

APELACIÓN

Rollo Sala Nº 77/2011

Autos Juzgado Nº PA 266/2010. Pieza separada medida cautelar

SENTENCIA Nº 570

En la Ciudad de Palma de Mallorca a uno de septiembre de dos mil once.

ILMOS SRS.

MAGISTRADOS

D. Fernando Socías Fuster

D^a Carmen Frigola Castellón

D^a Alicia Esther Ortuño Rodríguez

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears los presentes autos seguidos ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 1 de Palma de Mallorca, con el número de autos del Juzgado y número de rollo de esta Sala arriba designados; actuando como parte apelante D. *****, representado por la Procuradora D^a María del Romero Gaspar de l'Hotellerie de Falois y asistido por la Letrada D^a Margarita Palos Nadal. Antonio Redondo Pomar, y como apelada la **Administración General del Estado**, representada y asistida por el Abogado del Estado.

Constituye el objeto del recurso contencioso administrativo la resolución dictada el 7 de julio de 2010 por la Delegación del Gobierno en Illes Balears, la cual acordó la expulsión del territorio español de D. *****, con prohibición de entrada por cuatro años, y la extinción de la autorización de residencia permanente:

En el Auto nº 494/2010, de 13 de diciembre, el Juzgado de Instancia denegó la adopción de la medida cautelar consistente en la suspensión de la expulsión y de la extinción de la autorización de residencia permanente.

Ha sido Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D^a Alicia Esther Ortuño Rodríguez, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Auto nº 494/2010, de fecha 13 de diciembre dictado por el Ilmo. Sr. Magistrada-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Palma de Mallorca, en los autos seguidos por los trámites del procedimiento abreviado y de los que trae causa el presente rollo de apelación, denegó las medidas cautelares interesadas por la representación de D. ***** en el escrito de interposición del recurso contencioso administrativo, petición aclarada mediante escrito de 5 de noviembre de 2010.

SEGUNDO. Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación en plazo y forma por la parte demandante y admitido en ambos efectos, sin que ninguna de las partes propusiese la práctica de prueba, siendo seguido el recurso con arreglo a los trámites de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, quedando los autos conclusos para dictar sentencia, señalándose para la votación y fallo, el día 27 de julio de 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El ciudadano extranjero recurrente, D. *****, impugnó la resolución dictada por la Delegación del Gobierno en Illes Balears el 7 de julio de 2010, la cual acordó imponer la expulsión del territorio español, con la prohibición de entrada durante cuatro años, junto con la extinción de la autorización de residencia permanente concedida el 9 de mayo de 2006 y válida hasta el 8 de mayo de 2011.

La razón de la medida de expulsión fue haber sido condenado por la comisión de un delito castigado con pena privativa de libertad superior a un año, recogida en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LODLE), modificada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre: *“Asimismo, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en*

nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados”.

Dentro del escrito de interposición del Procedimiento Abreviado, la parte actora interesó la adopción de unas medidas cautelares consistentes en la suspensión tanto de la expulsión, como también de la extinción de la autorización de residencia permanente, las cuales fueron denegadas en el Auto apelado, nº 182/2010, de 7 de mayo, argumentándose esta desestimación en la existencia de dos condenas penales, una por delito de falsedad documental y una por delito de lesiones, unido a la ausencia de acreditación de haber ejercido actividad laboral alguna no de tener relación con sus hijos de nacionalidad española.

SEGUNDO. La parte actora y apelante sostiene en esta alzada, como argumentos para revocar el Auto en el cual se denegaron las medidas cautelares, que nos encontramos ante un supuesto de extranjero de larga duración o residente permanente, teniendo cuatro hijos menores de edad, dos de ellos españoles: Su madre y hermano también ostentan la nacionalidad española. Convive maritalmente con una ciudadana cubana residente legal, madre de dos de sus hijos menores. Los lazos familiares se verían perjudicados en el supuesto de materializarse la expulsión, en tanto que careciendo de autorización alguna para permanecer en España, no podrá suscribir contrato de trabajo alguno.

La representación de la Administración demandada interesa la confirmación del Auto apelado, invocando que el actor se encuentra actualmente en prisión, habiéndose decretado la expulsión como consecuencia de una condena a dos años de prisión por la perpetración de un delito de lesiones, sin que se hayan demostrado las circunstancias reales de arraigo.

TERCERO. Con arreglo al artículo 129 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (en adelante, LJCA) interpuesto un recurso contencioso administrativo y como excepción al principio de ejecutoriedad de los actos administrativos que resulta de los artículos 94 y 138.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (a continuación, LPAC), los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad

de la sentencia, estableciendo el artículo 130 LJCA que previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse por el órgano jurisdiccional únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso.

