

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 20 de Madrid
C/ Gran Vía, 19 , 28013

Pieza de Medidas Cautelares /2019 - 000 (Procedimiento Abreviado)

Demandante/s: D./Dña. Letrado/a D./Dña. MARIA EMILIA
CHIOSSI

Demandado/s: DELEGACION DEL
GOBIERNO EN MADRID Sr. ABOGADO
DEL ESTADO

AUTO

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Solicitada por la parte actora, **Dña. MCP** medida cautelar y formada la presente pieza para su tramitación, se dio traslado a la parte demandada, **DELEGACION DEL GOBIERNO EN MADRID**, quien se ha opuesto a la misma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El derecho a la tutela judicial efectiva prevista en el art. 24 de la CE ha de incluir el derecho a la tutela cautelar, lo que implica la posibilidad de que el órgano jurisdiccional adopte aquellas medidas necesarias para asegurar la efectividad de la resolución que sobre el fondo del asunto haya de adoptarse en su día.

La regulación de esta disciplina contenida en los art. 129 y 130 de la LJCA permite establecer que la medida cautelar se ha de adoptar siempre que tras una valoración conjunta y ponderada de los distintos intereses en conflicto y referidos al caso concreto planteado, se llegue a la conclusión de que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera eventualmente hacer perder la finalidad legítima del recurso. Por el contrario habrá de denegarse cuando de su adopción pudieran derivarse perturbaciones graves de los intereses generales o de terceros, añadiéndose además que el art. 38 y 39 de la ley 39 /15 establece la regla general de ejecutividad del acto administrativo y sin que por tanto la interposición del recurso

implique necesariamente la suspensión de la actuación administrativa que se impugna.

La armonización de las exigencias de ambos principios da lugar a que la regla general de la ejecutividad haya de ser controlada en cada caso concreto, contemplado, por un lado, en qué medida el interés público demanda ya una inmediata ejecución y, por otro, que tipo de perjuicios podrían derivar de aquélla.

SEGUNDO: El Tribunal Supremo, en varios autos a partir del de 4 de febrero de 1994, ha creado la figura del *fumus boni iuris*, que exige que en la pieza de suspensión existan datos objetivos muy relevantes determinativos de que la ejecución del acto pudiera conllevar para el demandante daños de imposible o difícil reparación, lo que habría que ponderar, tras el análisis de los demás intereses en juego, por lo que habrá de estarse a lo acreditado en cada caso para resolver sobre la posible suspensión.

TERCERO.- Es doctrina constante del Tribunal Supremo que los actos administrativos de contenido negativo (denegación de entrada, denegación de la exención de _ visado, denegación de permiso de trabajo o residencia...) no son susceptibles de suspensión (Autos de 22-3, 16-7 y 17 y 25 del 9-91). El Tribunal Constitucional en el auto de 29-3—90 ha establecido : “ cuando el acto en cuestión no es simplemente impeditivo del ejercicio de una libertad ni impone obligación alguna, consistiendo sólo en la denegación de un reconocimiento de derechos que del poder _ público afectado se pretende obtener, es evidente que en tales supuestos el otorgamiento de la suspensión solicitada entraña algo más que una suspensión, e implica de hecho un otorgamiento, siquiera sea provisional... con lo que la medida cautelar se transformaría... en una estimación anticipada, aunque no definitiva, de la pretensión de fondo”.

En idéntico sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 14-3-00, (EDJ 2000/10596) reitera que por regla general los actos denegatorios de licencias, autorizaciones o permisos, no permiten la suspensión de ejecución, ya que, dado su contenido negativo, la referida suspensión implicaría la concesión, siquiera sea con carácter temporal (mientras dura la sustanciación del proceso) de la licencia, autorización o permiso denegado por el órgano administrativo.

CUARTO.- No obstante se ha de tener en cuenta que nos hallamos ante una resolución administrativa **por la que se inadmite a trámite la solicitud la autorización de residencia por circunstancias excepcionales, arraigo**, art.124.3 del RD 557/2011, y en este sentido resulta de aplicación la sentencia del T.S.J. Madrid de 5-6-2009 que establece: “SEGUNDO.- Conviene hacer notar de entrada que el carácter negativo de la resolución que deniega la renovación del permiso de trabajo no impediría la adopción de medidas cautelares, en ese caso de carácter positivo, habiendo quedado superada la doctrina citada en el auto recurrido sobre la imposibilidad de suspensión de actos de contenido negativo. El principio de libertad de configuración de las medidas cautelares que preside la redacción del art. 129 de la Ley de la Jurisdicción, al que se refiere la exposición de motivos cuando afirma que la Ley introduce en consecuencia la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar, incluso las de carácter positivo, nos indica la amplitud de las posibilidades que se ofrecen al órgano jurisdiccional para considerar las que sean adecuadas para asegurar provisionalmente la efectividad final de la sentencia, objetando así la tradicional jurisprudencia en torno a la derogada Ley de 1.956, en la que el criterio predominante era el de considerar jurídicamente inviable la suspensión de los actos negativos,

por implicar la modificación de la situación de hecho existente al iniciarse el proceso y el reconocimiento anticipado del derecho pretendido, aunque sólo fuere a título provisional.

