadas por las partes en el proceso principal se produzca tras su sustanciación bajo tales principios, en relación con los hechos en que se funda cada pretensión-, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito o decidir el fondo del asunto, sino solo para salvaguardar la finalidad legítima del recurso (en este sentido SSTS de 29 de noviembre de 2012, Rec. 5487/2011, y de 5 de julio de 2012, Rec. 2704/2011 y 4873/2010)

Tal y como señala la STC 148/1993 "el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal", pues al resolver sobre una medida cautelar se carece aún de los elementos precisos para efectuar un enjuiciamiento definitivo.

Finalmente señalar que la carga de acreditar que la ejecución del acto recurrido o la vigencia de la disposición impugnada, sobre los que recae la solicitud de medida cautelar, podría frustrar la finalidad legítima del recurso, recae sobre el solicitante y favorecido por la misma. Es decir, el interesado en obtener la medida cautelar tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurrirían en el caso para acordarla, sin que sea suficiente una mera invocación genérica o una mera alegación, sin prueba alguna (en este sentido SSTS de 29 de noviembre de 2012, Rec. 5487/2011, y de 5 de julio de 2012, Rec. 2704/2011 y 4873/2010).

No obstante, la concurrencia de los requisitos para la adopción de la medida cautelar no requiere una prueba plena, sino que bastará con una razonabilidad de su producción o concurrencia. Es decir, será suficiente con una prueba por indicios o incompleta acerca de la posibilidad de que las consecuencias dañosas alegadas se produzcan, así como de su naturaleza y alcance (en este sentido, además de las SSTS anteriormente citadas, los AATS de 5 de febrero de 2009, Rec. 35/2008, y de 27 de marzo de 2007, Rec. 148/2005).

SEGUNDO.- El acto administrativo respecto al que se solicita la presente medida cautelar es la desestimación presunta del recurso de alzada presentado contra la inscripción incluida en el documento facilitado que acredita la condición del recurrente como solicitante de protección internacional, limitando su validez a Ceuta y restringiendo, por ello, su derecho a la libertad de circulación y de residencia al impedirle el traslado a territorio peninsular.

La parte demandante que insta la medida cautelar señala esencialmente que el recurrente formalizó solicitud de protección internacional en Ceuta con fecha 21 de noviembre de 2018, siendo admitida a trámite, por lo que el 14 de enero de 2019 y en la renovación de 16 de julio de 2019 la Jefatura Superior de Policía de Ceuta, por delegación del Comisario General del Extranjería y Fronteras, le hizo entrega de la correspondiente documentación que acredita su condición de solicitante de protección internacional, en la que se insertó una inscripción que reza "válido sólo en Ceuta".

Alega dicha parte la apariencia de buen derecho en su favor, dado que tal inscripción causa una indebida limitación al derecho del interesado a circular libremente por el territorio nacional y a elegir su residencia. Asimismo, esa restricción produce un daño irreparable al



mismo. Finalmente invoca sentencias de esta Sección e indica que la adopción de la medida cautelar no lesiona intereses generales ni de tercero, y no se le debería exigir caución.

Frente a estos argumentos, la Abogacía del Estado opone esencialmente la improcedencia de medidas cautelares frente a actos negativos por constituir una estimación anticipada de la pretensión del actor y que no se acredita la concurrencia de los requisitos necesarios para la adopción de la medida cautelar solicitada.

TERCERO.- En un supuesto análogo al presente se ha pronunciado esta Sección en el auto de 19 de junio de 2018 (Procedimiento ordinario 197/2018), reproducido en otro dictado el 27 de junio de 2018 (Procedimiento Ordinario 276/2018) en asunto similar, en el sentido siguiente:

“CUARTO.- (...)

Con tal base, solicita se le reconozca la posibilidad de trasladarse desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular y ello sin perjuicio del resultado final del expediente de solicitud de protección internacional. La negación, pues, al actor de la posibilidad de trasladar su domicilio desde una parte a otra del territorio nacional podría afectar al derecho que, aunque de modo transitorio y no definitivo, apareja la admisión a trámite de la solicitud formulada; una afectación que, al concernir a su situación personal por la limitación de un derecho, podría dar lugar a la producción de perjuicios difícilmente reversibles en el caso de dictarse eventualmente una sentencia estimatoria en los autos de los que dimana esta pieza de medidas cautelares.

Procede, pues, considerar concurrente el requisito del periculum in mora sobre el que se construye esencialmente el actual sistema de medidas cautelares que contempla la Ley Jurisdiccional de 1998.

Junto a lo anterior, la necesidad de conjurar la posible pérdida de la finalidad legítima del recurso con la medida cautelar que se ha solicitado por el demandante queda, si cabe, más reforzada contemplando la concurrencia, también, del complementario fumus boni iuris o apariencia de buen derecho.

En relación con el mencionado requisito, será útil recordar lo que el Tribunal Supremo razonaba ya respecto al mismo, entre otras muchas, en Sentencia de 6 de julio de 2009 (Rec. Cas. 658/2008):

“Es cierto que, como hemos declarado en repetidas ocasiones -sentencias de esta Sala de 14 de abril de 2003 (RC 5020/1999) y 17 de marzo de 2008 (RC 1021/2006), donde se citan otras anteriores de 27 de julio de 1996, 26 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 y 22 de febrero de 2003-, 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), si bien resulta aplicable en aquellos supuestos en que se solicita la nulidad del acto administrativo dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente. En la misma línea se expresa la sentencia de 18 de mayo de 2004 (RC 5793/2001), donde, citando resoluciones anteriores de la propia Sala (autos de 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y sentencia de 14 de enero de 1997, entre otros), se pone de manifiesto que la jurisprudencia hace una aplicación matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, que se utiliza sólo en determinados supuestos, citándose específicamente los casos en que concurra una nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, se trate de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, exista una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, o un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz; y, por el contrario, la doctrina de la apariencia de buen derecho no debe servir de fundamento para la adopción de la medida cautelar en los casos en que se predique la nulidad del acto impugnado en virtud de causas que han de ser objeto de valoración y decisión por primera vez, pues con ello 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.

En el mismo sentido, señalaba ya la STS 7 de abril de 2004 (Rec. Cas. 1678/2002) que "... la finalidad legítima del recurso, cuya protección constituye, ciertamente, el presupuesto para la adopción de medidas cautelares, no es sólo, en un caso como el de autos, que al final del proceso, incluida su fase de ejecución, se restablezca la legalidad urbanística, sino, más bien, que ésta no sea groseramente menoscabada durante la pendencia de aquél. En este sentido, no debe descartarse que la interpretación del concepto jurídico indeterminado "finalidad legítima del recurso" conduzca a incluir en él, no sólo la preservación del efecto útil de la sentencia futura, sino, también, la de evitar que quien aparentemente está revestido de toda razón tenga que esperar a la decisión final del proceso para "disfrutar" de la posición o situación jurídica que, con fuerte presunción, parece corresponderle. A favor de esta ampliación de aquel concepto juegan numerosas razones: desde la idea de que la institución cautelar



opera en otras ramas de nuestro ordenamiento jurídico (así, por ejemplo, en sede del juicio ejecutivo) para tutelar provisionalmente situaciones dotadas de una fuerte presunción de certeza; hasta algunas decisiones de la jurisprudencia comunitaria en las que, en presencia de una "fuerte presunción" o "manifiesta fundamentación" de ilegalidad de la actividad frente a la que se solicita la medida cautelar, se concede ésta analizando sólo el aspecto del "fumus boni iuris", sin entrar en el examen de la existencia o no de un perjuicio grave e irreparable; pasando, en fin, por principios tales como el de la proscripción del abuso del derecho o el de que el tener que recurrir al proceso para obtener reconocimiento de los derechos no debe perjudicar a quien tiene razón. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva parece demandar, también, que el "perjuicio" inherente al tiempo necesario para finalizar el proceso no recaiga en quien, con fuerte apariencia, tiene toda la razón.

Es por ello, en tercer término, que no cabe interpretar el nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares surgido en la Ley 29/1998 como de proscripción, radical, absoluta, del criterio de la apariencia de buen derecho. Este criterio del "fumus boni iuris", aun siendo enormemente controvertido, no parece que pueda ser totalmente desatendido al decidir sobre la adopción de medidas cautelares. Bien para evitar que a través de demandas de todo punto infundadas se perturbe el interés público o los derechos de terceros; bien, como hemos dicho antes, para evitar que la necesidad de acudir al proceso corra en perjuicio de quien aparentemente tiene toda la razón; bien, en fin, para decantarse por la decisión en los casos extremos en que tanto la no adopción como la adopción de la cautela pueda determinar una situación gravemente perjudicial o irreversible".

En este caso, la aplicación del repetido criterio se presenta como necesaria teniendo en cuenta que esta misma Sala y Sección, en numerosas Sentencias [entre las más recientes, pueden citarse las de 28 de mayo de 2015 (Rec. 1089/2014), 10 de junio de 2015 (Rec. 1091/2014), 29 de septiembre de 2017 (Rec. 1470/2016), 8 de noviembre de 2017 (40/2017), 11 de diciembre de 2017 (Rec. 918/2017), 18 de diciembre de 2017 (Rec. 1457/2017) y 26 de enero de 2018 (Rec. 41/2017)] ha estimado recursos contencioso-administrativos contra idénticas resoluciones que aquéllas a las que viene referida la presente solicitud de tutela cautelar, habiendo acogido en las citadas Sentencias pretensiones basadas en argumentos sustancialmente idénticos a los esgrimidos por el recurrente en apoyo de la pretensión que ahora se resuelve, configurándose así por esta Sala un criterio reiterado y uniforme que a la misma Administración ahora demandada le es de sobra conocido.

Con aplicación, pues, del requisito de la apariencia de buen derecho en el sentido al que se ha hecho referencia, debe acogerse entonces la primera de las pretensiones ejercitadas en la solicitud de tutela cautelar suspendiendo la



ejecutividad de las resoluciones recurridas, en la medida en que las mismas impiden al recurrente su desde la Ciudad Autónoma de Melilla al territorio peninsular, en la ciudad de Almería. Y todo ello apoyado, además de en lo ya expuesto, en lo razonado y resuelto por el Tribunal Supremo en un asunto en el que con idéntica aplicación del requisito del fumus boni iuris que ahora hacemos, dejó dicho lo siguiente [STS de 12 de febrero de 2018 (Rec. Cas. 103/2017)]:

“Efectivamente, en el ámbito del sistema cautelar se ha producido la aportación jurisprudencial -doctrina de la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris)- a la que se refiere la recurrente y que, pese a sus modulaciones, permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.

(...) la citada 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 o ante 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)...”.

Como se indicó en el auto de 27 de junio de 2018, se ha de añadir que ante otro supuesto de hecho análogo al que ahora se trata, aunque resolviendo el fondo de la cuestión litigiosa, y referido también al acceso desde Ceuta a la península por extranjeros que han obtenido la admisión de solicitudes de asilo o protección internacional, se indicaba en la sentencia de esta Sección de 26 de enero de 2018 (P.O. 41/2017):

“TERCERO.- A los hechos expuestos les resultan de aplicación la doctrina contenida en la sentencia citada, donde decíamos lo siguiente:

“QUINTO.- Una vez delimitado con precisión el objeto del presente recurso estamos en condiciones de afirmar que no es la primera vez que esta Sala ha examinado y resuelto pretensiones idénticas a la que aquí se sustancia. En Sentencias de 11 de mayo de 2015 (Rec. 1088/2014), 28 de mayo de 2015 (Rec. 1089/2014) y 10 de junio de 2015 (Rec. 1091/2014) ya se examinaron las mismas cuestiones aquí debatidas y el resultado, como se comprueba, fue el de la estimación de los respectivos recursos. Una decisión que, examinado



detenidamente lo actuado en vía administrativa y en estos autos, también se pronunciará, según pasamos a razonar.

El artículo 25 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social, dispone en su artículo 25. 3, referido a los requisitos para la entrada en territorio nacional, que lo dispuesto en sus dos primeros apartados no será de aplicación a los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España, cuya concesión se regirá por lo dispuesto en la normativa específica.

El artículo 4 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, define el derecho a la protección subsidiaria como el "dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10 de esta Ley y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren, acogerse a la protección del país de que se trate, siempre que no concurra alguno de los supuestos mencionados en los artículos 11 y 12 de esta Ley".

Los artículos 17, 18 y 19 de la repetida Ley 12/2009 regulan el procedimiento de solicitud de asilo en los siguientes términos:

Artículo 17. Presentación de la solicitud.

1. El procedimiento se inicia con la presentación de la solicitud, que deberá efectuarse mediante comparecencia personal de los interesados que soliciten protección en los lugares que reglamentariamente se establezcan, o en caso de imposibilidad física o legal, mediante persona que lo represente. En este último caso, el solicitante deberá ratificar la petición una vez desaparezca el impedimento.

2. La comparecencia deberá realizarse sin demora y en todo caso en el plazo máximo de un mes desde la entrada en el territorio español o, en todo caso, desde que se produzcan los acontecimientos que justifiquen el temor fundado de persecución o daños graves. A estos efectos, la entrada ilegal en territorio español no podrá ser sancionada cuando haya sido realizada por persona que reúna los requisitos para ser beneficiaria de la protección internacional prevista en esta Ley.

