

**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N° 3 DE CÓRDOBA.**  
**Pieza de Medidas Cautelares, dimanante del RECURSO N° 71/04**

**A U T O    N° 24/2.004**

En Córdoba, a cinco de marzo de 2004

Dada cuenta, y

**HECHOS**

**PRIMERO.-** En interposición de recurso por los trámites de procedimiento abreviado contra resolución de 1-12-03 del Subdelegado del Gobierno por la que se deniega el permiso residencia solicitado por I. V. B., con la advertencia de su obligación de abandonar el territorio nacional en el plazo de 15 días desde su notificación, se solicitó medida cautelar consistente en la suspensión del acto impugnado en el particular referido a la expulsión del territorio nacional.

**SEGUNDO.-** Abierta pieza separada, por providencia de se dio traslado a la Administración demandada para que informase sobre la medida interesada por la parte recurrente lo que se cumplimentó por escrito del Abogado del Estado de 26-2-04.

**RAZONAMIENTOS JURIDICOS**

**PRIMERO.-** Como dicen los autos del Tribunal Supremo 31-3-00 y 15-3-00, ha de tomarse en consideración que la nueva regulación de las medidas cautelares en los artículos 129 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, tal como expresamente se indica en su Exposición de Motivos (VI, 5), se apoya en que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva, como ya había declarado la jurisprudencia de esta Sala, y de que, por ello, la adopción de medidas provisionales que permiten asegurar que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario, consistiendo el criterio para su adopción, cualquiera que sea su naturaleza, 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, de ahí que en el artículo 129.1 de aquella se faculte a los interesados para solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia, y que en el artículo 130 se establezca 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, así como que la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación

grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada.

Añade la misma resolución que debe destacarse, pues, que la finalidad de la medida cautelar, es únicamente el aseguramiento de la efectividad de la sentencia o del resultado del proceso cuando sea necesario, 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 (artículos 24.1 y 103.1 de la Constitución) ha de solucionarse a base de ponderar, casuísticamente, su preeminencia o prevalencia, en vista de la dificultad de fijar reglas generales, habida cuenta también del criterio que resultaba de la Exposición de Motivos de la anterior Ley Reguladora de esta Jurisdicción, a cuyo tenor, al juzgar sobre la procedencia de la suspensión a que se refería, 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 en que el interés público esté en juego, lo que imponía examinar el "grado" de dicho interés público, 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 la que es objeto de litigio (Autos de esa Sala de 19 de marzo y 12 de noviembre de 1.998, y de 28 de enero y 9 de julio de 1999 y de 15 de marzo de 2.000 ).

En el mismo sentido el Auto del Tribunal Supremo de 22-3-00 indica que en el artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa -LJCA de 1.998-, el criterio elegido para decidir sobre la suspensión cautelar es que la ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso. Esta exigencia viene a representar lo que tradicionalmente se ha denominado el requisito de "periculum in mora".

La apreciación o no de este requisito, según se desprende de lo establecido en el párrafo inicial del antes citado artículo 130, habrá de efectuarse mediante una adecuada y casuística ponderación de los intereses en conflicto. Y lo decisivo será el resultado que en esa ponderación se obtenga, con el carácter indiciario y provisional que corresponde a esta fase cautelar, sobre cuál de tales intereses se revela como más prioritario, por ser su sacrificio el que presente mayor gravedad o trascendencia.

Junto a lo anterior ha de tenerse en cuenta también lo que sigue. 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, pues, de lo contrario, se prejuzgaría dicha cuestión, con el posible riesgo, a evitar en lo posible, de que por amparar el derecho a una efectiva tutela judicial se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el artículo 24 CE, cual es el derecho al proceso con las garantías 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.

