

LA AUTORIZACIÓN DE REGRESO A ESPAÑA COMO MEDIDA CAUTELAR PARA SOLICITAR LA CONCESIÓN PROVISIONAL DE VISADO

[Comentario al Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, de 21 de mayo de 2010. Pieza de medidas cautelares N.º 180/2010] *

DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO

*Profesor Doctor de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social.
Universidad a Distancia de Madrid (Udima)*

Extracto:

CIUDADANA de nacionalidad colombiana que solicita como medida cautelar el otorgamiento de visado para que pueda trasladarse a España, para realizar el resto de tramitaciones necesarias para su permanencia en territorio nacional por tener una resolución de la Dirección General de Inmigración del Ministerio de Trabajo e Inmigración. El Tribunal acuerda la medida, tras un examen ponderado de los intereses que concurren, por haber acreditado la solicitante el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, con el fin de evitar que se pueda hacer perder al recurso su finalidad legítima.

Palabras clave: autorización de regreso, medida cautelar, visado, extranjero y residencia permanente.

* Véase el texto íntegro de esta sentencia en la *RTSS*. CEF, núm. 334, enero 2011 o en *Normacef Socio-Laboral*.

THE PERMISSION TO RETURN TO SPAIN AS AN INJUNCTION TO REQUEST A PROVISIONAL VISA

[Comentario al Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, de 21 de mayo de 2010. Pieza de medidas cautelares N.º 180/2010] *

DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO

*Profesor Doctor de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social.
Universidad a Distancia de Madrid (Udima)*

Abstract:

COLOMBIAN citizens as a precautionary measure requesting the granting of visas that can be moved to Spain for the rest of necessary arrangements for their stay in country to have a resolution of the Directorate General of Immigration, Ministry of Labour and Immigration. The Court agreed to the measure, after a weighted consideration of interests involved, the applicant having established a *fumus boni iuris* and the *periculum in mora*, in order to avoid losing the resource can make its legitimate purpose.

Keywords: return permit, injunction, visa abroad and permanent residence.

* Véase el texto íntegro de esta sentencia en la *RTSS*. CEF, núm. 334, enero 2011 o en *Normacef Socio-Laboral*.

Sumario

- I. Regulación de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo.
- II. Finalidad de las medidas cautelares.
- III. Requisitos esenciales para acordar las medidas cautelares.
- IV. Criterios para la adopción de las medidas cautelares.
- V. Examen al Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a, de 21 de mayo de 2010.

I. REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

La regulación de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo se lleva a cabo, esencialmente, por lo dispuesto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa (LRJCA) ¹, la cual integra dichas medidas en un sistema general ² y en dos supuestos especiales ³. El que más nos interesa, para el caso bajo análisis, es el primero, el sistema general, por ello se resaltan sus principales características ⁴:

- a) Forma un sistema de amplio ámbito, por cuanto resulta de aplicación al propio procedimiento ordinario, los dos procedimientos señalados en la LRJCA: el abreviado, conforme a lo dispuesto en el artículo 78, y el de protección de los derechos fundamentales, dispuesto en los artículos 114 y siguientes. De igual manera, las medidas pueden adoptarse para actos administrativos y disposiciones generales. Sin embargo, respecto de estas, solo es posible la clásica medida de suspensión, dado que cuenta con ciertas especialidades procesales ⁵. Es decir, en el supuesto que se impugnare una disposición general, y se solicitare la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda. En el supuesto de que la sentencia anulara total o parcialmente una disposición general o un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas, el órgano judicial ordenará su publicación en diario oficial.
- b) El sistema se basa en un presupuesto claro y evidente a través de la existencia del *periculum in mora*. Así lo hace saber el artículo 130.1 de la LRJCA al señalar que «la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso».
- c) Paralelamente, se exige una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. El artículo 130.2 de la LRJCA señala que la concurrencia del *periculum in mora* en «la medida cautelar podrá denegarse cuando de esta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero».
- d) La conjugación de los criterios legales, *periculum in mora* y ponderación de intereses, debe llevarse a cabo sin prejuzgarse el fondo del litigio, ya que, generalmente, en la pieza separada de medidas cautelares carece, todavía, de los elementos suficientes para llevar a cabo esa clase de enjuiciamiento. En el que se produciría el efecto indeseable de que, por amparar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva cautelar, se vulneraría, a su vez, otro derecho, como el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba dispuesto en el artículo 24 de la Constitución Española (CE) ⁶.

