



Juzgado de lo Contencioso-Administrativo: Nº 4
 C/ Aurea Díaz Flores, nº 5 Edificio Barlovento Bajo
 Santa Cruz de Tenerife
 Teléfono: 922 20 13 95/22 38 87
 Fax.: 922 20 99 60

Sección: JRS
 Procedimiento: Procedimiento abreviado
 Nº Procedimiento: 0000104/2015
 No principal: Pieza de medidas cautelares - 01

NIG: 3803845320150000458
 Materia: Extranjería
 Resolución: Auto 000248/2015
 IUP: TC2015003398

Intervención:
 Demandante

Interviniente:

Abogado:

Procurador:

Demandado

Subdelegación de Gobierno

Abogacía del Estado en SCT

AUTO SOBRE MEDIDA CAUTELAR CON AUDIENCIA A LA ADMINISTRACION DEMANDADA

En Santa Cruz de Tenerife, a 8 de mayo de 2015.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- La representación procesal de la recurrente D.ª [Nombre] interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de 12-14 de la Subdelegación del Gobierno en Santa Cruz de Tenerife, que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la de Resolución fecha 0. -14, que había denegado la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea.

En Otrosí de su escrito de demanda la recurrente interesó la suspensión de la ejecución del citado acto y el otorgamiento cautelar de dicha tarjeta de residencia, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes por lo que formada pieza separada para la sustanciación de la medida cautelar interesada, se dio traslado de la misma a la Administración demandada, con el resultado que obra en autos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, "previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad al recurso. Podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave para los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada". Esto es, que dado que la Administración sirve los intereses generales, se ha de partir del principio de la





ejecutividad del acto (artículo 94 de la Ley 30/1992), siendo la suspensión la excepción cuando, debidamente ponderados, deban prevalecer los intereses privados o particulares del recurrente, que de no respetarse harían ilusorio o carente de finalidad el recurso. La nueva regulación legal debe integrarse con la referencia a otros supuestos que la jurisprudencia del Orden Contencioso-Administrativo ha considerado como criterio para decidir sobre la adopción de medidas cautelares, y especialmente el de la nulidad de pleno derecho como motivo de suspensión /trasladando al plano jurisdiccional la aplicación del art. 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958) y el del "fumus boni iuris", que entronca con el derecho fundamental a obtener una tutela judicial efectiva (artículo 24 CE). Con arreglo a la primera doctrina, el Tribunal podrá acordar la suspensión del acto cuando se revele una contradicción palmaria, clara y evidente con el Ordenamiento Jurídico, siempre dentro del limitado ámbito de los incidentes de esta naturaleza, y sin prejuzgar lo que en su día se declare en sentencia definitiva. Y la moderna doctrina del "fumus boni iuris", iniciada en el Auto de la Sección 5 de la Sala Tercera del T.S., de 20 de Diciembre de 1990 (y seguida en otros muchos) adopta el criterio de la apariencia de buen derecho como criterio para decidir sobre la procedencia de una concreta medida cautelar: el Auto citado razona la eficacia del art. 24 CE para limitar una irrazonable supervaloración de los privilegios administrativos, como el de presunción de validez de los actos de la Administración, al que opone el principio general del derecho comunitario a que aluden las Conclusiones del Abogado General en la sentencia Factorfame, "...que se resume en que la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en daño para el que tiene la razón", de tal modo que quien actúa alegando unos principios legales, o constitucionales aparentemente fundados, ejercita un "buen derecho" que debe prevalecer frente a quien solamente se ampara en preceptos reglamentarios o en razones meramente coyunturales; todo ello en una valoración provisional, y sin prejuzgar lo que en su día se declare en los autos principales.

SEGUNDO: En el presente caso la recurrente es ciudadana brasileña con hijo menor de edad nacido en Brasil de padre español

—, inscrito en el Registro Civil Consular de Salvador de Bania. Siendo hijo de español el hijo menor de la demandante ostenta nacionalidad española

La recurrente ostenta la guardia y custodia del hijo menor de edad en virtud de convenio regulador aprobado en Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Santa Cruz de Tenerife de [redacted] (Procedimiento nº [redacted] 12).

Al no haber ningún otro motivo de impedimento, la actora se encuentra en la misma situación jurídica del asunto resuelto por este Juzgado de lo Contencioso-Administrativo en el Procedimiento Abreviado nº 383/12), en el que fue dictada Sentencia de 27-05-13, y que es firme, que reconoció el derecho a la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de UE, en aplicación de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 19-10-2004, nº C-200/2002, según la cual la negativa a permitir que el progenitor, nacional de un Estado miembro o de un Estado tercero, que se ocupa del cuidado efectivo de un niño al que el artículo 18 CE y la Directiva 90/364 reconocen un derecho de residencia, resida con el niño en el





Estado miembro de acogida privaría de todo efecto útil al derecho de residencia de este último.

Existiendo identidad de situación jurídica en el caso, hay apariencia reforzada de buen derecho y perjuicio de difícil reparación en el mantenimiento de la privación de todo efecto útil al derecho de residencia del hijo menor de nacionalidad española. Por ello, carácter excepcional, procede acordar en este caso la medida cautelar positiva de otorgamiento cautelar de la tarjeta de residencia de ciudadana de familiar de la Unión Europea.

TERCERO: No se aprecian motivos para la imposición de las costas de este incidente a ninguna de las partes.

DISPONGO:

(Acceder a la medida cautelar positiva de otorgamiento cautelar de la tarjeta de residencia de familiar de la Unión Europea a la parte actora.

Notifíquese la anterior resolución a la Administración y al resto de los interesados, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación en un solo efecto, en el plazo de quince días desde su notificación.

Así por este Auto lo acuerda y firma JORGE RIESTRA SIERRA, Magistrado-Juez, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 4 de Santa Cruz de Tenerife.

EL MAGISTRADO-JUEZ

DILIGENCIA .- Seguidamente se cumple lo acordado, doy fe.