3. En el momento de efectuar la solicitud, la persona extranjera será informada, en una lengua que pueda comprender, acerca de:

a) el procedimiento que debe seguirse;



b) sus derechos y obligaciones durante la tramitación, en especial en materia de plazos y medios de que dispone para cumplir éstas;

c) la posibilidad de contactar con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y con las Organizaciones no Gubernamentales legalmente reconocidas entre cuyos objetivos figure el asesoramiento y ayuda a las personas necesitadas de protección internacional;

d) las posibles consecuencias del incumplimiento de sus obligaciones o de su falta de colaboración con las autoridades; y

e) los derechos y prestaciones sociales a los que tiene acceso en su condición de solicitante de protección internacional.

4. La solicitud se formalizará mediante entrevista personal que se realizará siempre individualmente. De forma excepcional, podrá requerirse la presencia de otros miembros de la familia de los solicitantes, si ello se considerase imprescindible para la adecuada formalización de la solicitud.

5. La Administración adoptará las medidas necesarias para que, cuando sea preciso, en la entrevista se preste un tratamiento diferenciado por razón del sexo de la persona solicitante o demás circunstancias previstas en el artículo 46 de esta Ley. De este trámite se dejará debida constancia en el expediente administrativo.

6. Las personas encargadas de efectuar la entrevista informarán a los solicitantes sobre cómo efectuar la solicitud, y les ayudarán a cumplimentarla, facilitándoles la información básica en relación con aquélla. Asimismo, colaborarán con los interesados para establecer los hechos relevantes de su solicitud.

7. Cuando razones de seguridad lo aconsejen, se podrá registrar a la persona solicitante y sus pertenencias, siempre y cuando se garantice el pleno respeto a su dignidad e integridad.

8. En los términos que se establezcan reglamentariamente, se planteará la posibilidad de una nueva audiencia personal sobre su solicitud de asilo. La ponderación sobre la necesidad o no de efectuar nuevas entrevistas será motivada”.

Artículo 18. Derechos y obligaciones de los solicitantes.

“1. El solicitante de asilo, presentada la solicitud, tiene en los términos recogidos en la presente Ley, en los artículos 16, 17, 19, 33 y 34, los siguientes derechos:

a) a ser documentado como solicitante de protección internacional;

b) a asistencia jurídica gratuita e intérprete;

c) a que se comunique su solicitud al ACNUR;



d) a la suspensión de cualquier proceso de devolución, expulsión o extradición que pudiera afectar al solicitante;

e) a conocer el contenido del expediente en cualquier momento;

f) a la atención sanitaria en las condiciones expuestas;

g) a recibir prestaciones sociales específicas en los términos que se recogen en esta Ley.

2. Serán obligaciones de los solicitantes de protección internacional las siguientes:

a) cooperar con las autoridades españolas en el procedimiento para la concesión de protección internacional;

b) presentar, lo antes posible, todos aquellos elementos que, junto a su propia declaración, contribuyan a fundamentar su solicitud. Entre otros, podrán presentar la documentación de que dispongan sobre su edad, pasado -incluido el de parientes relacionados-, identidad, nacionalidad o nacionalidades, lugares de anterior residencia, solicitudes de protección internacional previas, itinerarios de viaje, documentos de viaje y motivos por los que solicita la protección;

c) proporcionar sus impresiones dactilares, permitir ser fotografiados y, en su caso, consentir que sean grabadas sus declaraciones, siempre que hayan sido previamente informados sobre este último extremo;

d) informar sobre su domicilio en España y cualquier cambio que se produzca en él;

e) informar, asimismo, a la autoridad competente o comparecer ante ella, cuando así se les requiera con relación a cualquier circunstancia de su solicitud”.

Artículo 19. Efectos de la presentación de la solicitud.

“1. Solicitada la protección, la persona extranjera no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud o ésta no sea admitida. No obstante, por motivos de salud o seguridad públicas, la autoridad competente podrá adoptar medidas cautelares en aplicación de la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración.

2. Asimismo, la solicitud de protección suspenderá, hasta la decisión definitiva, la ejecución del fallo de cualquier proceso de extradición de la persona interesada que se halle pendiente. A tal fin, la solicitud será comunicada inmediatamente al órgano judicial o al órgano gubernativo ante el que en ese momento tuviera lugar el correspondiente proceso.

3. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, podrá entregarse o extraditarse a una persona solicitante, según proceda, a otro Estado miembro de la Unión Europea en virtud de las obligaciones dimanantes de una orden



europea de detención y entrega, o a un país tercero ante órganos judiciales penales internacionales.

4. Las personas solicitantes de asilo tienen derecho a entrevistarse con un abogado en las dependencias de los puestos fronterizos y centros de internamiento de extranjeros. Reglamentariamente, y sin perjuicio de las normas de funcionamiento establecidas para las citadas dependencias y centros, podrán establecerse condiciones para el ejercicio de este derecho derivadas de razones de seguridad, orden público o de su gestión administrativa.

5. La solicitud de protección dará lugar al inicio del cómputo de los plazos previstos para su tramitación.

6. La resolución que admita a trámite una solicitud de asilo determinará el procedimiento correspondiente.

7. En caso de que la tramitación de una solicitud pudiese exceder de seis meses, ampliables de acuerdo con lo previsto en el artículo 49 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para su resolución y notificación, se informará a la persona interesada del motivo de la demora".

El artículo 36.1,h) de la Ley 12/2009, dispone que

"La concesión del derecho de asilo o de la protección subsidiaria implicará el reconocimiento de los derechos establecidos en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración, así como en la normativa de la Unión Europea, y, en todo caso: h) la libertad de circulación".

El artículo 5 de la Ley Orgánica 4/2000, reconoce al extranjero que esté en situación regular en España su derecho a circular libremente por el territorio español.

El Acta final, apartado III de la Adhesión de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (BOE núm. 81, de 5 de abril de 1994) recoge textualmente lo siguiente en relación con la cuestión que aquí nos ocupa:

"e) En aplicación de su legislación nacional y con el fin de verificar si los pasajeros siguen cumpliendo las condiciones enumeradas en el artículo 5 del Convenio de 1990, en virtud de los cuales fueron autorizados a entrar en territorio nacional en el momento del control de pasaportes en la frontera exterior, España mantendrá controles (controles de identidad y de documentos) en las conexiones marítimas y aéreas provenientes de Ceuta y Melilla que tengan como único destino otro punto del territorio español. A este mismo fin, España mantendrá controles sobre los vuelos interiores y sobre las conexiones regulares por transbordador que salgan de las ciudades de Ceuta y Melilla con destino a otro Estado parte del Convenio".



El artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) dispone, sobre las Condiciones de entrada de los nacionales de terceros países, que

“1. Para estancias previstas en el territorio de los Estados miembros de una duración que no exceda de 90 días dentro de cualquier período de 180 días, lo que implica tener en cuenta el período de 180 días que precede a cada día de estancia, las condiciones de entrada para los nacionales de terceros países serán las siguientes:

a) Estar en posesión de un documento de viaje válido que otorgue a su titular el derecho a cruzar la frontera y que cumpla los siguientes criterios:

i) Seguirá siendo válido como mínimo tres meses después de la fecha prevista de partida del territorio de los Estados miembros. En casos de emergencia justificados, esta obligación podrá suprimirse,

ii) deberá haberse expedido dentro de los diez años anteriores;

b) Estar en posesión de un visado válido, cuando así lo exija el Reglamento (CE) n.º 539/2001 del Consejo (25), salvo que sean titulares de un permiso de residencia válido o de un visado de larga duración válido;

c) Estar en posesión de documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista y disponer de medios de subsistencia suficientes, tanto para el período de estancia previsto como para el regreso al país de origen o el tránsito hacia un tercer país en el que su admisión esté garantizada, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios;

d) No estar inscrito como no admisible en el SIS;

e) No suponer una amenaza para el orden público, la seguridad interior, la salud pública o las relaciones internacionales de ninguno de los Estados miembros ni, en particular, estar inscrito como no admisible en las bases de datos nacionales de ningún Estado miembro por iguales motivos.

2. A efectos de la aplicación del apartado 1, la fecha de entrada se considerará como primer día de estancia en el territorio de los Estados miembros, y la fecha de salida como último día de estancia en el territorio de los Estados miembros. No se tendrán en cuenta para el cálculo de la duración de la estancia en el territorio de los Estados miembros los períodos de estancia autorizados por medio de un visado nacional de larga duración o de un permiso de residencia.

3. En el anexo I figura una lista no exhaustiva de documentos justificativos que la guardia de fronteras podrá pedir a los nacionales de terceros países para



comprobar el cumplimiento de las condiciones contempladas en el apartado 1, letra c).

4. El criterio para calcular los medios de subsistencia estará en función de la duración y del motivo de la estancia y se usarán como referencia los precios medios en el Estado o Estados miembros de que se trate del alojamiento y de la alimentación, en hospedaje económico multiplicado por el número de días de estancia.

Los importes de referencia fijados por los Estados miembros se notificarán a la Comisión de conformidad con el artículo 39.

La comprobación de los medios de subsistencia suficientes podrá basarse en el dinero efectivo, los cheques de viaje y las tarjetas de crédito que obren en poder del nacional de un tercer país. Las declaraciones de invitación, cuando las prevea el Derecho interno, y las declaraciones de toma a cargo definidas por el Derecho interno, en caso de que el nacional de un tercer país se aloje en el domicilio de una persona de acogida, también podrán constituir prueba de medios adecuados de subsistencia.

5. No obstante lo dispuesto en el apartado 1:

a) Podrá autorizarse la entrada al territorio de los demás Estados miembros a aquellos nacionales de terceros países que no cumplan las condiciones establecidas en el apartado 1, pero que sean titulares de un permiso de residencia o de un visado de larga duración, al objeto de que puedan llegar al territorio del Estado miembro que haya expedido el permiso de residencia o el visado de larga duración, a no ser que figuren en la lista nacional de personas no admisibles del Estado miembro en cuyas fronteras exteriores se presenten y que la descripción que les afecte esté acompañada de medidas que se opongan a la entrada o al tránsito;

b) Podrá autorizarse la entrada al territorio de los Estados miembros a aquellos nacionales de terceros países que se presenten en la frontera y cumplan las condiciones establecidas en el apartado 1, excepto la de la letra b), si se les puede expedir un visado en la frontera en virtud de los artículos 35 y 36 del Reglamento (CE) n.º 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo (26).

Los Estados miembros elaborarán estadísticas sobre los visados expedidos en la frontera con arreglo al artículo 46 del Reglamento (CE) n.º 810/2009 y a su anexo XII.

En caso de que no fuera posible colocar el visado en el documento, se adherirá la etiqueta, con carácter excepcional, en una hoja suelta que se incorporará al documento. En tal caso, se utilizará obligatoriamente el modelo uniforme de impreso para la colocación del visado establecido por el Reglamento (CE) n.º 333/2002 del Consejo (27);



c) Por motivos humanitarios, de interés nacional o por obligaciones internacionales, todo Estado miembro podrá autorizar la entrada en su territorio a nacionales de terceros países que no cumplan alguna de las condiciones establecidas en el apartado 1. En tales casos, cuando un nacional de un tercer país esté inscrito como no admisible con arreglo al apartado 1, letra d), el Estado miembro que le autorice la entrada en su territorio informará de ello a los demás Estados miembros”.

Asimismo, sobre la base de que cuando el demandante solicitó poder trasladarse al territorio peninsular ya había instado la protección internacional y su solicitud se había admitido a trámite, habiendo sido, por ello, documentado con el de solicitante de protección internacional en trámite, añadíamos lo siguiente:

“Dado que el primer derecho de aquél a quien se le admite tal solicitud es que se le documente como solicitante de protección internacional [artículo 18.1.a)], el efecto directo de esa admisión a trámite es que dicha persona no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva su solicitud (art.19.1), quedando el interesado obligado a comunicar su cambio de domicilio [18.2.d)], lo que implica que está facultado para realizar dicho cambio. De igual modo, la admisión a trámite lleva consigo la apertura del procedimiento correspondiente, según se deriva del artículo 19.6, siempre de la Ley 12/2009.

En este caso, a tenor de los citados preceptos legales, el recurrente, en cuanto que se encuentra en la Ciudad Autónoma de Ceuta -territorio español, por tanto- y documentado como solicitante de asilo en tramitación, se encontraba, en la fecha a la que se contraen estos autos, una situación regular en España, aunque, cierto es también, transitoriamente como así lo demuestra el hecho de que el documento que le acredita como solicitante de asilo tenga un plazo de caducidad. No obstante, tal situación de regularidad en territorio español permitía su traslado dentro del mismo (y, por tanto, desde Ceuta a la Península) si bien sometido a la obligación de comunicar el cambio de domicilio que pretenda, lo que, sin embargo, no es exigible a quien ya ostenta la condición de titular del derecho de asilo instado.