¹ BOE núm. 167, de 14 de julio de 1998. Vid. Capítulo II del Título VI de la LRJCA.

² Artículos 129 a 134 de la LRJCA.

³ Artículos 135 y 136 de la LRJCA.

⁴ SAN de 28 de junio de 2007.

⁵ Artículos 129.2 y 134.2 de la LRJCA.

⁶ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

- e) El sistema general cuenta, por ausencia de soporte normativo expreso en los preceptos de las medidas cautelares de la LRJCA, con el requisito de la apariencia de buen derecho, conocido como *fumus boni iuris*. Este requisito permite en un marco de provisionalidad, dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y 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.
- f) Se exige la motivación de la medida cautelar, a consecuencia de la previa ponderación de los intereses en conflicto. Tal como se desprende de lo recogido en el artículo 130.1 y 2 de la LRJCA al señalar que se requiere para su adopción la «previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto» y una ponderación «en forma circunstanciada» de la perturbación grave de los intereses generales o de tercero.
- g) Con la implantación de este sistema se culmina el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión señalada en la antigua Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, de 1956 (art. 122)⁷, pasándose a un sistema de *numerus apertus*, de medidas innominadas, entre las que, indudablemente, se encuentran las de carácter positivo. Dicho en este contexto, se remitirá a cuantas medidas necesarias aseguren la efectividad de la sentencia⁸.
- h) El sistema establece con precisión el ámbito temporal de las medidas, dado que la solicitud podrá llevarse a cabo en cualquier estado del proceso, salvo para las disposiciones generales en el que la petición deberá realizarse en el escrito de interposición o en la demanda⁹. En el que se extiende, en cuanto a su duración, hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado, o hasta que este culmine por cualquiera de las causas previstas en la LRJCA o por cambio de circunstancias¹⁰.
- i) La LRJCA lleva a cabo una ampliación de las contracautelas, permitiéndose, ilimitadamente, que puedan acordarse tantas medidas que fuesen adecuadas para evitar o paliar los perjuicios de cualquier naturaleza que pudieran derivarse de la medida cautelar que se adopte¹¹; en el que podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho.

II. FINALIDAD DE LA MEDIDAS CAUTELARES

En la Exposición de Motivos de la anterior LRJCA¹², se señalaba que a la hora de juzgar sobre la procedencia de la suspensión habría de considerarse, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado

⁷ Artículo 122 de la antigua LRJCA: «La interposición del recurso contencioso-administrativo no impedirá a la Administración ejecutar el acto o la disposición objeto del mismo, salvo que el Tribunal acorde, a instancia del actor, la suspensión».

⁸ Artículo 129.1 de la LRJCA.

⁹ Ídem.

¹⁰ Artículo 132.1 y 2 de la LRJCA.

¹¹ Artículo 133.1 de la LRJCA.

¹² Data del año 1956.

en que el interés público esté en juego. Ello imponía examinar el grado de dicho interés, para adoptar la pertinente resolución sobre la suspensión de la ejecución, aunque sin poder prejuzgar la cuestión de fondo, al no ser el incidente de suspensión cauce procesal idóneo para decidir sobre lo que es objeto del litigio ¹³.

Dicho en otros términos, la antigua ley reguladora de esta materia no hacía ninguna reseña sobre las medidas cautelares, salvo a lo concerniente a la suspensión del acto administrativo impugnado a que hacía referencia en el artículo 122. A tal efecto, ha sido el Alto Tribunal el que ha reconocido, mediante la figura doctrinal del *fumus boni iuris* la aplicabilidad de las medidas cautelares, en general, en competencia de lo contencioso-administrativo ¹⁴. El Tribunal Constitucional, a su vez, ha afirmado que la tutela judicial efectiva no es tal sin medidas cautelares que aseguren el cumplimiento efectivo de la sentencia ¹⁵.