Tal como recuerda el Auto del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sec. 7ª, de 23 de noviembre de 2004, la jurisprudencia ha delimitado la naturaleza y alcance de las medidas cautelares, y así:

"a) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en STC 22/84, 66/84, 238/92, 148/93, y la de 13 de octubre de 1998, al resolver el recurso de amparo nº 486/97) ha reconocido el principio de autotutela administrativa, que no es incompatible con el artículo 24.1 de la CE, engarza con el principio de eficacia previsto en el artículo 103.1 de la CE y se satisface facilitando que la ejecución se someta a la decisión de un Tribunal y éste resuelva sobre la suspensión.

b) En reiterada doctrina de esta Sala, en torno al principio de eficacia de la actividad administrativa (artículo 103.1 de la Constitución), y al de la presunción de validez de los actos administrativos (artículo 57 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, precepto que no ha sido modificado por la Ley 4/99), la regla general es la ejecutividad inmediata de los actos y disposiciones y la posibilidad de suspensión se produce cuando se originen perjuicios de reparación imposible o difícil.

c) La aplicación del principio de efectividad de la tutela judicial (artículo 24.1 de la Constitución) impone el control jurisdiccional sobre la actividad administrativa (artículo 106.1 de la Constitución) y, en todo caso, han de coordinarse y armonizarse la evitación del daño a los intereses públicos que pueda derivarse de la suspensión de la ejecución y que al ejecutarse el acto se causen perjuicios de imposible o difícil reparación para el recurrente, lo que implica un juicio de ponderación, como ha señalado este Tribunal (en Autos de 15 de enero, 21 de febrero, 28 de febrero, 14 y 18 de marzo, 8 de abril, 18 de julio y 8 de noviembre de 1994, 1 de abril, 22 de mayo, 19 de septiembre y 13 de diciembre de 1995, 20 de julio y 7 de noviembre de 1996 y 16 de septiembre de 1997)".

CUARTO. Constituyendo la apelación una revisión de la decisión jurisdiccional adoptada en base a los acontecimientos y datos que ocurrieron en primera instancia, y sin que puedan valorarse otros datos más que los que el órgano apelado tuvo en cuenta para decidir, sin perjuicio de que en determinadas ocasiones pueda practicarse prueba en segunda instancia, lo que no ha ocurrido en autos, la Sala concluye que, por lo que respecta a la suspensión de la extinción de la autorización de residencia permanente, que implicaría su prórroga, en la ponderación de los intereses en conflicto resultan preferentes los intereses generales sobre los del recurrente, y por ello debe confirmarse el Auto apelado en este punto, ya que, a pesar de no mencionar esta medida cautelar de forma expresa, se desprende del análisis que el Juez *a quo* efectuó en el cuerpo del mismo, examinando la suspensión de la Resolución administrativa como un bloque, sin distinguir sus distintos pronunciamientos.

Encontrándose el actor cumpliendo pena de prisión en el momento de solicitar la medida, no concurre interés en el mismo en suscribir un contrato de trabajo, mientras que su vinculación social, familiar y personal con España, derivada de la presencia de sus familiares más cercanos y su pareja de hecho, no precisan de esta medida, por no que no resulta imprescindible para que el recurso no pierda su finalidad legítima.

QUINTO. Por lo que respecta a la expulsión, debe partirse del dato de que nos encontramos, no ante una sanción de expulsión por comisión de una infracción en materia de extranjería, sino la imposición de la medida de expulsión a causa de una condena penal por la comisión de un delito castigado con pena privativa de libertad superior a un año, prevista en el artículo 57.2 del citado Cuerpo Legal.

Por lo que concierne a la suspensión de la efectividad de la expulsión, en este punto sí debe revocarse el Auto apelado, ya que resulta constatado que el demandante tiene dos hijos españoles menores de edad, nacidos en los años 2008 y 2009, fruto de una relación anterior con una española, y, aunque no consta que mantenga relación con ellos, sí existe un interés familiar necesitado de protección, unido a los otros dos hijos menores de edad nacidos de su actual relación sentimental con una ciudadana cubana.

En aras de la protección que la Constitución otorga a la familia, ampara el conjunto de derechos y deberes propios de las relaciones paterno-filiales, favoreciendo y protegiendo el trato y el derecho de relación de padres e hijos, debemos concluir que la ejecución de la expulsión interrumpe de manera definitiva y grave la posibilidad de comunicación y contacto entre el recurrente y sus hijas.

Por este motivo, para el caso de prosperar el recurso, sin prejuzgar la cuestión de fondo, se le habría causado al hoy demandante un perjuicio de forma que el recurso habría perdido su finalidad.

El arraigo familiar por la existencia de las menores de nacionalidad española es claro, y prevalece sobre los intereses generales que no parece hayan de sufrir perjuicio alguno por la demora en la ejecución de la sentencia que en su día pudiera dictarse, si confirmare el acto impugnado, si bien limitado a la suspensión de la expulsión, pero sin que sea procedente la concesión de una autorización provisional de residencia y trabajo, estimando el recurso en este extremo.

SEXTO. En materia de costas la estimación parcial del recurso determina que no se haga declaración de costas.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general aplicación

FALLAMOS

1º) ESTIMAMOS EN PARTE EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto contra el auto nº 494/2010 dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Palma de Mallorca, que denegó la medida cautelar de suspensión de la resolución impugnada.

2º) REVOCAMOS PARCIALMENTE el Auto, y en su lugar acordamos la concesión de la suspensión cautelar de la medida de expulsión contenida en el acto

impugnado, pero se deniega la suspensión de la extinción de la autorización de residencia permanente.

3º) Sin imposición de costas en esta instancia.

Contra la presente sentencia no cabe recurso ordinario.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por la Ilma. Sra. Magistrada que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.