El acto denegatorio y el que lo confirma en alzada, impugnados en este proceso, mantienen que, de acuerdo con los términos arriba expuestos de la Adhesión de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, el órgano competente, en este caso la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, (Orden INT/28/2013, de 18 de enero y artículo 4.2 del Real Decreto 557/2011) está normativamente habilitado para impedir que el recurrente, cuya solicitud de asilo ha sido admitida en la ciudad de Ceuta, pueda desplazarse a la Península, pues no cumpliría, se dice, para dicho cruce ninguno de los requisitos, tanto de índole documental como material, exigidos por el citado artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016.



Sin embargo, el control que pueden y deben realizar las autoridades competentes en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, conforme a lo dispuesto en el Acta Final del repetido Acuerdo de Adhesión de España al Convenio de Schengen, a fin de comprobar el cumplimiento de las condiciones previstas en el repetido artículo 6 del Reglamento Comunitario, se refiere a controles de identidad y documentos en las conexiones marítimas y aéreas que tengan como único destino otro punto del territorio español; lo que implica que no exista impedimento alguno para el ahora recurrente dado que, cuando puso de manifiesto su intención de cambiar de domicilio, trasladándose a la Península, estaba debidamente documentado.

Por otra parte, aunque con igual relevancia que lo anterior, entiende la Sala que no resulta aplicable en este caso lo dispuesto en el artículo 4.2 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, invocado en la Resolución denegatoria confirmada luego en alzada. Y no lo es porque, repasando su tenor literal (“La Comisaría General de Extranjería y Fronteras podrá autorizar la entrada en España de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en el apartado anterior cuando existan razones excepcionales...”), es claro que el supuesto de hecho exigible para su aplicación no se da en este caso ya que, aun de modo transitorio hasta la decisión sobre su solicitud de asilo, el recurrente estaba ya en territorio español (Ceuta indiscutiblemente lo es). Difícilmente puede, pues, aceptarse que tuviera en este caso la Comisaría General citada facultades para autorizar, o denegar, la entrada del actor en España por los motivos expuestos en el repetido artículo reglamentario, si no es a través de un inasumible argumento en el que el término “España” -contenido en el precepto normativo en cuestión- se identifique con el de “territorio peninsular”; restricción que la Sala rechaza de plano, por lo expuesto.

En consecuencia, vistas las pretensiones ejercitadas en la demanda, el presente recurso habrá de ser íntegramente estimado en los términos solicitados en el escrito rector, anulándose las resoluciones impugnadas por no existir impedimento alguno para que el actor, conforme a la situación que mantenía en la fecha en que formuló la solicitud, pudiera trasladarse al territorio español peninsular”.

Consecuentemente, aplicando la doctrina expuesta al caso que ahora nos ocupa, procede la estimación del presente recurso contencioso-administrativo”.

Este criterio se ha mantenido también en sentencias de 11 de mayo de 2015 (P.O. 1088/14), 28 de mayo de 2015 (P.O. 1089/14), 10 de junio de 2015 (P.O. 1091/14), 29 de septiembre de 2017 (P.O. 1470/16) y 26 de enero de 2018 (P.O. 41/17), entre otras.

A tenor de todo lo expuesto en la misma línea del auto de 31 de julio de 2018 (PMC 412/2018), se considera que en este caso concurren los requisitos necesarios para el otorgamiento de la medida cautelar solicitada, concretamente *periculum in mora*, sin que se aprecie una grave perturbación para los intereses generales o de tercero por su adopción,



existiendo, además, a favor de la pretensión de la parte demandante apariencia de buen derecho.

CUARTO.- Por último, como ya se dijo en el referido auto de 27 de junio de 2018, que si bien es cierto que nuestra jurisprudencia se ha pronunciado en ocasiones en contra de acceder a la suspensión de actos negativos, tales como denegaciones del reconocimiento de derechos, por suponer la satisfacción de la pretensión principal, sin embargo en el concreto caso que se está resolviendo no se trata propiamente un acto administrativo negativo, sino una actuación que incorpora una inscripción en la documentación suministrada al recurrente, mediante la cual se le impide el acceso a la península, limitándose su derecho a la libre circulación y residencia en el territorio español. Por lo tanto, tal doctrina no resulta aplicable al presente caso.

Por todo lo razonado, procede la concesión de la medida cautelar solicitada, autorizándose el traslado del recurrente al territorio peninsular y su residencia en el mismo durante la sustanciación de este recurso.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, procede imponer las costas causadas en este incidente a la Administración demandada.

No obstante, a tenor del apartado tercero de dicho artículo 139 la imposición de las costas podrá ser *"a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima"* y la Sala considera procedente, atendida la índole del litigio y la concreta actividad desplegada por las partes, limitar la cantidad que, por los conceptos de honorarios de Abogado y derechos de Procurador, ha de satisfacer a la parte contraria la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima total de cien euros (100 €), más la cantidad que en concepto de IVA corresponda a la cuantía reclamada.

En atención a lo expuesto

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Conceder la medida cautelar solicitada por la procuradora doña Silvia Malagón Loyo, en nombre y representación de **DON** [REDACTED] autorizándose el traslado del recurrente al territorio peninsular y su residencia en el mismo durante la sustanciación de este recurso.

Se condena al pago de las costas causadas en el presente incidente a la Administración demandada con la limitación que respecto de su cuantía se ha realizado en el último razonamiento jurídico.

Notifíquese la presente resolución a las partes y remítase testimonio de la presente resolución a la Administración demandada, DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA, para que lleve a efecto lo acordado



Contra la presente resolución cabe **recurso de reposición** en el plazo de cinco días desde la notificación, **previa constitución del depósito** previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite dicho recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2414-0000-91-0722-19 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” 20 Contencioso-Reposición/Súplica (25 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2414-0000-91-0722-19 en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. anotados en el encabezamiento de la presente resolución. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Este documento es una copia auténtica del documento Auto acordando medida cautelar 1 firmado electrónicamente por JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA (PON), JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO (PSE), FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS, NAZARIO CRISTOBAL ZURDO

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Primera

C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

33016340

NIG: 28.079.00.3-2019/0014222

Pieza de Medidas Cautelares 724/2019 - 0001 (Procedimiento Ordinario)

De: D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. MARINA DE LA VILLA CANTOS

Contra: DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

A U T O N° 633/19

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D./Dña. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO

ILMOS/ILMAS. SRES/SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D./Dña. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS

D./Dña. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA

En Madrid, a veinticuatro de octubre de dos mil diecinueve.

Resultando los siguientes

HECHOS

PRIMERO.- En fecha 6 de junio de 2.019 tuvo entrada en esta Sección recurso promovido por don [REDACTED] contra la desestimación por silencio del recurso de alzada interpuesto contra “el acto administrativo por el que se adiciona la inscripción válido solo en Ceuta en el documento que acredita su condición de solicitante de protección internacional”.

SEGUNDO.- En fecha 4 de octubre de 2019 se ha instado como medida cautelar que se autorice de forma expresa su traslado de Ceuta a territorio peninsular y se permita su residencia en dicho territorio durante la sustanciación del recurso.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS



PRIMERO.- La presente pieza separada de medidas cautelares tiene por objeto resolver la pretensión de tutela cautelar ejercitada por la parte demandante al amparo de lo previsto en los artículos 129 y siguientes de la Ley Jurisdiccional.

El recurrente ha solicitado la suspensión de la ejecutividad de la desestimación por silencio del recurso de alzada interpuesto contra el acuerdo de 16 de marzo de 2018, del Jefe Superior de Policía de Ceuta por el que en la documentación que le fue entregada en su condición de solicitante de Protección Internacional se le hizo constar la inscripción “válido solo en Ceuta”.

SEGUNDO.- De acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en STS de 22 de julio de 2002 (Rec. Cas. 3507/1998), transcrita en el ATS de 16 de julio de 2004 (R.C.A. 46/2004) y reiterada en el de 18 de julio de 2006 (R.C.A. 18/2006), la razón de ser de la justicia cautelar en el proceso en general se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme pueda dar lugar a 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 señala el artículo 129 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 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.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en SSTC 22/84, 66/84, 238/92, 148/93, entre otras muchas) ha declarado que el principio de autotutela administrativa, que no es incompatible con el artículo 24.1 CE, engarza con el principio de eficacia previsto en el artículo 103.1 CE y se satisface facilitando que la ejecución se someta a la decisión de un Tribunal y éste resuelva sobre la suspensión. Sobre esta base, la STC 218/1994 dejó dicho 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 artículo 106.1 CE.

TERCERO.- La decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares debe ser adoptada mediante la adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, según la justificación que se ofrezca en el momento de solicitarla, en relación con los distintos criterios que según la Ley Jurisdiccional han de contemplarse, y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional.

Así, en relación con los criterios a considerar a la hora de resolver sobre la adopción o denegación de una medida cautelar, el ATS de 18 de julio de 2006, entre otros muchos, recuerda que han de ponderarse conjuntamente los siguientes:

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. 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 su adopción no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso.

c) El periculum in mora, 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.

d) La ponderación de los intereses concurrentes como criterio complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso. 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 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 de 3 de junio de 1997, entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*); un criterio que, no recogido expresamente en la Ley Jurisdiccional aunque sí en el artículo 728 LEC, permite realizar una valoración de los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar, con carácter provisional y en los casos delimitados por la jurisprudencia (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, 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), dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva.

CUARTO.- En este caso, examinada detenidamente la pretensión de tutela cautelar formulada por la parte actora, la misma tendrá que ser acogida por las razones que se pasa a exponer.

En este caso, el recurrente formuló el 18 de junio de 2018 una solicitud de protección internacional en el puesto fronterizo de Ceuta, habiendo sido admitida a trámite dicha solicitud por lo que está documentado por las autoridades españolas en este sentido.

Con tal base, solicita se le reconozca la posibilidad de trasladarse desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular y ello sin perjuicio del resultado final del expediente de solicitud de protección internacional. La negación, pues, al actor de la posibilidad de trasladar su domicilio desde una parte a otra del territorio nacional podría afectar al derecho que, aunque de modo transitorio y no definitivo, apareja la admisión a trámite de la solicitud formulada; una afectación que, al concernir a su situación personal por la limitación de un derecho, podría dar lugar a la producción de perjuicios difícilmente reversibles en el caso de dictarse eventualmente una sentencia estimatoria en los autos de los que dimana esta pieza de medidas cautelares.



Procede, pues, considerar concurrente el requisito del periculum in mora sobre el que se construye esencialmente el actual sistema de medidas cautelares que contempla la Ley Jurisdiccional de 1998.

Junto a lo anterior, la necesidad de conjurar la posible pérdida de la finalidad legítima del recurso con la medida cautelar que se ha solicitado por el demandante queda, si cabe, más reforzada contemplando la concurrencia, también, del complementario fumus boni iuris o apariencia de buen derecho.

En relación con el mencionado requisito, será útil recordar lo que el Tribunal Supremo razonaba ya respecto al mismo, entre otras muchas, en Sentencia de 6 de julio de 2009 (Rec. Cas. 658/2008):

“Es cierto que, como hemos declarado en repetidas ocasiones -sentencias de esta Sala de 14 de abril de 2003 (RC 5020/1999) y 17 de marzo de 2008 (RC 1021/2006), donde se citan otras anteriores de 27 de julio de 1996, 26 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 y 22 de febrero de 2003-, 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), si bien resulta aplicable en aquellos supuestos en que se solicita la nulidad del acto administrativo dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente. En la misma línea se expresa la sentencia de 18 de mayo de 2004 (RC 5793/2001), donde, citando resoluciones anteriores de la propia Sala (autos de 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y sentencia de 14 de enero de 1997, entre otros), se pone de manifiesto que la jurisprudencia hace una aplicación matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, que se utiliza sólo en determinados supuestos, citándose específicamente los casos en que concurra una nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, se trate de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, exista una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, o un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz;



y, por el contrario, la doctrina de la apariencia de buen derecho no debe servir de fundamento para la adopción de la medida cautelar en los casos en que se predique la nulidad del acto impugnado en virtud de causas que han de ser objeto de valoración y decisión por primera vez, pues con ello 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.

En el mismo sentido, señalaba ya la STS 7 de abril de 2004 (Rec. Cas. 1678/2002) que “... la finalidad legítima del recurso, cuya protección constituye, ciertamente, el presupuesto para la adopción de medidas cautelares, no es sólo, en un caso como el de autos, que al final del proceso, incluida su fase de ejecución, se restablezca la legalidad urbanística, sino, más bien, que ésta no sea groseramente menoscabada durante la pendencia de aquél. En este sentido, no debe descartarse que la interpretación del concepto jurídico indeterminado "finalidad legítima del recurso" conduzca a incluir en él, no sólo la preservación del efecto útil de la sentencia futura, sino, también, la de evitar que quien aparentemente está revestido de toda razón tenga que esperar a la decisión final del proceso para "disfrutar" de la posición o situación jurídica que, con fuerte presunción, parece corresponderle. A favor de esta ampliación de aquel concepto juegan numerosas razones: desde la idea de que la institución cautelar opera en otras ramas de nuestro ordenamiento jurídico (así, por ejemplo, en sede del juicio ejecutivo) para tutelar provisionalmente situaciones dotadas de una fuerte presunción de certeza; hasta algunas decisiones de la jurisprudencia comunitaria en las que, en presencia de una "fuerte presunción" o "manifiesta fundamentación" de ilegalidad de la actividad frente a la que se solicita la medida cautelar, se concede ésta analizando sólo el aspecto del "fumus boni iuris", sin entrar en el examen de la existencia o no de un perjuicio grave e irreparable; pasando, en fin, por principios tales como el de la proscripción del abuso del derecho o el de que el tener que recurrir al proceso para obtener reconocimiento de los derechos no debe perjudicar a quien tiene razón. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva parece demandar, también, que el "perjuicio" inherente al tiempo necesario para finalizar el proceso no recaiga en quien, con fuerte apariencia, tiene toda la razón.