Por consiguiente, la finalidad de la medida cautelar es, exclusivamente, asegurar la efectividad de la sentencia o del resultado del proceso cuando sea necesario ¹⁶. Y la trascendencia de la ponderación de todos los intereses en conflicto, generales o de terceros, cuya frecuente tensión, por hallarse habitualmente enfrentados, entre otros, los de efectividad de la decisión judicial y los de eficacia administrativa ¹⁷, ha de remediarse con base en ponderar, casuísticamente, su preeminencia o prevalencia, en vista de la dificultad de fijar reglas generales ¹⁸. Dicho en otros términos, la medida cautelar tiene por objeto asegurar las resultas del proceso y evitar que la sentencia que, en su momento se dicte, no pueda ser llevada a puro y debido efecto ¹⁹.

III. REQUISITOS ESENCIALES PARA ACORDAR LAS MEDIDAS CAUTELARES

De las matizaciones antes señaladas del sistema general de medidas cautelares se deben resaltar dos aspectos ²⁰. Por una parte, destacar la apuesta del legislador por el criterio o presupuesto legal del denominado *periculum in mora* como fundamento de las innominadas medidas cautelares. Por otra, como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero.

En relación con el primer aspecto, el Tribunal Supremo ha señalado, en concordancia con el artículo 130 de la LRJCA, que el criterio elegido para decidir la suspensión cautelar es que la ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso ²¹. Y esta exigencia viene a significar lo que

¹³ AATS de 19 de mayo y 12 de noviembre de 1998, y de 28 de enero de 1999.

¹⁴ SSTs de 20 de diciembre de 1990 y 17 de enero de 1991.

¹⁵ SSTC 14/1992 y 238/1992.

¹⁶ ATS de 25 de septiembre de 2000.

¹⁷ Artículos 24.1 y 103 de la CE.

¹⁸ ATS de 9 de marzo de 1999.

¹⁹ ATS de 8 de mayo de 2001.

²⁰ SAN de 28 de junio de 2007.

²¹ AATS de 21 de junio de 1999, 22 de marzo, 4 y 31 de octubre de 2000.

se ha denominado como el requisito del *periculum in mora*, en el que este opera como criterio decisor de la suspensión cautelar.

Asimismo, con relación al segundo aspecto, ha manifestado que en el nuevo régimen de medidas cautelares ya no solo se limita a la suspensión, instaurada por la LRJCA, partiendo de aquel principio general «no otro sentido puede tener el adverbio "únicamente" del artículo 130.1», puesto que permite al órgano jurisdiccional la adopción de las medidas cautelares teniendo en cuenta una doble referencia²². Por una parte, valorando no solo la posibilidad de que la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso. Por otra, que con la medida cautelar pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez o Tribunal ponderará de forma circunstanciada²³.

En definitiva, la interpretación de las medidas cautelares llevada a cabo por el Alto Tribunal lleva a las siguientes conclusiones:

- a) La adopción de la medida exige de modo ineludible que el recurso pueda perder su finalidad legítima (*periculum in mora*), ello significa que, de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con quebranto del principio de identidad, en el supuesto de estimarse el recurso.
- b) Independientemente de que concurra el anterior presupuesto, puede denegarse la medida cautelar, en el supuesto de que se aprecie perturbación grave de los intereses generales o de tercero. Ello obligará a realizar un juicio comparativo de todos los intereses en juego, concediendo especial relevancia, a la hora de dirimir, a la mayor perturbación que la medida cause al interés general o al de un tercero afectado por la eficacia del acto impugnado.
- c) El juicio de ponderación que al efecto ha de realizar el órgano jurisdiccional debe atender a las circunstancias particulares de cada situación, el cual exige una motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada.

En este sentido, como ya se ha apuntado, la finalidad legítima del recurso es la efectividad de la sentencia que finalmente haya de ser dictada en él. De suerte que el instituto de las medidas cautelares tiene su razón de ser, prioritaria, aunque no única, en la necesidad de preservar ese efecto útil de la futura sentencia, ante la posibilidad de que el transcurso del tiempo en que ha de desenvolverse el proceso lo ponga en riesgo, por poder surgir, en ese espacio temporal, situaciones irreversibles o de difícil o costosa reversibilidad²⁴.

La pérdida de la finalidad legítima del recurso es la causa que legitima la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas, suficientes y no excesivas, para evitarla en el caso en concreto; valorando para ello, de manera circunstanciada, esto es, atendiendo a las circunstancias del caso, todos los intereses en conflicto. Es decir, en esa valoración y para apreciar si concurre o no aquella

²² AATS de 2 de noviembre de 2000 y 5 de febrero, 21 de marzo y 25 de junio de 2001.

