

ATT: D. Eduardo Fernández

JAVIER FRAILE MENA
Procurador de los Tribunales
Tel. y Fax: 913 238 579
Plaza de Castilla nº 3, 7º C 3
28046 MADRID

**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
NÚMERO 22 DE MADRID**

**PROCEDIMIENTO ABREVIADO Nº 439/10 (PIEZA SEPARADA
MEDIDAS CAUTELARES)**

Dada cuenta, el anterior escrito de la representación procesal del ABOGADO DEL ESTADO, únase, dese traslado de dirección

8 SEP 2010	NOTIFICACIÓN
9 SEP 2010	
Artículo 151.2	L.E.C. 1/2000

AUTO

En Madrid a 29 de Julio del año 2010

Dada cuenta,

HECHOS

Primero.- La presente pieza separada de medidas cautelares dimana de un recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de [REDACTED] contra RESOLUCIÓN PRESUNTA DE LA DELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN MADRID DENEGATORIA DE SOLICITUD DE CERTIFICACIÓN DE OBTENCIÓN DE RENOVACIÓN DE AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA POR SILENCIO POSITIVO DEDUCIDA CON FECHA 4 DE FEBRERO DE 2008. La parte recurrente solicitó la adopción de medidas cautelares, consistentes en el otorgamiento provisional de dicha certificación al recurrente durante la tramitación del presente recurso.

Segundo.- En la presente pieza separada, se ha dado traslado por 10 días a la Administración demandada para alegaciones sobre la medida interesada, habiéndose presentado escrito de oposición a la medida solicitada, que se ha unido a los autos.

Tercero.- A los solos efectos de esta pieza y con carácter provisional se fija la cuantía como "indeterminada".



FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- El proceso cautelar tiene como fin esencial preservar el derecho a la tutela judicial efectiva y por tanto conecta directamente con un derecho fundamental que consagra el art.24.1 de la Constitución. Así lo reconoce el Tribunal Supremo en diversas resoluciones entre las que cabe citar, Autos de la Sala Tercera, de 20-12-90, 24-1-94, 24-4-95 y otros. También lo ha afirmado el Tribunal Constitucional entre cuyas resoluciones cabe citar las siguientes:

- a) Sentencia 14/92 de 10 de febrero : "...la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el debido cumplimiento de las resolución definitiva que caiga en el proceso"...
- b) Sentencia 148/93 : "...importa destacar que la medida cautelar a adoptar en cada caso ha de ser la adecuada a la finalidad de garantizar la efectividad de la tutela judicial que en su día se otorgue..."

La exposición de motivos de la Ley 29/98 ofrece en sí misma claridad suficiente acerca de las ideas rectoras con que se ha regulado esta trascendental materia. Así cabe destacar:

- a) La identificación de la naturaleza de la justicia cautelar como instrumento al servicio de la tutela judicial efectiva (párrafo 2º del num.5 del apartado VI de dicha exposición).
- b) El criterio que ha de presidir la adopción de cualquier medida cautelar "consiste en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición, pueden hacer perder la finalidad del recurso, pero siempre sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto.
- c) El criterio de que no existe limite en cuanto a las medidas cautelares que pudieran adoptarse, dando pie incluso a las de carácter positivo.

El artículo 130.1 de la Ley 29/98, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa prevé que sólo cabe acordar en vía jurisdiccional la adopción de medidas cautelares en aquellos supuestos en que previa valoración de todos los intereses en conflicto, se considere que la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima del recurso, según establece él. En todo caso dispone el número 2 del citado artículo, que la medida cautelar podrá denegarse cuando de esta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de terceros, que el Juez o Tribunal ponderará de forma circunstanciada.

SEGUNDO.- En el caso de autos se impugna la desestimación presunta de una solicitud de certificación de otorgamiento de renovación de autorización de residencia por silencio positivo.

El recurrente ha acreditado, siquiera mediante un principio de prueba, tal como lo exige el TS ("ad exemplum", ver sentencia de la Sala 3ª del TS, sec. 6ª, de 23-10-2002, rec. 8451/1999. Pte: González Navarro, Francisco), que ha residido de manera legal y continuada en España al serle otorgada autorización inicial de residencia durante aproximadamente seis años y que ha sido titular de autorización de residencia y trabajo inicial. Aporta como documento nº 3 la autorización inicial de residencia temporal otorgada por la Subdelegación del Gobierno en Las Palmas.