Es por ello, en tercer término, que no cabe interpretar el nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares surgido en la Ley 29/1998 como de proscripción, radical, absoluta, del



criterio de la apariencia de buen derecho. Este criterio del "fumus boni iuris", aun siendo enormemente controvertido, no parece que pueda ser totalmente desatendido al decidir sobre la adopción de medidas cautelares. Bien para evitar que a través de demandas de todo punto infundadas se perturbe el interés público o los derechos de terceros; bien, como hemos dicho antes, para evitar que la necesidad de acudir al proceso corra en perjuicio de quien aparentemente tiene toda la razón; bien, en fin, para decantarse por la decisión en los casos extremos en que tanto la no adopción como la adopción de la cautela pueda determinar una situación gravemente perjudicial o irreversible”.

En este caso, la aplicación del repetido criterio se presenta como necesaria teniendo en cuenta que esta misma Sala y Sección, en numerosas Sentencias [entre las más recientes, pueden citarse las de 28 de mayo de 2015 (Rec. 1089/2014), 10 de junio de 2015 (Rec. 1091/2014), 29 de septiembre de 2017 (Rec. 1470/2016), 8 de noviembre de 2017 (40/2017), 11 de diciembre de 2017 (Rec. 918/2017), 18 de diciembre de 2017 (Rec. 1457/2017) y 26 de enero de 2018 (Rec. 41/2017)] ha estimado recursos contencioso-administrativos contra idénticas resoluciones que aquéllas a las que viene referida la presente solicitud de tutela cautelar, habiendo acogido en las citadas Sentencias pretensiones basadas en argumentos sustancialmente idénticos a los esgrimidos por el recurrente en apoyo de la pretensión que ahora se resuelve, configurándose así por esta Sala un criterio reiterado y uniforme que a la misma Administración ahora demandada le es de sobra conocido.

Con aplicación, pues, del requisito de la apariencia de buen derecho en el sentido al que se ha hecho referencia, debe acogerse entonces la primera de las pretensiones ejercitadas en la solicitud de tutela cautelar suspendiendo la ejecutividad de las resoluciones recurridas, en la medida en que las mismas impiden al recurrente su desde la Ciudad Autónoma de Melilla al territorio peninsular, en la ciudad de Almería. Y todo ello apoyado, además de en lo ya expuesto, en lo razonado y resuelto por el Tribunal Supremo en un asunto en el que con idéntica aplicación del requisito del fumus boni iuris que ahora hacemos, dejó dicho lo siguiente [STS de 12 de febrero de 2018 (Rec. Cas. 103/2017)]:

“Efectivamente, en el ámbito del sistema cautelar se ha producido la aportación jurisprudencial -doctrina de la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris)- a la que se refiere la recurrente y que, pese a sus modulaciones, permite (1) en un marco de provisionalidad, (2)



dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.

(...) la citada 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 o ante 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)...”.

QUINTO.- Establece el art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción que en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En el caso de autos procede la condena en costas de la Administración que ha visto desestimada su pretensión y lo será en cuantía de cien euros (100 €) a la vista del contenido del escrito de oposición.

LA SALA ACUERDA:

1.- Se acuerda la medida cautelar solicitada, consistente en que se suspenda la decisión de no permitir el traslado del demandante desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular. Notifíquese la presente resolución a las partes y remítase testimonio de la presente resolución a la Administración demandada, DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA, para que lleve a efecto lo acordado.

2.- Se condena en costas a la Administración en cuantía de cien euros (100 €).

El presente auto es susceptible de recurso de casación, previo recurso de reposición a interponer ante esta Sala en el plazo de cinco días, contados desde el siguiente al de su notificación, con constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta



de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite dicho recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2414-0000-91-0724-19 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” 20 Contencioso-Reposición/Súplica (25 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2414-0000-91-0724-19 en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así lo acuerda, mandan y firman los Ilmos. Sres. Anotados al margen, de lo que yo, el Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Este documento es una copia auténtica del documento Auto acordando medida cautelar 1 firmado electrónicamente por FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS (PON), JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO (PSE), JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA, NAZARIO CRISTOBAL ZURDO

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Primera

C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

33016340

NIG: 28.079.00.3-2019/0015892

Pieza de Medidas Cautelares 803/2019 - 0001 (Procedimiento Ordinario)

De: [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. MANUEL MARTINEZ DE LEJARZA UREÑA

Contra: DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

AUTO N° 648/2019

Presidente:

D. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO

Magistrados:

D. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS

D. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA

D. JOSÉ DAMIÁN IRANZO CEREZO

En la Villa de Madrid, a 24 de Octubre de 2019.

HECHOS

PRIMERO.- Por el Procurador Sr. Martínez de Lejarza Ureña, en la representación que de [REDACTED] ostenta, se presentó recurso el 7 de Octubre de 2019 contra la desestimación presunta del recurso de alzada formulado en fecha 23 de Enero de 2019 contra el “*acto administrativo por el que se inserta*” la mención “*Válido solo en Ceuta*” en el documento que acredita la condición de solicitante de protección internacional. Por Otrosí Segundo del citado escrito de interposición se insta la adopción de medida cautelar consistente en que “*se autorice de forma expresa el traslado de Ceuta a territorio peninsular [...] y se permita su residencia en dicho territorio durante la substanciación del presente recurso*”.

SEGUNDO.- De conformidad con el artículo 131 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se formó pieza separada de medida cautelar.

TERCERO.- Dado traslado a la Abogacía del Estado, ésta se opuso a la medida cautelar instada en los términos que se expresan en el escrito presentado en fecha 15 de



Octubre de 2019, quedando entonces las actuaciones pendientes del dictado de la presente resolución.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ DAMIÁN IRANZO CEREZO.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Tiene por objeto la presente Pieza separada el resolver la pretensión de tutela cautelar ejercitada por la parte demandante al amparo de lo previsto en los artículos 129 y siguientes de la Ley Jurisdiccional. En los términos expuestos, se ha solicitado la suspensión de la ejecutividad de la desestimación por silencio del recurso de alzada referido.

SEGUNDO.- De acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en STS de 22 de julio de 2002 (Rec. Cas. 3507/1998), transcrita en el ATS de 16 de julio de 2004 (R.C.A. 46/2004) y reiterada en el de 18 de julio de 2006 (R.C.A. 18/2006), la razón de ser de la justicia cautelar en el proceso en general se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme pueda dar lugar a 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 señala el artículo 129 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 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.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en SSTC 22/84, 66/84, 238/92, 148/93, entre otras muchas) ha declarado que el principio de autotutela administrativa, que no es incompatible con el artículo 24.1 CE, engarza con el principio de eficacia previsto en el artículo 103.1 CE y se satisface facilitando que la ejecución se someta a la decisión de un Tribunal y éste resuelva sobre la suspensión. Sobre esta base, la STC 218/1994 dejó dicho 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 artículo 106.1 CE.



TERCERO.- La decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares debe ser adoptada mediante la adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, según la justificación que se ofrezca en el momento de solicitarla, en relación con los distintos criterios que según la Ley Jurisdiccional han de contemplarse, y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional.

Así, en relación con los criterios a considerar a la hora de resolver sobre la adopción o denegación de una medida cautelar, el ATS de 18 de julio de 2006, entre otros muchos, recuerda que han de ponderarse conjuntamente los siguientes:

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. 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 su adopción no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso.

c) El *periculum in mora*, 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.

d) La ponderación de los intereses concurrentes como criterio complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso. 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 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 de 3 de junio de 1997, entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*); un criterio que, no recogido expresamente en la Ley Jurisdiccional aunque sí en el artículo 728 LEC, permite realizar una valoración de los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar, con carácter provisional y en los casos delimitados por la jurisprudencia (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, 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), dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva.



CUARTO.- En este caso, examinada la pretensión de tutela cautelar formulada por la parte actora, la misma tendrá que ser acogida por las razones que se pasa a exponer. En este caso, el recurrente formuló el 9 de Octubre de 2018 ante la Oficina Única de Extranjeros en Ceuta solicitud de protección internacional, habiendo sido admitida a trámite dicha solicitud y expedida la correspondiente documentación de su condición de solicitante, encontrándose por ello documentado por las Autoridades españolas en este sentido.

Con tal base, solicita se le reconozca la posibilidad de trasladarse desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular (y residir en éste) y ello sin perjuicio del resultado final del expediente de solicitud de protección internacional. La negación, pues, al actor de la posibilidad de trasladar su domicilio desde una parte a otra del territorio nacional podría afectar al derecho que, aunque de modo transitorio y no definitivo, apareja la admisión a trámite de la solicitud formulada; una afectación que, al concernir a su situación personal por la limitación de un derecho, podría dar lugar a la producción de perjuicios difícilmente reversibles en el caso de dictarse eventualmente una sentencia estimatoria en los autos de los que dimana esta pieza de medidas cautelares.

Procede, pues, considerar concurrente el requisito del periculum in mora sobre el que se construye esencialmente el actual sistema de medidas cautelares que contempla la Ley Jurisdiccional de 1998.

Junto a lo anterior, la necesidad de conjurar la posible pérdida de la finalidad legítima del recurso con la medida cautelar que se ha solicitado por el demandante queda, si cabe, más reforzada contemplando la concurrencia, también, del complementario fumus boni iuris o apariencia de buen derecho.

En relación con el mencionado requisito, será útil recordar lo que el Tribunal Supremo razonaba ya respecto al mismo, entre otras muchas, en Sentencia de 6 de julio de 2009 (Rec. Cas. 658/2008): “Es cierto que, como hemos declarado en repetidas ocasiones -sentencias de esta Sala de 14 de abril de 2003 (RC 5020/1999) y 17 de marzo de 2008 (RC 1021/2006), donde se citan otras anteriores de 27 de julio de 1996, 26 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 y 22 de febrero de 2003-, 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), si bien resulta aplicable en aquellos supuestos en que se solicita la nulidad del acto administrativo dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente. En la misma línea se expresa la sentencia de 18 de mayo de 2004 (RC 5793/2001), donde, citando resoluciones anteriores de la propia Sala (autos de 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y sentencia de 14 de enero de 1997, entre otros), se pone de manifiesto que la jurisprudencia hace una aplicación matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, que se utiliza sólo en determinados



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove
mediante el siguiente código seguro de verificación: 1222331898099780141393

supuestos, citándose específicamente los casos en que concurra una nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, se trate de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, exista una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, o un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz; y, por el contrario, la doctrina de la apariencia de buen derecho no debe servir de fundamento para la adopción de la medida cautelar en los casos en que se predique la nulidad del acto impugnado en virtud de causas que han de ser objeto de valoración y decisión por primera vez, pues con ello 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.

En el mismo sentido, señalaba ya la STS 7 de abril de 2004 (Rec. Cas. 1678/2002) que "... la finalidad legítima del recurso, cuya protección constituye, ciertamente, el presupuesto para la adopción de medidas cautelares, no es sólo, en un caso como el de autos, que al final del proceso, incluida su fase de ejecución, se restablezca la legalidad urbanística, sino, más bien, que ésta no sea groseramente menoscabada durante la pendencia de aquél. En este sentido, no debe descartarse que la interpretación del concepto jurídico indeterminado "finalidad legítima del recurso" conduzca a incluir en él, no sólo la preservación del efecto útil de la sentencia futura, sino, también, la de evitar que quien aparentemente está revestido de toda razón tenga que esperar a la decisión final del proceso para "disfrutar" de la posición o situación jurídica que, con fuerte presunción, parece corresponderle. A favor de esta ampliación de aquel concepto juegan numerosas razones: desde la idea de que la institución cautelar opera en otras ramas de nuestro ordenamiento jurídico (así, por ejemplo, en sede del juicio ejecutivo) para tutelar provisionalmente situaciones dotadas de una fuerte presunción de certeza; hasta algunas decisiones de la jurisprudencia comunitaria en las que, en presencia de una "fuerte presunción" o "manifiesta fundamentación" de ilegalidad de la actividad frente a la que se solicita la medida cautelar, se concede ésta analizando sólo el aspecto del "fumus boni iuris", sin entrar en el examen de la existencia o no de un perjuicio grave e irreparable; pasando, en fin, por principios tales como el de la proscripción del abuso del derecho o el de que el tener que recurrir al proceso para obtener reconocimiento de los derechos no debe perjudicar a quien tiene razón. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva parece demandar, también, que el "perjuicio" inherente al tiempo necesario para finalizar el proceso no recaiga en quien, con fuerte apariencia, tiene toda la razón.