²³ Artículos 129 y 130 de la LRJCA.

²⁴ STS de 18 de noviembre de 2003.

causa, la atención, en la medida de lo necesario, al criterio del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, los intereses en conflicto no pueden dejar de contemplarse, en un proceso judicial, dentro del marco jurídico por el que se rigen ²⁵.

IV. CRITERIOS PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Los criterios que han de tenerse en cuenta para resolver la adopción de medidas cautelares se centran en los siguientes ²⁶:

- a) Necesidades de justificación, pruebas –incluso incompletas– o indicios de aquellas circunstancias que puedan permitir al órgano jurisdiccional efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar. Por consecuencia, la simple alegación, sin prueba alguna, no permitiría estimar como probado que la ejecución del acto impugnado o la vigencia de la disposición impugnada pueda ocasionar perjuicios, ni mucho menos que estos sean de difícil o imposible reparación ²⁷. Bajo este contexto, el interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible 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 manera que la adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha manifestado que 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 ²⁸.
- c) Que la ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso, lo que se conoce como *periculum in mora* ²⁹, constituye el primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar. Por lo que 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. No obstante, se debe tener en cuenta que la finalidad legítima se deriva de la prestación formulada ante los órganos jurisdiccionales.
- d) El criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario al de la pérdida de la finalidad legítima del recurso. Dicho en otros términos, a la hora de juzgar sobre la procedencia de la suspensión se debe ponderar, primordialmente, la medida en que el interés público exija la ejecución, para poder otorgarla, con mayor o menor amplitud, según el grado

²⁵ STS de 21 de junio de 2006.

²⁶ STS de 22 de julio de 2002.

²⁷ ATS de 3 de junio de 1997.

²⁸ STC 148/1993 y ATS de 20 de mayo de 1993.

²⁹ AATS 21 de junio de 1999, 4 y 31 de octubre de 2000.

en que este interés esté en juego. Por consecuencia, 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 ya lo ha puesto de manifiesto el Alto Tribunal al señalar que, cuando las exigencias de la ejecución que el interés público presenta son tenuous, bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia sea de gran intensidad, solo bastará perjuicios de elevada consideración para poder determinar la suspensión de la ejecución del acto³⁰.

- e) La apariencia de buen derecho, o el *fumus boni iuris*, supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares. Por consiguiente, permite valorar con carácter provisional, 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.

En relación con el *fumus boni iuris*, es importante señalar que la LRJCA no hace expresa referencia a este, por lo que su aplicación queda confiada a la jurisprudencia³¹ y al efecto reflejado de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)³², que sí alude a ese criterio al señalar que solo podrán acordarse medidas cautelares en el supuesto de que quien las solicita justifique que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria. No se podrán acordar las medidas cautelares cuando con ellas se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que este justifique cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces³³.

Sin embargo, la Audiencia Nacional ha matizado que³⁴ debe hacerse una aplicación mucho más matizada de la doctrina del *fumus boni iuris*, utilizándola en determinados supuestos –de nulidad de pleno derecho– siempre que sea manifiesta de actos dictados en cumplimiento, o en la ejecución de una disposición general declarada nula, o de la existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, o de la presencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración Pública opone una resistencia contumaz³⁵.

Dicho en otras palabras, advierte de la prudencia que se debe tener a la hora de aplicar la apariencia de buen derecho, puesto que 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 jurisdiccional-

³⁰ ATS de 3 de junio de 1997.

³¹ STS de 21 de junio de 2006. Reconocida incluso en el ámbito comunitario en el caso Factortame. STJCE de 19 de junio de 1990 (Asunto C-312/89). En este mismo sentido, sentencias Zuckerfabrick de 21 de febrero de 1991 (Asuntos C-143/88 y C-92/89) y Atlanta de 9 de septiembre de 1995 (Asunto T-359/94, R II).

³² BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000.

³³ Artículo 728 de la LEC.

³⁴ AAN de 5 de diciembre de 2008.

³⁵ ATS 14 de abril de 1997.

mente. Pero no al hecho de predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, dado que de lo contrario 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 artículo 24 de la CE, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, en vista de que el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito ³⁶.