**SEGUNDO.-** Se trata en definitiva, sin entrar en el fondo del asunto, de ponderar adecuadamente los intereses en conflictos, valorando de una parte el riesgo de pérdida de finalidad legítima del recurso de no adoptarse las medidas

cautelares y de otra los perjuicios que eventualmente se puedan derivar para el interés general, y además esa ponderación ha de realizarse en cada caso concreto, consignando los hechos y circunstancias concurrentes de los que pueda inferirse la imprescindible ponderación de los intereses contrapuestos, la irreparabilidad o no del perjuicio que se causaría con la ejecución del acto o disposición administrativos y también la apariencia de buen derecho. Como dice la STS de 7 de mayo de 2003 *constituye doctrina jurisprudencia; consolidada la que declara, con carácter general, la prevalencia del interés público frente al particular del interesado en retrasarla como sucede en el caso que contemplamos por razones laborales, económicas, sociales hasta que se resuelva el pleito -entre otras, sentencias de veintiocho de febrero de mil novecientos noventa y ocho, y veintiuno de diciembre de mil novecientos noventa y nueve-, pero también es cierto que, ante cualquier supuesto en que se solicita la suspensión de un acto o disposición, es necesario efectuar un singular juicio de ponderación -sentencias de cuatro de abril de mil novecientos noventa y ocho, ocho de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, y doce de mayo de dos mil- para llegar a la conclusión de cuál sea el interés más digno de protección.*

En el caso que nos ocupa y aun cuando lo que acuerda directamente la resolución impugnada es la denegación del permiso de residencia, y consecuentemente el de trabajo, hecho negativo respecto del que, como norma general y sin perjuicio de lo que después se diga sobre este particular, no cabe adoptar medidas cautelares, no cabe duda de que al tiempo y aunque sea incidentalmente la resolución contiene un pronunciamiento expreso sobre la procedencia de la expulsión del territorio nacional si el interesado no lo abandona voluntariamente en el plazo que al efecto se concede, y este pronunciamiento no tiene ya un contenido negativo y puede ser objeto de suspensión en cuanto a su ejecutividad (SSTS 23 de julio de 2002 y 20 de julio de 2002).

Y en esta materia de expulsión de extranjeros del territorio nacional o de obligación de abandonarlo en determinada fecha, como recuerda la STS de 20 de julio de 2002, reiterado después en otras muchas posteriores como la de 17 de julio de 2003, *el Tribunal Supremo, en diversas resoluciones relativas a los acuerdos de suspensión de la ejecución de decisiones administrativas de expulsión de extranjeros del territorio nacional, ha sentado el criterio de que tal suspensión resulta procedente cuando la persona afectada tiene arraigo en España, 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 (autos de 1 de septiembre de 1987, 6 de febrero de 1988 y 17 de septiembre de 1992), 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 de nuestro país, si crea un deber jurídico de cumplimiento, y por tanto, de salir del territorio español, equivalente en sus efectos a la ejecución de un mandato de expulsión (Auto del mismo Tribunal de 27 de septiembre de 1994).* Y esta exigencia y necesidad de acreditar, en los términos que después se dirán, el arraigo en nuestro país como requisito inexcusable para poder acceder a la medida de suspensión solicitada en los supuestos de órdenes de expulsión, a las que como se ha visto el Tribunal Supremo equipara la salida obligatoria, ha sido también remarcada por la Sala de Sevilla de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Sentencias, entre otras muchas, de 10 de mayo de 2002 y 3 de mayo de 2002.

Pero como también dice la STS de 23 de octubre de 2002, el problema en

esta materia y en el ámbito de la justicia cautelar, es ver si hay un principio de prueba o prueba semiplena, que para resolver el fondo sería insuficiente, que permita tener por verosímil prima facie las circunstancias que alega el interesado, y ello de acuerdo con los postulados sobre la prueba indiciaria que tal sentencia indica y que se desprenden del art. 1253 Cc y art. 385-1 LEC 1/2000, y en el sentido ese de que existan indicios que permitan presumir al menos que el hecho a deducir es verosímil. Y conforme al art. 728-2 LEC habrá de ser el solicitante de medidas cautelares el que presente los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión.