Es por ello, en tercer término, que no cabe interpretar el nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares surgido en la Ley 29/1998 como de proscripción, radical, absoluta, del criterio de la apariencia de buen derecho. Este criterio del "fumus boni iuris", aun siendo enormemente controvertido, no parece que pueda ser totalmente desatendido al decidir sobre la adopción de medidas cautelares. Bien para evitar que a través de demandas de todo punto infundadas se perturbe el interés público o los derechos de terceros; bien, como hemos dicho antes, para evitar que la necesidad de acudir al proceso corra en perjuicio de quien aparentemente tiene toda la razón; bien, en fin, para decantarse por la decisión en los casos extremos en que tanto la no adopción



Madrid



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove
mediante el siguiente código seguro de verificación: 1222331898099780141393

como la adopción de la cautela pueda determinar una situación gravemente perjudicial o irreversible”.

En este caso, la aplicación del repetido criterio se presenta como necesaria teniendo en cuenta que esta misma Sala y Sección, en numerosas Sentencias [entre las más recientes, pueden citarse las de 28 de mayo de 2015 (Rec. 1089/2014), 10 de junio de 2015 (Rec. 1091/2014), 29 de septiembre de 2017 (Rec. 1470/2016), 8 de noviembre de 2017 (40/2017), 11 de diciembre de 2017 (Rec. 918/2017), 18 de diciembre de 2017 (Rec. 1457/2017) y 26 de enero de 2018 (Rec. 41/2017)] ha estimado recursos contencioso-administrativos contra idénticas resoluciones que aquéllas a las que viene referida la presente solicitud de tutela cautelar, habiendo acogido en las citadas Sentencias pretensiones basadas en argumentos sustancialmente idénticos a los esgrimidos por el recurrente en apoyo de la pretensión que ahora se resuelve, configurándose así por esta Sala un criterio reiterado y uniforme que a la misma Administración ahora demandada le es de sobra conocido.

Con aplicación, pues, del requisito de la apariencia de buen derecho en el sentido al que se ha hecho referencia, debe acogerse la tutela cautelar suspendiendo la ejecutividad de la actuación recurrida, en la medida en que ésta impide al recurrente su traslado desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular. Y todo ello apoyado, además de en lo ya expuesto, en lo razonado y resuelto por el Tribunal Supremo en un asunto en el que con idéntica aplicación del requisito del *fumus boni iuris* que ahora hacemos, dejó dicho lo siguiente [STS de 12 de febrero de 2018 (Rec. Cas. 103/2017)]: “Efectivamente, en el ámbito del sistema cautelar se ha producido la aportación jurisprudencial -doctrina de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*)- a la que se refiere la recurrente y que, pese a sus modulaciones, permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar. (...) la citada 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 o ante 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)...”.

QUINTO.- Establece el art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción que en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar Sentencia o al resolver por Auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En el caso de autos procede la condena en costas de la Administración que ha visto desestimada su pretensión y lo será en cuantía de cien euros (100 €) a la vista del contenido del escrito de oposición.

Vistos los preceptos legales invocados y los demás de general aplicación al presente caso,



LA SALA ACUERDA: Acceder a la medida cautelar solicitada, consistente en la autorización de traslado de Ceuta a territorio peninsular y residencia en el mismo durante la substanciación del presente recurso.

Ello con imposición de la costas de este incidente a la parte recurrida en cuantía máxima y términos recogidos en el Razonamiento Jurídico 5º.

Notifíquese esta resolución a los interesados, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer recurso de reposición en el plazo de cinco días, a contar desde el siguiente a su notificación, previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite dicho recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2414-0000-91-0803-19 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 20 Contencioso-Reposición/Súplica (25 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2414-0000-91-0803-19 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. anotados al margen, de lo que yo, el Secretario, doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Este documento es una copia auténtica del documento Auto acordando medida cautelar 1 firmado electrónicamente por JOSE DAMIAN IRANZO CEREZO (PON), JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO (PSE), FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS, JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA, NAZARIO CRISTOBAL ZURDO

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Primera

C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

33016340

NIG: 28.079.00.3-2019/0015886

Pieza de Medidas Cautelares 798/2019 - 0001 (Procedimiento Ordinario)

De: D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. ALICIA REYNOLDS MARTINEZ

Contra: DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

A U T O N° 646/2019

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D./Dña. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO

ILMOS/ILMAS. SRES/SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D./Dña. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS

D./Dña. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA

D./Dña. JOSE DAMIAN IRANZO CEREZO

En la Villa de Madrid, a 24 de Octubre de 2019.

HECHOS

PRIMERO.- Por el Procurador Sr. Reynolds Martínez, en la representación que de D. [REDACTED] ostenta, se presentó en fecha 3 de Octubre de 2019 recurso contra la desestimación presunta del recurso de alzada formulado en fecha 18 de Marzo de 2019 contra el “*acto administrativo por el que se inserta*” la mención “*Válido solo en Ceuta*” en el documento que acredita la condición de solicitante de protección internacional. Por Otrosí Segundo del citado escrito de interposición se insta la adopción de medida cautelar consistente en “*la autorización de traslado a territorio peninsular*”.

SEGUNDO.- De conformidad con el artículo 131 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se formó pieza separada de medida cautelar.

TERCERO.- Dado traslado a la Abogacía del Estado, ésta se opuso a la medida cautelar instada en los términos que se expresan en el escrito presentado en fecha 17 de Octubre de 2019, quedando entonces las actuaciones pendientes del dictado de la presente resolución.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ DAMIÁN IRANZO CEREZO.



RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Tiene por objeto la presente Pieza separada el resolver la pretensión de tutela cautelar ejercitada por la parte demandante al amparo de lo previsto en los artículos 129 y siguientes de la Ley Jurisdiccional. En los términos expuestos, se ha solicitado la suspensión de la ejecutividad de la desestimación por silencio del recurso de alzada referido.

Ha de advertirse de entrada el que, en contra de lo manifestado por la Abogacía del Estado en su escrito de oposición, se acredita la postulación del recurrente en tanto que obra en las actuaciones [aportado como Documento N° 1] el otorgamiento y aceptación de la representación dada a la Letrada actuante, constando también la designación efectuada por el Colegio de Procuradores de Madrid en fecha a 1/10/19 respecto del Procurador interviniente.

SEGUNDO.- De acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en STS de 22 de julio de 2002 (Rec. Cas. 3507/1998), transcrita en el ATS de 16 de julio de 2004 (R.C.A. 46/2004) y reiterada en el de 18 de julio de 2006 (R.C.A. 18/2006), la razón de ser de la justicia cautelar en el proceso en general se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme pueda dar lugar a 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 señala el artículo 129 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 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.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en SSTC 22/84, 66/84, 238/92, 148/93, entre otras muchas) ha declarado que el principio de autotutela administrativa, que no es incompatible con el artículo 24.1 CE, engarza con el principio de eficacia previsto en el artículo 103.1 CE y se satisface facilitando que la ejecución se someta a la decisión de un Tribunal y éste resuelva sobre la suspensión. Sobre esta base, la STC 218/1994 dejó dicho 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 artículo 106.1 CE.



TERCERO.- La decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares debe ser adoptada mediante la adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, según la justificación que se ofrezca en el momento de solicitarla, en relación con los distintos criterios que según la Ley Jurisdiccional han de contemplarse, y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional.

Así, en relación con los criterios a considerar a la hora de resolver sobre la adopción o denegación de una medida cautelar, el ATS de 18 de julio de 2006, entre otros muchos, recuerda que han de ponderarse conjuntamente los siguientes:

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. 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 su adopción no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso.

c) El *periculum in mora*, 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.

d) La ponderación de los intereses concurrentes como criterio complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso. 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 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 de 3 de junio de 1997, entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*); un criterio que, no recogido expresamente en la Ley Jurisdiccional aunque sí en el artículo 728 LEC, permite realizar una valoración de los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar, con carácter provisional y en los casos delimitados por la jurisprudencia (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, 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), dentro del limitado ámbito que



incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva.

CUARTO.- En este caso, examinada la pretensión de tutela cautelar formulada por la parte actora, la misma tendrá que ser acogida por las razones que se pasa a exponer. En este caso, el recurrente formuló el 28 de enero de 2019 ante la Oficina Única de Extranjeros en Ceuta solicitud de protección internacional, habiendo sido admitida a trámite dicha solicitud y expedida la correspondiente documentación de su condición de solicitante, encontrándose por ello documentado por las Autoridades españolas en este sentido.

Con tal base, solicita se le reconozca la posibilidad de trasladarse desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular y ello sin perjuicio del resultado final del expediente de solicitud de protección internacional. La negación, pues, al actor de la posibilidad de trasladar su domicilio desde una parte a otra del territorio nacional podría afectar al derecho que, aunque de modo transitorio y no definitivo, aparea la admisión a trámite de la solicitud formulada; una afectación que, al concernir a su situación personal por la limitación de un derecho, podría dar lugar a la producción de perjuicios difícilmente reversibles en el caso de dictarse eventualmente una sentencia estimatoria en los autos de los que dimana esta pieza de medidas cautelares.

Procede, pues, considerar concurrente el requisito del periculum in mora sobre el que se construye esencialmente el actual sistema de medidas cautelares que contempla la Ley Jurisdiccional de 1998.

Junto a lo anterior, la necesidad de conjurar la posible pérdida de la finalidad legítima del recurso con la medida cautelar que se ha solicitado por el demandante queda, si cabe, más reforzada contemplando la concurrencia, también, del complementario *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho.

En relación con el mencionado requisito, será útil recordar lo que el Tribunal Supremo razonaba ya respecto al mismo, entre otras muchas, en Sentencia de 6 de julio de 2009 (Rec. Cas. 658/2008): “Es cierto que, como hemos declarado en repetidas ocasiones -sentencias de esta Sala de 14 de abril de 2003 (RC 5020/1999) y 17 de marzo de 2008 (RC 1021/2006), donde se citan otras anteriores de 27 de julio de 1996, 26 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 y 22 de febrero de 2003-, 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), si bien resulta aplicable en aquellos supuestos en que se solicita la nulidad del acto administrativo dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente. En la misma línea se expresa la sentencia de 18 de mayo de 2004 (RC 5793/2001), donde, citando resoluciones anteriores de la propia Sala (autos de 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y sentencia de 14 de enero de 1997, entre otros), se pone de manifiesto que la jurisprudencia hace una aplicación matizada de



la doctrina de la apariencia del buen derecho, que se utiliza sólo en determinados supuestos, citándose específicamente los casos en que concurra una nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, se trate de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, exista una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, o un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz; y, por el contrario, la doctrina de la apariencia de buen derecho no debe servir de fundamento para la adopción de la medida cautelar en los casos en que se predique la nulidad del acto impugnado en virtud de causas que han de ser objeto de valoración y decisión por primera vez, pues con ello 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.

En el mismo sentido, señalaba ya la STS 7 de abril de 2004 (Rec. Cas. 1678/2002) que "... la finalidad legítima del recurso, cuya protección constituye, ciertamente, el presupuesto para la adopción de medidas cautelares, no es sólo, en un caso como el de autos, que al final del proceso, incluida su fase de ejecución, se restablezca la legalidad urbanística, sino, más bien, que ésta no sea groseramente menoscabada durante la pendencia de aquél. En este sentido, no debe descartarse que la interpretación del concepto jurídico indeterminado "finalidad legítima del recurso" conduzca a incluir en él, no sólo la preservación del efecto útil de la sentencia futura, sino, también, la de evitar que quien aparentemente está revestido de toda razón tenga que esperar a la decisión final del proceso para "disfrutar" de la posición o situación jurídica que, con fuerte presunción, parece corresponderle. A favor de esta ampliación de aquel concepto juegan numerosas razones: desde la idea de que la institución cautelar opera en otras ramas de nuestro ordenamiento jurídico (así, por ejemplo, en sede del juicio ejecutivo) para tutelar provisionalmente situaciones dotadas de una fuerte presunción de certeza; hasta algunas decisiones de la jurisprudencia comunitaria en las que, en presencia de una "fuerte presunción" o "manifiesta fundamentación" de ilegalidad de la actividad frente a la que se solicita la medida cautelar, se concede ésta analizando sólo el aspecto del "fumus boni iuris", sin entrar en el examen de la existencia o no de un perjuicio grave e irreparable; pasando, en fin, por principios tales como el de la proscripción del abuso del derecho o el de que el tener que recurrir al proceso para obtener reconocimiento de los derechos no debe perjudicar a quien tiene razón. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva parece demandar, también, que el "perjuicio" inherente al tiempo necesario para finalizar el proceso no recaiga en quien, con fuerte apariencia, tiene toda la razón.

Es por ello, en tercer término, que no cabe interpretar el nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares surgido en la Ley 29/1998 como de proscripción, radical, absoluta, del criterio de la apariencia de buen derecho. Este criterio del "fumus boni iuris", aun siendo enormemente controvertido, no parece que pueda ser totalmente desatendido al decidir sobre la adopción de medidas cautelares. Bien para evitar que a través de demandas de todo punto infundadas se perturbe el interés público o los derechos de terceros; bien, como hemos dicho antes, para evitar que la necesidad de acudir al proceso corra en perjuicio de quien aparentemente tiene toda la razón; bien, en fin, para decantarse por la decisión en los casos extremos en que tanto la no adopción



como la adopción de la cautela pueda determinar una situación gravemente perjudicial o irreversible”.