V. EXAMEN AL AUTO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 1.ª, DE 21 DE MAYO DE 2010

El Consulado de España en Bogotá (Colombia) deniega el visado de residencia demandado. La recurrente solicita como medida cautelar el otorgamiento de visado para que pueda trasladarse a España para realizar el resto de tramitaciones necesarias relativas a su permanencia en el territorio nacional. Alegando como motivo de su solicitud que el hecho de decretar dicha medida no causaría perturbación para los intereses generales, dado que acredita el *fumus boni iuris* y prueba el *periculum in mora*, puesto que la peticionaria se trasladará inmediatamente a España para tramitar su residencia permanente a la que tiene derecho; por recibir una comunicación de la Dirección General de Inmigración del Ministerio de Trabajo e Inmigración que la autoriza a la residencia permanente.

La LRJCA, como ya se ha apuntado, lleva a cabo una nueva regulación de las medidas cautelares con introducción de las construcciones elaboradas por la doctrina y la jurisprudencia respecto a dicha institución básica de esta jurisdicción especial ³⁷, configurándola como una parte del derecho fundamental a la obtención de la efectiva tutela judicial (art. 24 CE). Además de establecer la posibilidad y obtener cualquier tipo de medida, aparte de la tradicional de la suspensión de la ejecución del acto o aplicación de la disposición (art. 129 LRJCA).

El proceso cautelar tiene como fin primordial preservar el derecho a la tutela judicial efectiva. A tal efecto, el Tribunal Constitucional señala que «la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el debido cumplimiento de la resolución definitiva que caiga en el proceso» ³⁸. De igual manera, «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» ³⁹.

A tal efecto, el artículo 130 establece, por una parte, que «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 legítima al recurso». Por otra, que «la medida cautelar podrá denegarse cuando de esta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada». Asimismo, el apartado primero del artículo 133.1 señala que «cuando de la medida cautelar pudieran

³⁶ AATS 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995, y STS de 14 de enero de 1997.

³⁷ SSTC 14/1992, 238/1992 y 148/1992.

³⁸ STC 14/1992.

³⁹ STC 148/1993.

derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquellos».

A juicio del juzgador, la dicción de dichos preceptos legales, para adoptar la medida cautelar solicitada es de obligatorio cumplimiento que se tengan en cuenta y valoren todos los intereses en conflicto, partiendo del presupuesto previo de la pérdida de la finalidad del recurso. Dicho en otros términos, evitar que la resolución que ponga fin al mismo carezca en ese momento de contenido. El legislador, en efecto, exige aquel requisito como causa única y primera para adoptar una medida cautelar que reste momentáneamente de eficacia a una actuación administrativa que legalmente es ejecutiva; es decir, se presume legal y no requiere decisión judicial que la declare, ni para que se pueda hacer efectiva de forma coactiva, lo que se conoce como los Privilegios de Autotutela, tanto declarativa como ejecutiva. Asimismo, establece que, aunque concurra ese primer presupuesto que ha de acreditar la parte solicitante de la medida cautelar ⁴⁰, no se ha de adoptar si ello pudiera causar una grave perturbación del interés general. Una vez que el recurrente haya acreditado con los medios de prueba legalmente a su alcance ese elemento fáctico, se deberá ponderar, igualmente, si la adopción de esa medida puede perturbar o no gravemente el interés general.

Por consiguiente, el juzgador, apreciando de forma razonada todos los intereses en juego, confrontará estos dos requisitos, pero debe ser la parte solicitante quien pruebe el primer elemento básico señalado en el apartado primero del artículo 130 de la LRJCA. En suma, es fundamental una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en juego ⁴¹, al objeto de aunar el principio de la efectividad de la decisión judicial y el principio de eficacia administrativa. Por consecuencia, dichas exigencias jurídicas son las que debe tener en cuenta el juzgador para pronunciarse sobre la suspensión de la ejecución de la resolución recurrida.