**TERCERO.-** Pues bien, descendiendo a lo concreto y aplicando todos estos postulados al caso que ahora nos ocupa, resulta que la parte recurrente ha aportado documentos relativos a su estancia en España desde el año 2001, la realización de trabajos de traducción para la Administración de Justicia y Fuerzas de Seguridad, la debida identificación y registro como extranjero, la realización de cursos de formación laboral, el empadronamiento en esta ciudad donde reside en una vivienda arrendada y la existencia de una oferta de trabajo a su favor como comercial de lana, todo lo cual constituyen indicios suficientes y principio de prueba de los que se pueden extraer racionalmente y aun a título presuntivo la consecuencia de que tiene efectivamente arraigo en nuestro país, desde el punto de vista social, laboral, y económico, lo cual determina que proceda la adopción de la medida cautelar solicitada en cuanto a la expulsión del territorio nacional.

**CUARTO.-** Ahora bien, la parte recurrente no se limita a pedir la medida cautelar de suspensión de la expulsión u obligación de abandono del territorio nacional sino que insta también medidas positivas consistentes en la autorización provisional par trabajar por cuenta ajena conforme a la oferta de trabajo presentada. El Tribunal Supremo en materia de resoluciones sobre extranjería ha declarado 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 un principio en los arts. 24-1 CE y 1428 LEC de 1881, y actualmente de manera más clara en el art. 129-1 LJCA. Y ello aunque como antes se ha dichos la regla general ante actos de contenido negativos como la denegación del permiso de residencia o de trabajo sea la de no adoptar las medidas cautelares por suponer esa concesión provisional de los permisos una anticipación del resultado del proceso.

Pero como declara la STS 20 de julio de 2002, citando otras como la de 13 de noviembre de 2000, 20 de enero, 17 de abril y 11 de diciembre de 2001, 15 de junio y 13 de julio de 2002, 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.

En el mismo sentido se pronuncian numerosos Autos de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia. Entre ellos merecen destacarse por la vinculación jerárquica de este Juzgado los de la Sala

de Sevilla de 31 de marzo de 2003, sección primera, y 15 de enero de 2002, sección cuarta.

En razón de lo expuesto y teniendo particularmente en cuenta que no parece congruente en casos de arraigo acreditado como el que nos ocupa, suspender la orden de expulsión o la obligación de abandonar el territorio nacional, y al tiempo denegar la posibilidad de que el ciudadano extranjero que permanece en nuestro país mientras se sustancia el procedimiento, pueda ejercer un trabajo lícito con el que poder atender a sus necesidades vitales de sustento y alojamiento, así como que el recurrente como se ha dicho aporta datos sobre una concreta oferta de trabajo. Por el contrario lo lógico es que si por resolución judicial se le autoriza a permanecer en España provisionalmente, en la misma resolución se le autorice que con la misma provisionalidad pueda desarrollar el trabajo ofertado a ese fin de subsistencia. Eso sí, como dice el último Auto citado, esta autorización provisional y cautelar no puede suponer que obtenga por esta vía más de aquello a que se tendría derecho de estimarse el recurso, por lo que, sin perjuicio de posterior renovación, la autorización para trabajar, no puede tener una duración superior en caso de alargarse el pleito a la prevista por el art. 41-8 del Reglamento de ejecución de la LO 4/00 aprobado por RD 864/01 en relación con su art. 79-b).

**QUINTO.-** No apreciándose temeridad ni mala fe no procede la condena en costas ( artículo 139 LJCA).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

### **PARTE DISPOSITIVA**

**DISPONGO:** Se acuerda la adopción de medida cautelar urgente consistente en la suspensión de la ejecución de la orden de expulsión del territorio nacional acordada en resolución de fecha 1-12-03 de la Subdelegación del Gobierno en Córdoba en el expediente N° \_\_\_\_\_ y respecto al ciudadano I. V. B., y así mismo se concede autorización provisional de residencia y trabajo por el plazo máximo de dos años para que pueda trabajar como mozo para la empresa W\_\_\_ S\_\_\_\_\_ S.A., a cuyo fin la Administración le deberá facilitar la oportuna documentación, sin expresa condena en costas a ninguna de las partes.