En este caso, la aplicación del repetido criterio se presenta como necesaria teniendo en cuenta que esta misma Sala y Sección, en numerosas Sentencias [entre las más recientes, pueden citarse las de 28 de mayo de 2015 (Rec. 1089/2014), 10 de junio de 2015 (Rec. 1091/2014), 29 de septiembre de 2017 (Rec. 1470/2016), 8 de noviembre de 2017 (40/2017), 11 de diciembre de 2017 (Rec. 918/2017), 18 de diciembre de 2017 (Rec. 1457/2017) y 26 de enero de 2018 (Rec. 41/2017)] ha estimado recursos contencioso-administrativos contra idénticas resoluciones que aquéllas a las que viene referida la presente solicitud de tutela cautelar, habiendo acogido en las citadas Sentencias pretensiones basadas en argumentos sustancialmente idénticos a los esgrimidos por el recurrente en apoyo de la pretensión que ahora se resuelve, configurándose así por esta Sala un criterio reiterado y uniforme que a la misma Administración ahora demandada le es de sobra conocido.

Con aplicación, pues, del requisito de la apariencia de buen derecho en el sentido al que se ha hecho referencia, debe acogerse la tutela cautelar suspendiendo la ejecutividad de la actuación recurrida, en la medida en que ésta impide al recurrente su traslado desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular. Y todo ello apoyado, además de en lo ya expuesto, en lo razonado y resuelto por el Tribunal Supremo en un asunto en el que con idéntica aplicación del requisito del *fumus boni iuris* que ahora hacemos, dejó dicho lo siguiente [STS de 12 de febrero de 2018 (Rec. Cas. 103/2017)]: “Efectivamente, en el ámbito del sistema cautelar se ha producido la aportación jurisprudencial -doctrina de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*)- a la que se refiere la recurrente y que, pese a sus modulaciones, permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar. (...) la citada 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 o ante 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)...”.

QUINTO.- Establece el art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción que en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar Sentencia o al resolver por Auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En el caso de autos procede la condena en costas de la Administración que ha visto desestimada su pretensión y lo será en cuantía de cien euros (100 €) a la vista del contenido del escrito de oposición.

Vistos los preceptos legales invocados y los demás de general aplicación al presente caso,



LA SALA ACUERDA: Acceder a la medida cautelar solicitada, consistente en “la autorización de traslado a territorio peninsular”.

Ello con imposición de la costas de este incidente a la parte recurrida en cuantía máxima y términos recogidos en el Razonamiento Jurídico 5º.

Notifíquese esta resolución a los interesados, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer recurso de reposición en el plazo de cinco días, a contar desde el siguiente a su notificación.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. anotados al margen, de lo que yo, el Secretario, doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Este documento es una copia auténtica del documento Auto acordando medida cautelar 1 firmado electrónicamente por JOSE DAMIAN IRANZO CEREZO (PON), JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO (PSE), FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS, JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA, NAZARIO CRISTOBAL ZURDO

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Primera

C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

33016340

NIG: 28.079.00.3-2019/0011976

Pieza de Medidas Cautelares 606/2019 - 0001 (Procedimiento Ordinario)

De: D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. MARIA TERESA MARCOS MORENO

Contra: DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

AUTO N° 643/2019

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D./Dña. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO

ILMOS/ILMAS. SRES/SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D./Dña. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS

D./Dña. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA

D./Dña. JOSE DAMIAN IRANZO CEREZO

En Madrid, a veinticinco de octubre de dos mil diecinueve.

HECHOS

PRIMERO.- Por la Procuradora Sra. Marcos Moreno, en la representación que de D. [REDACTED] ostenta, se presentó recurso contra la desestimación presunta del recurso de alzada formulado en fecha 11 de Enero de 2019 contra el “*acto administrativo por el que se inserta*” la mención “*Válido solo en Ceuta*” en el documento que acredita la condición de solicitante de protección internacional. Por Otrosí Segundo del citado escrito de interposición se insta la adopción de medida cautelar consistente en que “*se autorice de forma expresa el traslado de Ceuta a territorio peninsular [...] y se permita su residencia en dicho territorio durante la substanciación del presente recurso*”.

SEGUNDO.- De conformidad con el artículo 131 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se formó pieza separada de medida cautelar.

TERCERO.- Dado traslado a la demandada, por Diligencia de ordenación de 22 de Octubre de 2019 se le tuvo por precluida del trámite de oposición al no haber presentado escrito alguno en el plazo a tal fin conferido.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ DAMIÁN IRANZO CEREZO.



RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Tiene por objeto la presente Pieza separada el resolver la pretensión de tutela cautelar ejercitada por la parte demandante al amparo de lo previsto en los artículos 129 y siguientes de la Ley Jurisdiccional. En los términos expuestos, se ha solicitado la suspensión de la ejecutividad de la desestimación por silencio del recurso de alzada referido.

SEGUNDO.- De acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en STS de 22 de julio de 2002 (Rec. Cas. 3507/1998), transcrita en el ATS de 16 de julio de 2004 (R.C.A. 46/2004) y reiterada en el de 18 de julio de 2006 (R.C.A. 18/2006), la razón de ser de la justicia cautelar en el proceso en general se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme pueda dar lugar a 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 señala el artículo 129 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 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.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en SSTC 22/84, 66/84, 238/92, 148/93, entre otras muchas) ha declarado que el principio de autotutela administrativa, que no es incompatible con el artículo 24.1 CE, engarza con el principio de eficacia previsto en el artículo 103.1 CE y se satisface facilitando que la ejecución se someta a la decisión de un Tribunal y éste resuelva sobre la suspensión. Sobre esta base, la STC 218/1994 dejó dicho 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 artículo 106.1 CE.

TERCERO.- La decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares debe ser adoptada mediante la adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, según la justificación que se ofrezca en el momento de solicitarla, en relación con los distintos criterios que según la Ley Jurisdiccional han de contemplarse, y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional.



Así, en relación con los criterios a considerar a la hora de resolver sobre la adopción o denegación de una medida cautelar, el ATS de 18 de julio de 2006, entre otros muchos, recuerda que han de ponderarse conjuntamente los siguientes:

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. 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 su adopción no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso.

c) El *periculum in mora*, 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.

d) La ponderación de los intereses concurrentes como criterio complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso. 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 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 de 3 de junio de 1997, entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*); un criterio que, no recogido expresamente en la Ley Jurisdiccional aunque sí en el artículo 728 LEC, permite realizar una valoración de los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar, con carácter provisional y en los casos delimitados por la jurisprudencia (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, 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), dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva.

CUARTO.- En este caso, examinada la pretensión de tutela cautelar formulada por la parte actora, la misma tendrá que ser acogida por las razones que se pasa a exponer. En este caso, el recurrente formuló el 23 de Octubre de 2018 ante la Oficina Única de Extranjeros en Ceuta solicitud de protección internacional, habiendo sido



admitida a trámite dicha solicitud y expedida la correspondiente documentación de su condición de solicitante, encontrándose por ello documentado por las Autoridades españolas en este sentido.

Con tal base, solicita se le reconozca la posibilidad de trasladarse desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular y ello sin perjuicio del resultado final del expediente de solicitud de protección internacional. La negación, pues, al actor de la posibilidad de trasladar su domicilio desde una parte a otra del territorio nacional podría afectar al derecho que, aunque de modo transitorio y no definitivo, aparea la admisión a trámite de la solicitud formulada; una afectación que, al concernir a su situación personal por la limitación de un derecho, podría dar lugar a la producción de perjuicios difícilmente reversibles en el caso de dictarse eventualmente una sentencia estimatoria en los autos de los que dimana esta pieza de medidas cautelares.

Procede, pues, considerar concurrente el requisito del *periculum in mora* sobre el que se construye esencialmente el actual sistema de medidas cautelares que contempla la Ley Jurisdiccional de 1998.

Junto a lo anterior, la necesidad de conjurar la posible pérdida de la finalidad legítima del recurso con la medida cautelar que se ha solicitado por el demandante queda, si cabe, más reforzada contemplando la concurrencia, también, del complementario *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho.

En relación con el mencionado requisito, será útil recordar lo que el Tribunal Supremo razonaba ya respecto al mismo, entre otras muchas, en Sentencia de 6 de julio de 2009 (Rec. Cas. 658/2008): “Es cierto que, como hemos declarado en repetidas ocasiones -sentencias de esta Sala de 14 de abril de 2003 (RC 5020/1999) y 17 de marzo de 2008 (RC 1021/2006), donde se citan otras anteriores de 27 de julio de 1996, 26 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 y 22 de febrero de 2003-, 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), si bien resulta aplicable en aquellos supuestos en que se solicita la nulidad del acto administrativo dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente. En la misma línea se expresa la sentencia de 18 de mayo de 2004 (RC 5793/2001), donde, citando resoluciones anteriores de la propia Sala (autos de 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y sentencia de 14 de enero de 1997, entre otros), se pone de manifiesto que la jurisprudencia hace una aplicación matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, que se utiliza sólo en determinados supuestos, citándose específicamente los casos en que concurra una nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, se trate de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, exista una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, o un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz; y, por el contrario, la doctrina de la apariencia de buen derecho no debe servir de fundamento para la adopción de la medida cautelar en los casos en que se predique la nulidad del



acto impugnado en virtud de causas que han de ser objeto de valoración y decisión por primera vez, pues con ello 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.

En el mismo sentido, señalaba ya la STS 7 de abril de 2004 (Rec. Cas. 1678/2002) que "... la finalidad legítima del recurso, cuya protección constituye, ciertamente, el presupuesto para la adopción de medidas cautelares, no es sólo, en un caso como el de autos, que al final del proceso, incluida su fase de ejecución, se restablezca la legalidad urbanística, sino, más bien, que ésta no sea groseramente menoscabada durante la pendencia de aquél. En este sentido, no debe descartarse que la interpretación del concepto jurídico indeterminado "finalidad legítima del recurso" conduzca a incluir en él, no sólo la preservación del efecto útil de la sentencia futura, sino, también, la de evitar que quien aparentemente está revestido de toda razón tenga que esperar a la decisión final del proceso para "disfrutar" de la posición o situación jurídica que, con fuerte presunción, parece corresponderle. A favor de esta ampliación de aquel concepto juegan numerosas razones: desde la idea de que la institución cautelar opera en otras ramas de nuestro ordenamiento jurídico (así, por ejemplo, en sede del juicio ejecutivo) para tutelar provisionalmente situaciones dotadas de una fuerte presunción de certeza; hasta algunas decisiones de la jurisprudencia comunitaria en las que, en presencia de una "fuerte presunción" o "manifiesta fundamentación" de ilegalidad de la actividad frente a la que se solicita la medida cautelar, se concede ésta analizando sólo el aspecto del "fumus boni iuris", sin entrar en el examen de la existencia o no de un perjuicio grave e irreparable; pasando, en fin, por principios tales como el de la proscripción del abuso del derecho o el de que el tener que recurrir al proceso para obtener reconocimiento de los derechos no debe perjudicar a quien tiene razón. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva parece demandar, también, que el "perjuicio" inherente al tiempo necesario para finalizar el proceso no recaiga en quien, con fuerte apariencia, tiene toda la razón.

Es por ello, en tercer término, que no cabe interpretar el nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares surgido en la Ley 29/1998 como de proscripción, radical, absoluta, del criterio de la apariencia de buen derecho. Este criterio del "fumus boni iuris", aun siendo enormemente controvertido, no parece que pueda ser totalmente desatendido al decidir sobre la adopción de medidas cautelares. Bien para evitar que a través de demandas de todo punto infundadas se perturbe el interés público o los derechos de terceros; bien, como hemos dicho antes, para evitar que la necesidad de acudir al proceso corra en perjuicio de quien aparentemente tiene toda la razón; bien, en fin, para decantarse por la decisión en los casos extremos en que tanto la no adopción como la adopción de la cautela pueda determinar una situación gravemente perjudicial o irreversible".

En este caso, la aplicación del repetido criterio se presenta como necesaria teniendo en cuenta que esta misma Sala y Sección, en numerosas Sentencias [entre las más recientes, pueden citarse las de 28 de mayo de 2015 (Rec. 1089/2014), 10 de junio de 2015 (Rec. 1091/2014), 29 de septiembre de 2017 (Rec. 1470/2016), 8 de noviembre de 2017 (40/2017), 11 de diciembre de 2017 (Rec. 918/2017), 18 de diciembre de 2017



(Rec. 1457/2017) y 26 de enero de 2018 (Rec. 41/2017)] ha estimado recursos contencioso-administrativos contra idénticas resoluciones que aquéllas a las que viene referida la presente solicitud de tutela cautelar, habiendo acogido en las citadas Sentencias pretensiones basadas en argumentos sustancialmente idénticos a los esgrimidos por el recurrente en apoyo de la pretensión que ahora se resuelve, configurándose así por esta Sala un criterio reiterado y uniforme que a la misma Administración ahora demandada le es de sobra conocido.

