

## AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA Y TRABAJO PROVISIONAL POR MEDIDA CAUTELAR

(Comentario al Auto 1155/2009, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, núm. 3 de Bilbao, de 11 de marzo de 2009) \*

**DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO**

*Doctor en Derecho. Universidad de Salamanca*

### **Extracto:**

**T**RABAJO de extranjeros en España. Solicitud de suspensión de la ejecutividad de la resolución por la que se deniega la renovación de autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena. Pretensión de tutela cautelar basada en la situación de integración y arraigo personal, social y profesional de la que goza el recurrente. No es contrario a la esencia o naturaleza de las medidas cautelares que las mismas puedan anticipar preventivamente el sentido de lo querido con la demanda. Asegurar la eficacia de una sentencia estimatoria implica mantener el *statu quo* existente con anterioridad a la resolución denegatoria. Este estado de cosas no se conserva solo concediendo al solicitante la posibilidad de vivir en España, sino que es preciso dar un paso más y permitirle también residir y trabajar legalmente, ya que lo contrario implicaría abocarle a una situación de ilegalidad autorizada judicialmente.

**Palabras clave:** extranjeros, autorización de residencia temporal y trabajo, renovación y medidas cautelares.

\* Véase el texto íntegro de este Auto en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 316, julio 2009 o en *Normacef Socio-Laboral*.

# Sumario

- I. Planteamiento.
- II. Medidas cautelares.
- III. Requisitos para acordar la medida cautelar.
- IV. Improcedencia de la medida cautelar contra un acto de contenido negativo.
- V. Examen del Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, número 3 de Bilbao, de 11 de marzo de 2009.

## I. PLANTEAMIENTO

Trabajador que al haberle denegado la Administración Pública la segunda renovación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, solicita la suspensión de la ejecutividad de la resolución. Argumentando la situación de arraigo en España, la existencia de apariencia de buen derecho y la ausencia de perjuicio a los intereses generales.

## II. MEDIDAS CAUTELARES

La tutela cautelar forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, tal y como reiteradamente ha destacado el Tribunal Constitucional <sup>1</sup> y el Tribunal Supremo <sup>2</sup>. La Exposición de Motivos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LRJCA) <sup>3</sup>, señala que la adopción de medidas cautelares no debe contemplarse como una excepción, sino simplemente como una facultad del órgano jurisdiccional. El artículo 129 permite a los interesados solicitar medidas cautelares en cualquier estado del procedimiento, a su vez, el artículo 130 obliga al juez a realizar una valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, añadiendo que únicamente podrá acordarse cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera hacer perder al recurso su finalidad legítima. El apartado segundo permite denegar la medida cuando de su adopción pudiera seguirse una perturbación grave de los intereses generales o de tercero que, de nuevo, el juez deberá valorar de forma circunstanciada.

Dicho en otras palabras, «la base de que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva, tal como tiene declarado la jurisprudencia más reciente, por lo que la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario» <sup>4</sup>. Por tanto, la medida debe ser urgente en cuanto existe una alta probabilidad que, de no adoptarse, la hipotética sentencia estimatoria perdería su utilidad, produciendo la ejecución del acto impugnado perjuicios de imposible o difícil reparación.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en la construcción del derecho a la tutela cautelar como un derecho integrado en el artículo 24 de la Constitución Española (CE) <sup>5</sup> al señalar que «la efectividad de la tutela judicial [...] no impone en todos los casos la suspensión del acto administrativo pues dicho precepto lo que garantiza es la adecuada y regular protección jurisdiccional en un proceso con todas las garantías por parte de los órganos jurisdiccionales» <sup>6</sup>. De su simple lectura

<sup>1</sup> SSTC 238/1992, de 17 de diciembre, y 148/1993, de 29 de abril.

<sup>2</sup> AATS de 20 de diciembre de 1990; 17 y 23 de abril, 16 de julio y 19 de diciembre de 1991; 12 de febrero y 11 de marzo de 1992; 24 de enero de 1994 y 24 de abril de 1995.

<sup>3</sup> BOE núm. 167, de 14 de julio de 1998.

<sup>4</sup> Exposición de Motivos de la LRJCA.

<sup>5</sup> BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

<sup>6</sup> STC 115/1987, de 7 de julio.

diera la sensación que excluye de la garantía constitucional el derecho a la tutela cautelar; sin embargo, lo que la doctrina de este Tribunal impide «es una construcción de un modelo constitucional de justicia cautelar basado en el automatismo de la misma; esto es se impone una ponderación por el órgano juzgador llamado a resolver sobre el incidente de medidas cautelares de los intereses, público y privado, en juego, así como sobre la integridad misma de la función jurisdiccional»<sup>7</sup>.

