



**Juzgado de lo Contencioso-
Administrativo nº 34 de Madrid**
C/ Gran Vía, 52 - 28013
45042440
NIG: 28.079.00.3-2013/0009817

010 30098748671
(01) 30098748671

Pieza de Medidas Cautelares 13/2013 - 01 (Procedimiento Abreviado)

Demandante/s: D./Dña. ~~XXXXXXXXXX~~
LETRADO D./Dña. MARCELO JUAN MARIANO BELGRANO LEDESMA, BRAVO MURILLO, 101 PISO 6º-2, nº C.P.:28020 MADRID (Madrid)
Demandado/s: DELEGACION DEL GOBIERNO

AUTO

En Madrid, a diecinueve de septiembre de dos mil trece.

HECHOS

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso-administrativo, interpuesto por D. ~~XXXXXXXXXX~~ ~~XXXXXXXXXX~~ contra la actuación administrativa que se dirá, la parte recurrente ha solicitado la adopción de la siguiente medida cautelar: "SUSPENDA LA EJECUCIÓN DE LA SALIDA OBLIGATORIA DEL TERRITORIO NACIONAL Y PUEDA SEGUIR ADELANTE CON SU RESIDENCIA LEGAL EN ESPAÑA CON AUTORIZACIÓN DE TRABAJO".

SEGUNDO.- Formada la correspondiente pieza separada, se ha concedido a la parte demandada un plazo de diez días a fin de que pudiera alegar lo que estimase pertinente en relación con la medida solicitada, habiendo presentado la ABOGACÍA DEL ESTADO escrito manifestando su oposición a la medida cautelar instada por la parte recurrente y el mantenimiento de la ejecutividad de la resolución recurrida.

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.

El actor ha solicitado la suspensión de la ejecutividad de la actuación consistente en la denegación presunta por silencio administrativo del recurso de reposición formulado



frente a la Resolución de 4 de febrero de 2013, de la Delegación del Gobierno en Madrid, denegatoria de la tarjeta de residente de familiar de ciudadano comunitario.

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 recuerda que han de ponderarse conjuntamente los siguientes:

1) 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.

2) 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 hasta la saciedad la jurisprudencia "cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto" (ATS 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.- La aplicación de la doctrina expuesta al caso que aquí nos ocupa nos lleva a denegar en parte la suspensión cautelar de la ejecutividad de la resolución impugnada.

En este caso, ha de tenerse presente que lo que, de un lado, solicita la parte recurrente es que se suspendan los efectos de la resolución que le deniega una autorización de residencia para familiar de ciudadano de la Unión Europea, un acto que, en sí mismo, se ha de calificar como de carácter negativo y cuya suspensión se traduciría en una anticipación de los efectos del acto positivo contrario. Debe aplicarse, por tanto, la doctrina jurisprudencial pronunciada al respecto por el Tribunal Supremo (entre otros, en AATS de 22 de marzo y 25 de septiembre de 1991, 13 de julio de 1994, 12 y 14 de junio de 2000 y 7 de febrero de 2001) sobre la base de la pronunciada por el Tribunal Constitucional acerca de la imposibilidad de acceder a la suspensión de los actos negativos toda vez que "la suspensión de denegaciones de reconocimiento de derechos entraña algo más que una simple suspensión, pues implica de hecho un otorgamiento, siquiera sea provisional [...], con lo que la medida cautelar se transforma en una estimación anticipada, aunque no definitiva, de la pretensión de fondo". Los actos negativos, sostiene el Tribunal Constitucional "no cambian en nada la situación existente; en tales casos acceder a la petición de suspensión significaría, pura y simplemente,

más que paralizar los pretendidos efectos de tales actos, crear una situación nueva, es decir, que en tales casos las Salas de lo Contencioso, más que detener la eficacia de un acto administrativo, lo que harían es, al socaire de la suspensión, algo más y distinto a suspender, a saber, emitir un acto distinto y contradictorio con el administrativo impugnado" (ATC de 29 de marzo de 1990).

De igual modo, procede rechazar la invocación que, como fundamento de su pretensión, se hace de la doctrina de la apariencia de buen derecho justificada en esencia en el hecho de que el actor ya ha extinguido las penas que le fueron impuestas en su día -lo que es causa directa de la denegación recurrida-. En este sentido ha de recordarse que el del *fumus boni iuris* fue un requisito ciertamente innovador, en su momento, e incorporado a nuestra jurisprudencia a partir del Auto del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990, producto, a su vez de la elaboración jurisprudencial del Tribunal de Justicia en el seno del Derecho comunitario, pero que su aplicación limitada se desprende de la jurisprudencia más moderna de la que también se ha dejado constancia más arriba y en la que el Tribunal Supremo determina con precisión aquellos supuestos en los que, en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, habrá de ser de aplicación -siempre con ponderación de los demás que han de ser concurrentes-; supuestos recogidos también más arriba y en ninguno de los cuales nos encontramos en el presente recurso.

Sin perjuicio de lo anterior procede, sin embargo, acoger la petición de tutela cautelar que alcanza al efecto derivado de lo dispuesto en el artículo 28.3.c) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en relación con su salida obligatoria del territorio español. Teniendo en cuenta que el demandante manifiesta tener arraigo en España, mediante su integración familiar y laboral, sin perjuicio de la posible valoración que de ello pudiera hacerse en su momento en la sentencia y en aplicación de la doctrina jurisprudencial consolidada que notoriamente rige en esta materia, se está en el caso de acceder a la suspensión de las consecuencias negativas que se derivarían de la denegación del permiso de residencia solicitado, relativas a la posible exigencia o requerimiento de abandonar el territorio nacional.

QUINTO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA, no procede hacer un especial pronunciamiento sobre las costas causadas en el presente incidente.

PARTE DISPOSITIVA

- 1.- No ha lugar a la adopción de la medida cautelar solicitada consistente en la autorización de trabajo y residencia del recurrente.
- 2.- Se acuerda la suspensión de los efectos negativos que se deriven de la resolución administrativa impugnada, relativos a la posibilidad de que el demandante sea requerido para que abandone el territorio español o sea decretada su expulsión. Esta medida se mantendrá hasta que se dicte sentencia firme que ponga fin al proceso o hasta que éste finalice por cualquiera otra de las causas previstas en la Ley Reguladora de esta Jurisdicción y sin

perjuicio de su modificación o revocación si cambiaran las circunstancias tenidas en cuenta en esta resolución.

3.- No se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas.

4.- Llévase testimonio de la presente resolución a los Autos principales y comuníquese la misma al órgano administrativo autor de la actuación impugnada, el cual, conforme ordena el artículo 134 de la Ley Jurisdiccional, dispondrá el inmediato cumplimiento de lo acordado.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación en un efecto en el término de quince días ante este Juzgado y para ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado dicho recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado nº 5118-0000-91-0185-13 (Banesto, Sucursal calle Gran Vía nº 30), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 22 Contencioso-Apelación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, el código y tipo concreto de recurso debe indicarse justamente después de especificar los 16 dígitos de la cuenta expediente (separado por un espacio).

Así por este auto lo acuerda, manda y firma la Ilma Sra. Dña. MARÍA DEL PILAR GARCÍA RUIZ, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 34 de los de Madrid.

LA MAGISTRADA-JUEZ