Con aplicación, pues, del requisito de la apariencia de buen derecho en el sentido al que se ha hecho referencia, debe acogerse la tutela cautelar suspendiendo la ejecutividad de la actuación recurrida, en la medida en que ésta impide al recurrente su traslado desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular. Y todo ello apoyado, además de en lo ya expuesto, en lo razonado y resuelto por el Tribunal Supremo en un asunto en el que con idéntica aplicación del requisito del *fumus boni iuris* que ahora hacemos, dejó dicho lo siguiente [STS de 12 de febrero de 2018 (Rec. Cas. 103/2017)]: “Efectivamente, en el ámbito del sistema cautelar se ha producido la aportación jurisprudencial -doctrina de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*)- a la que se refiere la recurrente y que, pese a sus modulaciones, permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar. (...) la citada 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 o ante 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)...”.

QUINTO.- Establece el art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción que en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar Sentencia o al resolver por Auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En el caso de autos procede la condena en costas de la Administración que ha visto desestimada su pretensión y lo será en cuantía de cien euros (100 €) a la vista del contenido del escrito de oposición.

Vistos los preceptos legales invocados y los demás de general aplicación al presente caso,

LA SALA ACUERDA: Acceder a la medida cautelar solicitada, consistente en la autorización de traslado de Ceuta a territorio peninsular y residencia en el mismo durante la substanciación del presente recurso.

Ello con imposición de la costas de este incidente a la parte recurrida en cuantía máxima y términos recogidos en el Razonamiento Jurídico 5º.



Notifíquese la presente resolución a las partes y remítase testimonio de la presente resolución a la Administración demandada, DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA, para que lleve a efecto lo acordado.

Contra la presente resolución cabe **recurso de reposición** en el plazo de cinco días desde la notificación, **previa constitución del depósito** previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite dicho recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2414-0000-91-0606-19 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” 20 Contencioso-Reposición/Súplica (25 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2414-0000-91-0606-19 en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos/as. Sres/as. anotados en el encabezamiento de la presente resolución. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Este documento es una copia auténtica del documento Auto acordando medida cautelar 1 firmado electrónicamente por JOSE DAMIAN IRANZO CEREZO (PON), JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO (PSE), FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS, JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA, NAZARIO CRISTOBAL ZURDO

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Primera

C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

33016340

NIG: 28.079.00.3-2019/0017263

Pieza de Medidas Cautelares 873/2019 - 0001 (Procedimiento Ordinario)

De: D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. JUAN MANUEL CALOTO CARPINTERO

Contra: DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

AUTO N° 649/2019

Presidente:

D. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO

Magistrados:

D. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS

D. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA

D. JOSÉ DAMIÁN IRANZO CEREZO

En la Villa de Madrid, a 28 de Octubre de 2019.

HECHOS

PRIMERO.- Por el Procurador Sr. Caloto Carpintero, en la representación que de D. [REDACTED] ostenta, se presentó en fecha 18 de Octubre de 2019 recurso contra la desestimación presunta del recurso de alzada formulado en fecha 18 de Marzo de 2019 contra el “*acto administrativo por el que se inserta*” la mención “*Válido solo en Ceuta*” en el documento que acredita la condición de solicitante de protección internacional. Por Otrosí Segundo del citado escrito de interposición se insta la adopción de medida cautelar consistente en “*la autorización de traslado a territorio peninsular*” y que “*se permita su residencia en dicho territorio*” durante la substanciación del recurso.

SEGUNDO.- De conformidad con el artículo 131 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se formó pieza separada de medida cautelar.

TERCERO.- Dado traslado a la Abogacía del Estado, ésta se opuso a la medida cautelar instada en los términos que se expresan en el escrito presentado en fecha 25 de



Octubre de 2019, quedando entonces las actuaciones pendientes del dictado de la presente resolución.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ DAMIÁN IRANZO CEREZO.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Tiene por objeto la presente Pieza separada el resolver la pretensión de tutela cautelar ejercitada por la parte demandante al amparo de lo previsto en los artículos 129 y siguientes de la Ley Jurisdiccional. En los términos expuestos, se ha solicitado la suspensión de la ejecutividad de la desestimación por silencio del recurso de alzada referido.

SEGUNDO.- De acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en STS de 22 de julio de 2002 (Rec. Cas. 3507/1998), transcrita en el ATS de 16 de julio de 2004 (R.C.A. 46/2004) y reiterada en el de 18 de julio de 2006 (R.C.A. 18/2006), la razón de ser de la justicia cautelar en el proceso en general se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme pueda dar lugar a 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 señala el artículo 129 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 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.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en SSTC 22/84, 66/84, 238/92, 148/93, entre otras muchas) ha declarado que el principio de autotutela administrativa, que no es incompatible con el artículo 24.1 CE, engarza con el principio de eficacia previsto en el artículo 103.1 CE y se satisface facilitando que la ejecución se someta a la decisión de un Tribunal y éste resuelva sobre la suspensión. Sobre esta base, la STC 218/1994 dejó dicho 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 artículo 106.1 CE.



TERCERO.- La decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares debe ser adoptada mediante la adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, según la justificación que se ofrezca en el momento de solicitarla, en relación con los distintos criterios que según la Ley Jurisdiccional han de contemplarse, y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional.

Así, en relación con los criterios a considerar a la hora de resolver sobre la adopción o denegación de una medida cautelar, el ATS de 18 de julio de 2006, entre otros muchos, recuerda que han de ponderarse conjuntamente los siguientes:

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. 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 su adopción no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso.

c) El *periculum in mora*, 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.

d) La ponderación de los intereses concurrentes como criterio complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso. 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 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 de 3 de junio de 1997, entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*); un criterio que, no recogido expresamente en la Ley Jurisdiccional aunque sí en el artículo 728 LEC, permite realizar una valoración de los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar, con carácter provisional y en los casos delimitados por la jurisprudencia (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, 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), dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva.



CUARTO.- En este caso, examinada la pretensión de tutela cautelar formulada por la parte actora, la misma tendrá que ser acogida por las razones que se pasa a exponer. El recurrente formuló el 23 de enero de 2019 ante la Oficina Única de Extranjeros en Ceuta solicitud de protección internacional, habiendo sido admitida a trámite dicha solicitud y expedida la correspondiente documentación de su condición de solicitante, encontrándose por ello documentado por las Autoridades españolas en este sentido.

Con tal base, solicita se le reconozca la posibilidad de trasladarse desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular y residir en éste durante la substanciación del recurso. Ello sin perjuicio del resultado final del expediente de solicitud de protección internacional. La negación, pues, al actor de la posibilidad de trasladar su domicilio desde una parte a otra del territorio nacional podría afectar al derecho que, aunque de modo transitorio y no definitivo, aparea la admisión a trámite de la solicitud formulada; una afectación que, al concernir a su situación personal por la limitación de un derecho, podría dar lugar a la producción de perjuicios difícilmente reversibles en el caso de dictarse eventualmente una sentencia estimatoria en los autos de los que dimana esta pieza de medidas cautelares.

Procede, pues, considerar concurrente el requisito del *periculum in mora* sobre el que se construye esencialmente el actual sistema de medidas cautelares que contempla la Ley Jurisdiccional de 1998.

Junto a lo anterior, la necesidad de conjurar la posible pérdida de la finalidad legítima del recurso con la medida cautelar que se ha solicitado por el demandante queda, si cabe, más reforzada contemplando la concurrencia, también, del complementario *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho.

En relación con el mencionado requisito, será útil recordar lo que el Tribunal Supremo razonaba ya respecto al mismo, entre otras muchas, en Sentencia de 6 de julio de 2009 (Rec. Cas. 658/2008): “Es cierto que, como hemos declarado en repetidas ocasiones -sentencias de esta Sala de 14 de abril de 2003 (RC 5020/1999) y 17 de marzo de 2008 (RC 1021/2006), donde se citan otras anteriores de 27 de julio de 1996, 26 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 y 22 de febrero de 2003-, 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), si bien resulta aplicable en aquellos supuestos en que se solicita la nulidad del acto administrativo dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente. En la misma línea se expresa la sentencia de 18 de mayo de 2004 (RC 5793/2001), donde, citando resoluciones anteriores de la propia Sala (autos de 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y sentencia de 14 de enero de 1997, entre otros), se pone de manifiesto que la jurisprudencia hace una aplicación matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, que se utiliza sólo en determinados



supuestos, citándose específicamente los casos en que concurra una nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, se trate de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, exista una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, o un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz; y, por el contrario, la doctrina de la apariencia de buen derecho no debe servir de fundamento para la adopción de la medida cautelar en los casos en que se predique la nulidad del acto impugnado en virtud de causas que han de ser objeto de valoración y decisión por primera vez, pues con ello 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.

En el mismo sentido, señalaba ya la STS 7 de abril de 2004 (Rec. Cas. 1678/2002) que "... la finalidad legítima del recurso, cuya protección constituye, ciertamente, el presupuesto para la adopción de medidas cautelares, no es sólo, en un caso como el de autos, que al final del proceso, incluida su fase de ejecución, se restablezca la legalidad urbanística, sino, más bien, que ésta no sea groseramente menoscabada durante la pendencia de aquél. En este sentido, no debe descartarse que la interpretación del concepto jurídico indeterminado "finalidad legítima del recurso" conduzca a incluir en él, no sólo la preservación del efecto útil de la sentencia futura, sino, también, la de evitar que quien aparentemente está revestido de toda razón tenga que esperar a la decisión final del proceso para "disfrutar" de la posición o situación jurídica que, con fuerte presunción, parece corresponderle. A favor de esta ampliación de aquel concepto juegan numerosas razones: desde la idea de que la institución cautelar opera en otras ramas de nuestro ordenamiento jurídico (así, por ejemplo, en sede del juicio ejecutivo) para tutelar provisionalmente situaciones dotadas de una fuerte presunción de certeza; hasta algunas decisiones de la jurisprudencia comunitaria en las que, en presencia de una "fuerte presunción" o "manifiesta fundamentación" de ilegalidad de la actividad frente a la que se solicita la medida cautelar, se concede ésta analizando sólo el aspecto del "fumus boni iuris", sin entrar en el examen de la existencia o no de un perjuicio grave e irreparable; pasando, en fin, por principios tales como el de la proscripción del abuso del derecho o el de que el tener que recurrir al proceso para obtener reconocimiento de los derechos no debe perjudicar a quien tiene razón. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva parece demandar, también, que el "perjuicio" inherente al tiempo necesario para finalizar el proceso no recaiga en quien, con fuerte apariencia, tiene toda la razón.

Es por ello, en tercer término, que no cabe interpretar el nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares surgido en la Ley 29/1998 como de proscripción, radical, absoluta, del criterio de la apariencia de buen derecho. Este criterio del "fumus boni iuris", aun siendo enormemente controvertido, no parece que pueda ser totalmente desatendido al decidir sobre la adopción de medidas cautelares. Bien para evitar que a través de demandas de todo punto infundadas se perturbe el interés público o los derechos de terceros; bien, como hemos dicho antes, para evitar que la necesidad de acudir al proceso corra en perjuicio de quien aparentemente tiene toda la razón; bien, en fin, para decantarse por la decisión en los casos extremos en que tanto la no adopción



como la adopción de la cautela pueda determinar una situación gravemente perjudicial o irreversible”.

En este caso, la aplicación del repetido criterio se presenta como necesaria teniendo en cuenta que esta misma Sala y Sección, en numerosas Sentencias [entre las más recientes, pueden citarse las de 28 de mayo de 2015 (Rec. 1089/2014), 10 de junio de 2015 (Rec. 1091/2014), 29 de septiembre de 2017 (Rec. 1470/2016), 8 de noviembre de 2017 (40/2017), 11 de diciembre de 2017 (Rec. 918/2017), 18 de diciembre de 2017 (Rec. 1457/2017) y 26 de enero de 2018 (Rec. 41/2017)] ha estimado recursos contencioso-administrativos contra idénticas resoluciones que aquéllas a las que viene referida la presente solicitud de tutela cautelar, habiendo acogido en las citadas Sentencias pretensiones basadas en argumentos sustancialmente idénticos a los esgrimidos por el recurrente en apoyo de la pretensión que ahora se resuelve, configurándose así por esta Sala un criterio reiterado y uniforme que a la misma Administración ahora demandada le es de sobra conocido.

Con aplicación, pues, del requisito de la apariencia de buen derecho en el sentido al que se ha hecho referencia, debe acogerse la tutela cautelar suspendiendo la ejecutividad de la actuación recurrida, en la medida en que ésta impide al recurrente su traslado desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular. Y todo ello apoyado, además de en lo ya expuesto, en lo razonado y resuelto por el Tribunal Supremo en un asunto en el que con idéntica aplicación del requisito del *fumus boni iuris* que ahora hacemos, dejó dicho lo siguiente [STS de 12 de febrero de 2018 (Rec. Cas. 103/2017)]: “Efectivamente, en el ámbito del sistema cautelar se ha producido la aportación jurisprudencial -doctrina de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*)- a la que se refiere la recurrente y que, pese a sus modulaciones, permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar. (...) la citada 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 o ante 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)...”.

QUINTO.- Establece el art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción que en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar Sentencia o al resolver por Auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En el caso de autos procede la condena en costas de la Administración que ha visto desestimada su pretensión y lo será en cuantía de cien euros (100 €) a la vista del contenido del escrito de oposición.