En relación con el habitual criterio jurisprudencial que excluye del otorgamiento de medidas cautelares los actos administrativos de contenido negativo, conviene recordar sin embargo que tal criterio ha de encontrar excepciones. La Ley 29/1998, lo hemos dicho, establece en su artículo 129 la posibilidad de adopción de cualesquiera medidas, positivas o negativas, de cualquier naturaleza, siempre que las mismas resulten procedentes a los fines de garantizar la efectividad de la sentencia que recaiga en su día. Como indica a este respecto la sentencia del TSJ de Valencia Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 5ª, S 17-6-2009, nº 114/2009, rec. 221/2009. Pte: Nieto Martín, Fernando, que otorgó una medida similar a la que analizamos:

"La no renovación de un permiso de residencia y trabajo sí ocasiona (parece obvio) un menoscabo a quien formula dicha petición, sin que éste quede excluido porque la actuación procedente de una fuente de poder público frente a la que se plantea el contencioso tenga un contenido "negativo". Ese carácter "negativo" tampoco basta para rechazar la medida cautelar que planteó el Sr. Tomás cuando existe reiterada doctrina jurisprudencial (tanto del Tribunal Constitucional como de la Sala 3ª del Tribunal Supremo) que recuerdan la extensión y amplitud de mtras propias de la vertiente "cautelar" del derecho a la tutela judicial efectiva".

En el caso de autos, no sólo se han acreditado los requisitos y circunstancias de hecho que concretamente concurren en el actor y que determinan un grave riesgo de pérdida de la finalidad legítima del recurso, de no otorgarse las medidas solicitadas; no sólo se ha explicado la procedencia de otorgar las medidas de carácter positivo que se solicitan, incluso aunque el acto administrativo impugnado tenga un carácter "negativo", por ser las mismas las únicas que racionalmente pueden garantizar esa efectividad de la sentencia antes aludida; también cabe apreciar la concurrencia del elemento del "fumus bonis iuris" en la demanda actora, en la forma en que cabe apreciar limitadamente este presupuesto conforme a la doctrina del TS Sala Tercera, expresada entre



otras en sentencia del TS Sala 3ª, sec. 3ª, S 28-3-2006, rec. 2872/2004. Pte: Bandrés Sánchez-Cruzat, José Manuel:

"La apariencia de buen derecho (fumus bonis iuris) supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares. Dicha doctrina permite valorar con carácter provisorio, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar.

La LJ no hace expresa referencia al criterio del fumus bonis iuris (tampoco la LJCA EDL 1998/44323), cuya aplicación queda confiada a la jurisprudencia y al efecto reflejo de la LEC EDL 2000/77463 /2000 que sí alude a este criterio en el art. 728.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia de buen derecho, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, ATS 14 de abril de 1997, de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz), pero advirtiendo, al mismo tiempo, de los riesgos de la doctrina al señalar que "la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no (...) al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo(...)".

Con la cautela que impone la apreciación de dicho presupuesto de "aparición de buen derecho" según la doctrina citada, hay que decir que en el presente caso se somete a decisión judicial un supuesto de hecho que se basa en la aparición de buen derecho de quien solicita una renovación de autorización inicial de residencia y no obtiene respuesta administrativa. Ciertamente, no es el momento de prejuzgar la decisión definitiva, pero no puede desconocerse que la D.A Primera, punto 2 de la LOEX establece un régimen de silencio positivo respecto de las solicitudes de renovación de autorizaciones de residencia, por lo que esa aparición de buen derecho juega en este caso a favor del actor.





Es por todo ello que se está en el caso de otorgar las medidas cautelares solicitadas, como se dirá en la parte dispositiva de este auto.

Vistos los preceptos citados, los artículos 80.1.a) y 134 de la Ley 29/1998 y demás de general y pertinente aplicación, SSº

DISPONE

Que debo acordar y acuerdo OTORGAR MEDIDA CAUTELAR CONSISTENTE EN RECONOCER EL DERECHO DEL RECORRENTE **[REDACTED]** A QUE POR LA DELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN MADRID SE LE EXPIDA CERTIFICACIÓN ACREDITATIVA DE ESTIMACIÓN POR SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO RESPECTO DE SU SOLICITUD DE 4 DE FEBRERO DE 2008N DE RENOVACIÓN DE AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA INICIAL, CON VALIDEZ LIMITADA EN EL TIEMPO A LA DURACIÓN DE LOS PRESENTES AUTOS DE PROCEDIMIENTO ABREVIADO Nº 439/2010.

No se efectúa pronunciamiento en costas.

Librese oficio al órgano administrativo acompañado de testimonio de este auto, para que por el mismo se disponga su inmediato cumplimiento.

Contra la presente resolución cabe recurso de APELACIÓN ante éste Juzgado en el plazo de QUINCE días a contar desde el siguiente a la notificación de la misma para su resolución por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del tribunal Superior de Justicia de Madrid. En caso de recurrirse por parte no exenta de pago, se deberá realizar previamente



depósito de 50 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este
Juzgado conforme a la Ley Orgánica 1/2009.

Así lo acuerda, manda y firma SS^{na} Ilma. D. José Manuel Ruiz Fernández,
Magistrado titular del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 22 de
Madrid.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo ordenado. Doy fe.