En este sentido, la potestad de la Administración de autoejecución de las resoluciones y actos dictados por ella se encuentra regulado en el Derecho positivo y no puede considerarse que sea contraria a la Carta Magna. El artículo 103 reconoce como uno de los principios a los que la Administración Pública ha de atenerse el de eficacia con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. Ello significa «una remisión a la decisión del legislador ordinario respecto de aquellas normas, medios e instrumentos en que se concrete la consagración de la eficacia. Entre ellas no cabe duda de que se puede encontrar la potestad de autotutela o de autoejecución practicable genéricamente por cualquier Administración Pública»<sup>8</sup>.

De este mismo derecho fundamental deriva la potestad jurisdiccional de adoptar medidas cautelares, ya que la efectividad que se predica de la tutela judicial respecto de cualesquiera derechos o intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar las adecuadas medidas cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso<sup>9</sup>.

La efectividad de la tutela judicial no es, sin embargo, la única ratio de la disciplina constitucional de las medidas cautelares en el proceso contencioso. El texto constitucional atribuye a los órganos jurisdiccionales el control de la legalidad de la actividad de la Administración Pública y «la fiscalización plena, sin inmunidades de poder, de la actuación administrativa, impuesta por el artículo 106.1 de la CE comporta que el control judicial se extienda también al carácter inmediatamente ejecutivo de sus actos»<sup>10</sup>. La justicia cautelar contenciosa como instrumento al servicio de la integridad de la función jurisdiccional se concreta en dos niveles: a) Primer nivel: en la preservación del objeto del proceso evitando la pérdida del mismo y que por ello devenga en imposible la ejecución de la resolución final y b) Segundo nivel: se extiende al control de legalidad de la ejecución, que en ocasiones es sustantivo o accidental respecto del control de la legalidad del acto mismo<sup>11</sup>, ya que «la prerrogativa de la ejecutividad no puede desplegarse libre de todo control jurisdiccional y debe el legislador, por ello, articular en uso de su libertad de configuración, las medidas cautelares que hagan posible el control que la Constitución exige»<sup>12</sup>.

### III. REQUISITOS PARA ACORDAR LA MEDIDA CAUTELAR

De las matizaciones antes señaladas de medidas cautelares deben resaltarse los requisitos necesarios para acordar la medida cautelar<sup>13</sup>. Por una parte, la apuesta del legislador por el criterio o

<sup>7</sup> STC 22/1984, de 17 de febrero.

<sup>8</sup> Véase nota anterior.

<sup>9</sup> STC 148/1993, de 29 de abril.

<sup>10</sup> Véase nota anterior.

<sup>11</sup> Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, número 2, de San Sebastian, de 11 de marzo de 2009.

<sup>12</sup> STC 238/1992, de 17 de diciembre.

<sup>13</sup> SAN de 28 de junio de 2007.

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, exige una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero.

En relación al 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 <sup>14</sup>. Y esta exigencia viene a significar lo que se ha denominado como el requisito del *periculum in mora*, en que este opera como criterio decisor de la suspensión cautelar.

Asimismo, en relación al segundo aspecto, el Alto Tribunal 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 referencia <sup>15</sup>: valorando no solo la posibilidad de que la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, sino también la de que con la medida cautelar pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez o Tribunal ponderará de forma circunstanciada <sup>16</sup>.

En definitiva, la interpretación de las medidas 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 que concurra el anterior presupuesto, puede denegarse la medida cautelar en el supuesto que se aprecie perturbación grave de los intereses generales o de tercero. Ello obliga 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. La medida de la suspensión cautelar debe ser decidida sin pronunciarse sobre la cuestión de fondo que ha de constituir el objeto de valoración y decisión en el proceso principal, ya que de lo contrario, se prejuzgaría dicha cuestión, con el posible riesgo, de evitar en lo posible, de que por amparar el derecho a una efectiva tutela judicial se vulneraría, a su vez, el derecho fundamental recogido en el artículo 24 de la CE, cual es el derecho al proceso con las garan-

<sup>14</sup> AATS de 21 de junio de 1999, 22 de marzo, 4 y 31 de octubre de 2000 y 8 de marzo de 2001.

<sup>15</sup> AATS de 2 de noviembre de 2000 y 5 de febrero, 21 de marzo y 25 de junio de 2001.

<sup>16</sup> Artículos 129 y 130 de la LRJCA.

tías debidas de contradicción y prueba. Y la razón de esto último es que el incidente de suspensión no es trámite idóneo que permita un adecuado debate y análisis de la controversia principal objeto del pleito <sup>17</sup>.

En este sentido, 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 reversibilidad <sup>18</sup>.

