



Hecho: Adriana Villegas Rey
C/ San José 12- 2º Dere

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE
CANTABRIA. SALA DE LO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

Avda Pedro San Martín S/N

Santander

Teléfono: 942 35 71 24

Fax.: 942 35 71 35

Modelo: TX901

Medidas Cautelares Previas 0000031/2010

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 1 de Santander

Ponente: María Jose Artaza Bilbao

Proc.: RECURSO DE APELACIÓN (Santander)

Nº: 0000006/2011

NIG: 3907533320110000029

NOT 5/09/2011

Intervención:

Apelante

Apelado

Interviniente:

DELEGACION DEL GOBIERNO
LUIS GENARO RUBIO FLORES

Procurador:

SENTENCIA nº 000602/2011

Ilmo Sr. Presidente

D. RAFAEL LOSADA ARMADÁ

Ilmos. Sres. Magistrado

Dª CLARA PENÍN ALEGRE

Dª MARIA JOSEFA ARTAZA BILBAO

En la Ciudad de Santander, a veintiséis de julio de dos mil once. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria ha visto el **recurso de apelación nº 6/2011**, interpuesto contra el auto dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº uno de Santander, de fecha 8/10/2010 por la **ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO (DELEGACION DE GOBIERNO EN CANTABRIA)** representada y defendida por el Abogado del Estado siendo la parte apelada D. [REDACTED]

[REDACTED]. Es ponente La Ilma. Sra. Magistrado Doña María Josefa Artaza Bilbao, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El recurso de apelación se interpuso el día 22/10/2010, contra el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº uno de Santander, dictada en fecha 8/10/10, que en el fallo dice: "Se estima la medida cautelar consistente en suspender la ejecutividad de la resolución de la Delegación del Gobierno en Cantabria de fecha 11/02/2010 recaída en el expediente sancionador de autos, en la que se impone la sanción de expulsión del territorio nacional español con la prohibición de entrada por el tiempo de cinco años".

SEGUNDO: Del recurso de apelación se dio traslado a la parte apelada solicitando la misma se dicte sentencia por la que confirme la resolución apelada.

TERCERO.- En fecha 30 de noviembre de 2010 se elevaron las actuaciones a esta Sala y no habiéndose solicitado la apertura de período probatorio, ni celebración de vista o conclusiones por escrito, se declaró el recurso concluso para sentencia, y señalándose para la votación y fallo el día 19 de mayo de 2011, aunque con posterioridad, efectivamente se deliberó, votó y falló, siendo redactada una vez reincorporada la Sra. Magistrado ponente de su situación de baja por enfermedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del presente recurso de apelación es el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº uno de Santander, dictada en fecha 8/10/10, que en el fallo dice: "Se estima la medida cautelar consistente en suspender la ejecutividad de la resolución de la Delegación del Gobierno en Cantabria de fecha 11/02/2010 recaída en el expediente sancionador de autos, en la que se impone la sanción de expulsión del territorio nacional español con la prohibición de entrada por el tiempo de cinco años".

La Resolución cuya ejecutividad se suspende por la adopción de la medida cautelar es la dictada por la Delegación del Gobierno en Cantabria, de fecha 11 de febrero de 2010, por la que se acuerda la expulsión del territorio nacional español, con prohibición de entrada por cinco años, por aplicación del Art. 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, reformada por L.O. 8/2000, de 22 de Diciembre y reformada a su vez por L.O. 14/2003, de 20 de Noviembre.

SEGUNDO.- La Administración demandada y apelante sostiene en esta 2ª instancia, como argumentos para revocar el Auto en el cual se mantuvo la medida cautelar decretada que:

1º) El peligro en la mora no puede presuponerse sin oque siempre será necesaria prueba suficiente de su existencia.

2º) No concurre situación de arraigo, pero ni aun en la existencia de cierto arraigo en este caso se ha de Valorar que estamos ante una orden de expulsión no resultado de una infracción administrativa sino consecuencia legal derivada de una condena previa con pena privativa de libertad superior al año(Art. 57.2 Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por L.O. 8/2000, de 22 de Diciembre y reformada a su vez por L.O. 14/2003, de 20 de Noviembre).

Por ello y, sin prejuzgar el fondo de la cuestión principal, esta Sección entiende que procede confirmar el auto apelado y conceder la medida cautelar positiva, pero no en cuanto conceder la autorización de trabajo y residencia solicitada, ni siquiera provisionalmente mientras se tramita el recurso, porque con ello se está ejerciendo una competencia o potestad que solamente corresponde a la Delegación del Gobierno. Por lo tanto aunque es correcta la medida cautelar adoptada, la misma debe ser matizada en el sentido de suspender la eficacia de la denegación de los permisos solicitados, lo que supone que no se deba expulsar al interesado mientras se tramita el recurso y que sigan teniendo eficacia mientras tanto los permisos inicialmente concedidos.

TERCERO.- 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".

CUARTO.- La representación de la parte recurrente interesa la confirmación del Auto apelado, invocando que:

-Al actor entiende no se le aplica la última redacción de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por L.O. 8/2000, de 22 de Diciembre y reformada a su vez por L.O. 14/2003, de 20 de Noviembre), esto es no la modificación efectuada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre., por lo tanto como alego la Resolución esta afectada de nulidad como lo reseño en el escrito de demanda.

-El actor ingreso el 22/08/2007, en el Centro Penitenciario el Dueso y el 17/11/2009 cumplió íntegramente la condena impuesta procediéndose al archivo definitivo de la causa.,

-El actor, siendo un residente permanente o de larga duración, esta casado con otra residente permanente en España, son propietarios de una vivienda, fruto del matrimonio tiene cuatro hijos, dos menores de edad, sus hijos mayores trabajan en el ejercito español y es abuelo de un menor el mismo, siendo empresario autónomo, por lo cual se le debe valorar sus circunstancias personales

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)".

SEXTO.- 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.

QUINTO.- 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 núm. 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.

Se esta en el momento de resolver acerca de la procedencia de la suspensión de la efectividad de la expulsión, y la Sala considera que sí debe confirmarse el Auto apelado, ya que resulta constatado que el demandante tiene varios hijos, algunos menores de edad y que conviven con el mismo y su esposa, y asimismo, o se colige que se ha dado de cumplimiento por el mismo de la pena de prisión, habiendo salido del centro penitenciario.

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 hijos.

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, confirmando la suspensión de la expulsión.

SEPTIMO.- De conformidad con el artículo 139.2, al haber sido desestimado el recurso de apelación interpuesto por la parte recurrente, procede la imposición de costas a dicha parte.

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación formulado por la **ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO (DELEGACION DE GOBIERNO EN CANTABRIA)** contra el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº uno de Santander, dictada en fecha 8/10/10, que en el fallo dice: "Se estima la medida cautelar consistente en suspender la ejecutividad de la resolución de la Delegación del Gobierno en Cantabria de fecha 11/02/2010 recaída en el expediente sancionador de autos, en la que se impone la sanción de expulsión del territorio nacional español con la prohibición de entrada por el tiempo de cinco años", confirmando el mismo. Se impone de manera expresa las costas procesales causadas en esta instancia a dicha parte recurrente.

Así, por esta nuestra sentencia, que se notificará a las partes con expresión de los recursos que en su caso procedan frente a ella, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Intégrese esta Resolución en el Libro correspondiente. Una vez firme la sentencia, devuélvase las actuaciones recibidas y el expediente

administrativo al órgano judicial de procedencia, junto con un testimonio de esta sentencia.



MINISTERIO
DE JUSTICIA