Vistos los preceptos legales invocados y los demás de general aplicación al presente caso,



LA SALA ACUERDA: Acceder a la medida cautelar solicitada, consistente en “*la autorización de traslado a territorio peninsular*” y el que se “*permita su residencia*” en éste durante la substanciación del recurso.

Ello con imposición de la costas de este incidente a la parte recurrida en cuantía máxima y términos recogidos en el Razonamiento Jurídico 5º.

Notifíquese esta resolución a los interesados, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer recurso de reposición en el plazo de cinco días, a contar desde el siguiente a su notificación previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite dicho recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2414-0000-91-0873-19 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” 20 Contencioso-Reposición/Súplica (25 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2414-0000-91-0873-19 en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. anotados al margen, de lo que yo, el Secretario, doy fe.

Contra la presente resolución cabe **recurso de reposición** en el plazo de cinco días desde la notificación,

Lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos/as. Sres/as. anotados en el encabezamiento de la presente resolución. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Este documento es una copia auténtica del documento Auto acordando medida cautelar 1 firmado electrónicamente por JOSE DAMIAN IRANZO CEREZO (PON), JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO (PSE), FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS, JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA, NAZARIO CRISTOBAL ZURDO

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Primera

C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

33016340

NIG: 28.079.00.3-2019/0014166

Pieza de Medidas Cautelares 719/2019 - 0001 (Procedimiento Ordinario)

De: D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. OLGA MARTIN MARQUEZ

Contra: DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

AUTO N° 632/2019

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D./Dña. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO

ILMOS/ILMAS. SRES/SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D./Dña. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS

D./Dña. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA

En Madrid, a veinticuatro de octubre de dos mil diecinueve.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 6 de junio de 2.019 tuvo entrada en esta Sección recurso promovido por don [REDACTED] contra la desestimación por silencio del recurso de alzada interpuesto contra “el acto administrativo por el que se adiciona la inscripción válido solo en Ceuta en el documento que acredita su condición de solicitante de protección internacional”.

SEGUNDO.- En fecha 4 de octubre de 2019 se ha instado como medida cautelar que se autorice de forma expresa su traslado de Ceuta a territorio peninsular y se permita su residencia en dicho territorio durante la sustanciación del recurso.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La presente pieza separada de medidas cautelares tiene por objeto resolver la pretensión de tutela cautelar ejercitada por la parte demandante al amparo de lo previsto en los artículos 129 y siguientes de la Ley Jurisdiccional.



El recurrente ha solicitado la suspensión de la ejecutividad de la desestimación por silencio del recurso de alzada interpuesto contra el acuerdo de 16 de marzo de 2018, del Jefe Superior de Policía de Ceuta por el que en la documentación que le fue entregada en su condición de solicitante de Protección Internacional se le hizo constar la inscripción “válido solo en Ceuta”.

SEGUNDO.- De acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en STS de 22 de julio de 2002 (Rec. Cas. 3507/1998), transcrita en el ATS de 16 de julio de 2004 (R.C.A. 46/2004) y reiterada en el de 18 de julio de 2006 (R.C.A. 18/2006), la razón de ser de la justicia cautelar en el proceso en general se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme pueda dar lugar a 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 señala el artículo 129 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 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.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en SSTC 22/84, 66/84, 238/92, 148/93, entre otras muchas) ha declarado que el principio de autotutela administrativa, que no es incompatible con el artículo 24.1 CE, engarza con el principio de eficacia previsto en el artículo 103.1 CE y se satisface facilitando que la ejecución se someta a la decisión de un Tribunal y éste resuelva sobre la suspensión. Sobre esta base, la STC 218/1994 dejó dicho 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 artículo 106.1 CE.



TERCERO.- La decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares debe ser adoptada mediante la adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, según la justificación que se ofrezca en el momento de solicitarla, en relación con los distintos criterios que según la Ley Jurisdiccional han de contemplarse, y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional.

Así, en relación con los criterios a considerar a la hora de resolver sobre la adopción o denegación de una medida cautelar, el ATS de 18 de julio de 2006, entre otros muchos, recuerda que han de ponderarse conjuntamente los siguientes:

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. 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 su adopción no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso.

c) El *periculum in mora*, 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.

d) La ponderación de los intereses concurrentes como criterio complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso. 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 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 de 3 de junio de 1997, entre otros muchos).



e) La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*); un criterio que, no recogido expresamente en la Ley Jurisdiccional aunque sí en el artículo 728 LEC, permite realizar una valoración de los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar, con carácter provisional y en los casos delimitados por la jurisprudencia (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, 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), dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva.

CUARTO.- En este caso, examinada detenidamente la pretensión de tutela cautelar formulada por la parte actora, la misma tendrá que ser acogida por las razones que se pasa a exponer.

En este caso, el recurrente formuló el 21 de noviembre de 2018 una solicitud de protección internacional en el puesto fronterizo de Ceuta, habiendo sido admitida a trámite dicha solicitud por lo que está documentado por las autoridades españolas en este sentido.

Con tal base, solicita se le reconozca la posibilidad de trasladarse desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular y ello sin perjuicio del resultado final del expediente de solicitud de protección internacional. La negación, pues, al actor de la posibilidad de trasladar su domicilio desde una parte a otra del territorio nacional podría afectar al derecho que, aunque de modo transitorio y no definitivo, apareja la admisión a trámite de la solicitud formulada; una afectación que, al concernir a su situación personal por la limitación de un derecho, podría dar lugar a la producción de perjuicios difícilmente reversibles en el caso de dictarse eventualmente una sentencia estimatoria en los autos de los que dimana esta pieza de medidas cautelares.

Procede, pues, considerar concurrente el requisito del *periculum in mora* sobre el que se construye esencialmente el actual sistema de medidas cautelares que contempla la Ley Jurisdiccional de 1998.



Junto a lo anterior, la necesidad de conjurar la posible pérdida de la finalidad legítima del recurso con la medida cautelar que se ha solicitado por el demandante queda, si cabe, más reforzada contemplando la concurrencia, también, del complementario *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho.

En relación con el mencionado requisito, será útil recordar lo que el Tribunal Supremo razonaba ya respecto al mismo, entre otras muchas, en Sentencia de 6 de julio de 2009 (Rec. Cas. 658/2008):

“Es cierto que, como hemos declarado en repetidas ocasiones -sentencias de esta Sala de 14 de abril de 2003 (RC 5020/1999) y 17 de marzo de 2008 (RC 1021/2006), donde se citan otras anteriores de 27 de julio de 1996, 26 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 y 22 de febrero de 2003-, 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), si bien resulta aplicable en aquellos supuestos en que se solicita la nulidad del acto administrativo dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente. En la misma línea se expresa la sentencia de 18 de mayo de 2004 (RC 5793/2001), donde, citando resoluciones anteriores de la propia Sala (autos de 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y sentencia de 14 de enero de 1997, entre otros), se pone de manifiesto que la jurisprudencia hace una aplicación matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, que se utiliza sólo en determinados supuestos, citándose específicamente los casos en que concurra una nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, se trate de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, exista una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, o un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz; y, por el contrario, la doctrina de la apariencia de buen derecho no debe servir de fundamento para la adopción de la medida cautelar en los casos en que se predique la nulidad del acto impugnado en virtud de causas que han de ser objeto de valoración y decisión por primera vez, pues con ello 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.

En el mismo sentido, señalaba ya la STS 7 de abril de 2004 (Rec. Cas. 1678/2002) que "... la finalidad legítima del recurso, cuya protección constituye, ciertamente, el presupuesto para la adopción de medidas cautelares, no es sólo, en un caso como el de autos, que al final del proceso, incluida su fase de ejecución, se restablezca la legalidad urbanística, sino, más bien, que ésta no sea groseramente menoscabada durante la pendencia de aquél. En este sentido, no debe descartarse que la interpretación del concepto jurídico indeterminado "finalidad legítima del recurso" conduzca a incluir en él, no sólo la preservación del efecto útil de la sentencia futura, sino, también, la de evitar que quien aparentemente está revestido de toda razón tenga que esperar a la decisión final del proceso para "disfrutar" de la posición o situación jurídica que, con fuerte presunción, parece corresponderle. A favor de esta ampliación de aquel concepto juegan numerosas razones: desde la idea de que la institución cautelar opera en otras ramas de nuestro ordenamiento jurídico (así, por ejemplo, en sede del juicio ejecutivo) para tutelar provisionalmente situaciones dotadas de una fuerte presunción de certeza; hasta algunas decisiones de la jurisprudencia comunitaria en las que, en presencia de una "fuerte presunción" o "manifiesta fundamentación" de ilegalidad de la actividad frente a la que se solicita la medida cautelar, se concede ésta analizando sólo el aspecto del "fumus boni iuris", sin entrar en el examen de la existencia o no de un perjuicio grave e irreparable; pasando, en fin, por principios tales como el de la proscripción del abuso del derecho o el de que el tener que recurrir al proceso para obtener reconocimiento de los derechos no debe perjudicar a quien tiene razón. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva parece demandar, también, que el "perjuicio" inherente al tiempo necesario para finalizar el proceso no recaiga en quien, con fuerte apariencia, tiene toda la razón.

Es por ello, en tercer término, que no cabe interpretar el nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares surgido en la Ley 29/1998 como de proscripción, radical, absoluta, del criterio de la apariencia de buen derecho. Este criterio del "fumus boni iuris", aun siendo enormemente controvertido, no parece que pueda ser totalmente desatendido al decidir sobre la adopción de medidas cautelares. Bien para evitar que a través de demandas de todo punto infundadas se perturbe el interés público o los derechos de terceros; bien, como hemos dicho



antes, para evitar que la necesidad de acudir al proceso corra en perjuicio de quien aparentemente tiene toda la razón; bien, en fin, para decantarse por la decisión en los casos extremos en que tanto la no adopción como la adopción de la cautela pueda determinar una situación gravemente perjudicial o irreversible”.

En este caso, la aplicación del repetido criterio se presenta como necesaria teniendo en cuenta que esta misma Sala y Sección, en numerosas Sentencias [entre las más recientes, pueden citarse las de 28 de mayo de 2015 (Rec. 1089/2014), 10 de junio de 2015 (Rec. 1091/2014), 29 de septiembre de 2017 (Rec. 1470/2016), 8 de noviembre de 2017 (40/2017), 11 de diciembre de 2017 (Rec. 918/2017), 18 de diciembre de 2017 (Rec. 1457/2017) y 26 de enero de 2018 (Rec. 41/2017)] ha estimado recursos contencioso-administrativos contra idénticas resoluciones que aquéllas a las que viene referida la presente solicitud de tutela cautelar, habiendo acogido en las citadas Sentencias pretensiones basadas en argumentos sustancialmente idénticos a los esgrimidos por el recurrente en apoyo de la pretensión que ahora se resuelve, configurándose así por esta Sala un criterio reiterado y uniforme que a la misma Administración ahora demandada le es de sobra conocido.

Con aplicación, pues, del requisito de la apariencia de buen derecho en el sentido al que se ha hecho referencia, debe acogerse entonces la primera de las pretensiones ejercitadas en la solicitud de tutela cautelar suspendiendo la ejecutividad de las resoluciones recurridas, en la medida en que las mismas impiden al recurrente su desde la Ciudad Autónoma de Melilla al territorio peninsular, en la ciudad de Almería. Y todo ello apoyado, además de en lo ya expuesto, en lo razonado y resuelto por el Tribunal Supremo en un asunto en el que con idéntica aplicación del requisito del *fumus boni iuris* que ahora hacemos, dejó dicho lo siguiente [STS de 12 de febrero de 2018 (Rec. Cas. 103/2017)]:

“Efectivamente, en el ámbito del sistema cautelar se ha producido la aportación jurisprudencial -doctrina de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*)- a la que se refiere la recurrente y que, pese a sus modulaciones, permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.



(...) la citada 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 o ante 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)...”.

QUINTO.- Establece el art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción que en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En el caso de autos procede la condena en costas de la Administración que ha visto desestimada su pretensión y lo será en cuantía de cien euros (100 €) a la vista del contenido del escrito de oposición.

LA SALA ACUERDA:

1.- Se acuerda la medida cautelar solicitada, consistente en que se suspenda la decisión de no permitir el traslado del demandante desde la Ciudad Autónoma de Ceuta al territorio peninsular.

2.- Se condena en costas a la Administración en cuantía de cien euros (100 €).

Notifíquese la presente resolución a las partes y remítase testimonio de la presente resolución a la Administración demandada, DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA, para que lleve a efecto lo acordado.

Contra la presente resolución cabe recurso de Casación preciso **recurso de reposición** en el plazo de cinco días desde la notificación, **previa constitución del depósito** previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite dicho recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2414-0000-91-0719-19 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” 20 Contencioso-Reposición/Súplica (25 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2414-0000-91-0719-19 en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.



Lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos/as. Sres/as. anotados en el encabezamiento de la presente resolución. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Este documento es una copia auténtica del documento Auto acordando medida cautelar 1 firmado electrónicamente por FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS (PON), JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO (PSE), JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA, NAZARIO CRISTOBAL ZURDO