La pérdida de la finalidad legítima del recurso es la causa que justifica 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 causa la atención, en la medida de lo necesario, al criterio del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho y los intereses en conflicto, en un proceso judicial, dentro del marco jurídico por el que se rigen <sup>19</sup>.

#### IV. IMPROCEDENCIA DE LA MEDIDA CAUTELAR CONTRA UN ACTO DE CONTENIDO NEGATIVO

El acto impugnado, en el comentario de este Auto, consiste en un acto de contenido negativo, ya que se denegó al actor la segunda renovación del permiso de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena. La regla general es que no puede otorgarse en vía de la tutela cautelar lo que constituye el objeto del pleito principal, porque supondría anticipar el fallo de la sentencia que en su día recaiga en los autos principales. Así, como acto negativo expreso en que consiste la denegación de las autorizaciones de residencia y trabajo, en la práctica es casi imposible que pueda acordarse como efecto positivo su otorgamiento, porque en caso contrario obtendría por el camino de las medidas cautelares el efecto pretendido en el pleito principal.

La Jurisprudencia del Alto Tribunal, en relación con medidas cautelares positivas solicitadas, no accede a la concesión provisional del permiso de residencia y de trabajo que se deniega en las resoluciones administrativas impugnadas, sino lo que se acepta como medida cautelar positiva es suspender las consecuencias negativas que se derivan del acto administrativo de contenido negativo –denegación de la autorización de residencia– y que se traducen en la orden de salida del territorio español derivada de las resoluciones administrativas que deniegan dicha autorización <sup>20</sup>.

<sup>17</sup> ATS de 8 de marzo de 2001. SSTS de 27 de julio de 1996; 28 de febrero de 1998; 21 de diciembre de 1999; 22 de enero, 26 de febrero, 22 de julio y 23 de diciembre de 2000; 2 de junio y 24 de noviembre de 2001; y 15 de junio y 13 de julio de 2002.

<sup>18</sup> STS de 18 de noviembre de 2003.

<sup>19</sup> STS de 21 de junio de 2006.

<sup>20</sup> STSJ del País Vasco, de 13 de junio de 2008.

Ahora bien, según el Auto que se comenta, los razonados argumentos contenidos en el escrito de recurso no pueden ser rechazados con esta única argumentación. Puesto que con la medida cautelar se obtenga lo que se pretende en el pleito principal no constituye un obstáculo insalvable para su otorgamiento. En este sentido, en la jurisdicción civil están legalmente admitidas las medidas cautelares anticipatorias del fallo, como sucede con la orden de cesar provisionalmente una actividad como lo señala el artículo 727.7 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) <sup>21</sup>, cuando lo que se persigue, precisamente en el pleito principal, es que dicha actividad cese definitivamente. Dicho en otros términos, no es contrario a la esencia o naturaleza de las medidas cautelares que las mismas puedan anticipar preventivamente el sentido de lo querido con la demanda.

En la práctica, el uso de las medidas cautelares, conocidas, a su vez, como anticipatorias, debe ser muy moderada y ponderada en cuanto suponga un triunfo provisional de la pretensión principal; sobre todo en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa donde se reacciona frente a una actuación dotada de presunción de legalidad. Sin embargo, «lo que es incontestable es que las medidas cautelares están enderezadas a evitar que el recurso principal pueda perder su legítima finalidad de la modalidad en la medida en que su no adopción pueda producir perjuicios irreparables o de difícil reparación y esto es lo primero que debe ser comprobado. Si la respuesta es positiva, el tipo de medida solicitada y el hecho de que suponga obtener provisionalmente lo pedido con carácter definitivo, no pueden convertirse en circunstancias obstativas suficientes para denegar la medida pues, en ocasiones, son precisamente estas medidas anticipatorias del fallo las únicas útiles y efectivas en orden de conjurar los riesgos de inutilidad de la eventual sentencia estimatoria» <sup>22</sup>.

## V. EXAMEN DEL AUTO DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, NÚMERO 3 DE BILBAO, DE 11 DE MARZO DE 2009

El Auto resuelve la medida solicitada por un extranjero que lleva más de siete años viviendo en España y de forma legal, lo anterior ha conllevado a la existencia de unos vínculos sociales y, sobre todo, profesionales, que podrían truncarse al denegarle la renovación de la autorización de residencia y trabajo. No es suficiente con conjurar el efecto de una posible expulsión o salida obligatoria, «pues si de verdad queremos asegurar la eficacia de una sentencia estimatoria, que a buen seguro tardará en llegar dado el alarmante retraso de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Bilbao, es preciso mantener el *statu quo* existente con anterioridad a la resolución denegatoria. Y este estado de cosas no se conserva solo con conceder al solicitante la posibilidad de vivir en España, sino que es preciso dar un paso más y permitirle, no solo vivir, sino también residir y trabajar legalmente» <sup>23</sup>.