El principio de libertad de configuración de las medidas cautelares que inspira la redacción del artículo 129 de la LRJCA ⁴², al que se refiere la Exposición de Motivos, al señalar que la «Ley introduce en consecuencia la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar, incluso las de carácter positivo. No existen para ello especiales restricciones, dado el fundamento común a todas las medidas cautelares. Corresponderá al Juez o Tribunal determinar las que, según las circunstancias, fuesen necesarias. Se regulan medidas *inaudita parte debitoris* –con comparecencia posterior sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada–, así como medidas previas a la interposición del recurso en los supuestos de inactividad o vía de hecho». Todo ello «supone una objeción a la tradicional doctrina del Tribunal Supremo nacida de la aplicación de la Ley Jurisdiccional de 1956, en la que predominaba el criterio de considerar jurídicamente inviable la suspensión de los actos negativos, porque implicaba la modificación de la situación de hecho existente al iniciarse el proceso y el reconocimiento anticipado del derecho pretendido, aunque solo sea a título provisional» ⁴³.

⁴⁰ SSTs de 16 de septiembre de 1996, 15 de abril y 29 de mayo de 1998.

⁴¹ ATS de 6 de abril de 1999 y 13 de abril de 2000. STS de 12 de junio de 2001.

⁴² Auto de 29 de julio de 2010, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, N.º 22 de Madrid.

⁴³ Artículo 129 de la LRJCA:

«1. Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia.

A tal efecto, hay que recordar que tal criterio encuentran excepciones, dado que el artículo 129 ofrece la posibilidad de adopción de cualesquier medida, positiva o negativa, de cualquier naturaleza, siempre que las mismas resulten procedentes a los fines de garantizar la efectividad de la sentencia que recaiga en su día ⁴⁴. Por tanto, «la no renovación de un permiso de residencia y trabajo sí ocasiona (parece obvio) un menoscabo a quien formula dicha petición, sin que este 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. [...] cuando existe reiterada doctrina jurisprudencial [...] que recuerdan la extensión y amplitud de miras propias de la vertiente "cautelar" del derecho a la tutela judicial efectiva» ⁴⁵.

La medida cautelar solicitada es de carácter positivo, dado que consiste en la concesión provisional del visado hasta que se dicte sentencia en el procedimiento; por tanto, su concesión justificaría la evitación de daños y perjuicios irreparables que habrían de seguirse a la solicitante. En el expediente consta la comunicación de la Dirección General de Inmigración del Ministerio de Trabajo e Inmigración que hace constar expresamente que «la vigencia de su autorización renovada de residencia temporal se extinguía el 12 de enero de 2003». Asimismo, indica que «hechas las gestiones oportunas se ha comprobado que usted podría encontrarse en el supuesto de obtención de autorización de residencia permanente por haber residido legalmente y de forma continuada en territorio español durante cinco años, según lo establecido en el artículo 32 de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social».

La resolución recurrida deniega el visado de residencia de larga duración por causa de trabajo, por el motivo de no poseer autorización de residencia vigente. A juicio del juzgador, y a la vista de los anteriores hechos acreditados en el expediente, y sin prejuzgar la cuestión de fondo que se tendrá que resolver en sentencia, el Tribunal procede, tras un examen ponderado de los intereses que concurren, acordar la medida cautelar al otorgar a la actora autorización de regreso a España para que pueda realizar los trámites de su residencia permanente, mientras se sustancia el recurso contencioso; todo ello a fin de evitar que se pueda hacer perder al recurso su finalidad legítima. Por consiguiente, la Sala acuerda acceder a la medida cautelar consistente en que por parte del Consulado General de España en Bogotá autorice en legal forma el regreso a España de la recurrente, mientras se sustancia el recurso formulado contra la resolución de aquel consulado, denegando el recurso de reposición interpuesto por el que se deniega el visado de residencia por trabajo solicitado por la recurrente.

Como puede observarse, el juzgador ha cumplido a cabalidad con los extremos exigidos en el Capítulo II «Medidas Cautelares», del Título VI «Disposiciones comunes a los Títulos IV y V» de la LRJCA. Lo importante para que el juzgador conceda la medida se centra en la ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en juego, al objeto de unificar el principio de la efectividad de la decisión judicial y el principio de eficacia administrativa.

2. Si se impugnare una disposición general, y se solicitare la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda».

⁴⁴ ATSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1, de 21 de mayo de 2010. Pieza de medidas cautelares N° 180/2010.

⁴⁵ STSJ de Valencia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5, de 17 de junio de 2009.