Ahora bien, las medidas cautelares de carácter positivo tienen una característica especial, ya que con ellas se sustituye la actuación de la Administración y se incide en cierta medida con la propia estructura del sistema cautelar instalado a partir de la LJCA, en el sentido de que supone la concesión provisional de lo que habría de constituir el derecho reconocido en la eventual sentencia estimatoria, con lo que los efectos de dicha medida cautelar serían, en realidad, los propios de una estimación anticipada del recurso.

En estos casos, de renovaciones de permisos, aun teniendo presente que con la medida positiva se trataría de mantener el "status quo" inicial, es decir, la situación de partida anterior a la denegación, y que la renovación del permiso de trabajo debe considerarse como un verdadero derecho subjetivo, apelar únicamente a esa situación ofrece resultados insatisfactorios, porque como de inmediato se advierte la medida cautelar se produciría automáticamente.

Con carácter general, el periculum in mora, que opera como condición necesaria pero no suficiente para la adopción de la medida, ha de ser ponderado con los intereses públicos y de terceros que demanden la ejecución del acto. Los perjudiciales efectos materiales que se derivan para el apelante por la falta de renovación del permiso de residencia y trabajo no son razón suficiente por sí solos para conceder con finalidad cautelar la autorización para seguir trabajando en España.

Llegados a ese punto, en estos casos, ha de acudirse de forma singular, en auxilio del juicio ponderativo a la apariencia de buen derecho -fumus boni iuris- que exige otorgar la tutela cautelar a quien litiga aparentemente con razón, y ello pese a que el Proyecto de reforma de la ley de la Jurisdicción de 1995 manifestó expresamente su oposición al juego del principio de apariencia de buen derecho, que el Proyecto de 1998 lo incluía expresamente en su art.124 y pese a ello, desapareció durante la tramitación parlamentaria y en el proyecto definitivamente aprobado. Es por ello necesario acudir al criterio del fumus boni iuris, a fin de despejar la incertidumbre que el juicio de ponderación arroja.

Siguiendo las pautas marcadas por la jurisprudencia al respecto, la apariencia de buen derecho ha de manifestarse de forma natural y manifiesta sin necesidad de un análisis en profundidad de la cuestión de fondo que desnaturalizaría la esencia de las medidas cautelares para convertirlas en una especie de justicia provisional....”.

QUINTO.-Pues bien, se advierte a la recurrente de que ha aportada documentos **no traducidos** en la forma legalmente prevista, por lo que carecen de eficacia probatoria alguna. No obstante sí se acredita documentalmente que la recurrente, brasileña, es madre una menor de

nacionalidad española, por lo que en interés del menor resulta aconsejable que se conceda provisionalmente la autorización de residencia por arraigo solicitada, mientras se tome una decisión definitiva.

SEXTO.- En materia de costas no se aprecian motivos que determinen su imposición a ninguna de las partes (art. 139 LJCA).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

Ha lugar a la medida cautelar solicitada por la Letrada María Emilia Chiossi en nombre de MCP, consistente en autorización PROVISIONAL de residencia POR ARRAIGO.

Sin imposición de costas.

Comuníquese esta resolución al órgano administrativo correspondiente, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 134 L.J.C.A.

Expídase testimonio de la presente resolución para su unión a los autos principales y a la presente pieza de medidas cautelares.

Notifíquese la presente resolución haciendo constar que contra la misma se podrá interponer RECURSO DE APELACION ante este juzgado, en el plazo de QUINCE DIAS desde su notificación, **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 2 BANCO DE SANTANDER GRAN VIA, 29, 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 su auto, lo acuerda, manda y firma la Ilma. Sra.
Magistrada del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 24 de Madrid.

EL/LA MAGISTRADO/A

DILIGENCIA.- La extiendo yo el/la Letrado/a de la Admón. de Justicia para hacer constar de conformidad con el artículo 204.3 LEC que en esta fecha se une a las actuaciones el Auto que antecede que ha sido firmado por la Magistrada de este juzgado. Doy fe."