En el supuesto de suspender exclusivamente el efecto de una posible expulsión o salida obligatoria, se estaría abocando al trabajador a una situación de ilegalidad, autorizada judicialmente que, en consecuencia, le conduciría a la marginalidad, ya que el extranjero para poder mantenerse, debería vivir por la ayuda social pública o privada, o por la economía sumergida. «Ambas posibilidades suponen, sin ninguna duda, un paso atrás en la situación de integración y arraigo personal, social y profesional de la

<sup>21</sup> BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000.

<sup>22</sup> Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, número 3 de Bilbao, de 11 de marzo de 2009.

<sup>23</sup> Véase nota anterior.

que goza actualmente y que acredita suficientemente con la documental aportada. Dicho esto, ninguna perturbación grave se causa a los intereses generales o de tercero. Antes al contrario, mayores perjuicios se causan a la sociedad o al interés público general de desarrollar una política inmigratoria ordenada y legal, que facilite la integración, permitiendo que una persona que residió y trabajó legalmente en nuestro país legalmente, convirtiéndola así en presa fácil de la explotación y de la delincuencia»<sup>24</sup>.

El Auto se ajusta a lo dispuesto por el Alto Tribunal en materia de resoluciones sobre extranjería al declarar la procedencia de adoptar medidas cautelares positivas equivalente a la suspensión de los efectos positivos de la denegación acordada, al venir tales medidas amparadas en el artículo 24.1 de la CE y de manera más clara en el artículo 129.1 de la LRJCA. Y ello, aunque la regla general ante actos de contenido negativo como la denegación de la autorización de residencia y/o de trabajo sea la de no adoptar las medidas cautelares por suponer esa concesión provisional de las autorizaciones una anticipación del resultado del proceso. Pero es posible y se debe, si procede, suspender las consecuencias de un acto negativo, entre otras la obligada salida del territorio, además de la posibilidad de adoptar medidas cautelares positivas<sup>25</sup>.

En esta materia de expulsión de extranjeros del territorio nacional o de obligación de abandonarlo en determinada fecha, el Tribunal Supremo ha sentado el criterio de que tal suspensión resulta procedente cuando la persona afectada tiene arraigo en España<sup>26</sup>, por razón de sus intereses familiares o económicos, por lo que la ejecución inmediata de la orden de expulsión habría de producirle unos perjuicios de reparación difícil, que en parte afectaría a su esfera personal<sup>27</sup>, y tal doctrina es perfectamente aplicable a la obligación impuesta a un súbdito extranjero de abandonar el territorio nacional antes de determinada fecha, ya que, aunque no constituye un acuerdo de expulsión, sí crea un deber jurídico de cumplimiento, y, por ende, de salir del territorio español, equivalente en sus efectos a la ejecución de un mandato de expulsión<sup>28</sup>.

En definitiva, cabe la posibilidad de que el órgano jurisdiccional adopte medidas cautelares sobre la denegación de la autorización de residencia y trabajo por la Administración Pública, en el sentido de suspender la salida del territorio español y conceder de manera provisional la autorización de residencia y trabajo, ya que la finalidad de la medida es la de asegurar la efectividad de la sentencia, es decir, a lo dispuesto en la LRJCA, tras valorar circunstanciadamente todos los intereses en conflicto; exceptuándose cuando la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso por perturbación grave de los intereses generales o de terceros<sup>29</sup>. Dicho en otras palabras, «obtener por el camino de las medidas cautelares nada menos que el efecto pretendido en el pleito principal, con solo la apariencia de buen derecho, que de forma clara mostrará el más que probable fallo estimatorio del recurso contencioso-administrativo [...] ya que no puede ser trampolín para conseguir directamente, con la sola interposición del recurso contencioso-administrativo el permiso deseado»<sup>30</sup>.

<sup>24</sup> Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, número 3 de Bilbao, de 11 de marzo de 2009.

<sup>25</sup> SSTs 13 de noviembre de 2000; 20 de enero, 17 de abril y 11 de diciembre de 2001; y 15 de junio, 13 y 20 de julio de 2002.

<sup>26</sup> SSTs de 20 de julio de 2002 y 17 de julio de 2003.

<sup>27</sup> AATS de 1 de septiembre de 1987, 6 de febrero de 1988 y 17 de septiembre de 1992.

<sup>28</sup> ATS de 27 de septiembre de 1994.

<sup>29</sup> STSJ de Aragón, de 3 de junio de 2002.

<sup>30</sup> STSJ de Castilla-La Mancha, de 12 de septiembre de 2002.