



**T.S.J. ILLES BALEARS SALA CON/AD
PALMA DE MALLORCA**

SENTENCIA: 00 9/2013

APELACIÓN

ROLLO SALA Nº 1/2013

DILIGENCIAS PIEZA SEPARADA DE SUSPENSIÓN/MEDIDAS CAUTELARES Nº

3/2012

JUZGADO CONTENCIOSO Nº 1

SENTENCIA Nº 249

En Palma de Mallorca a diecinueve de marzo de dos mil trece

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. Gabriel Fiol Gomila

MAGISTRADOS

D. Pablo Delfont Maza

Dª: Carmen Frigola Castellón

VISTOS por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears las Diligencias Pieza Separada de Suspensión/Medidas Cautelares seguidas en el Juzgado de los Contencioso-Administrativo nº 1 de Palma de Mallorca, con el nº 363/2012 y nº de rollo de apelación de esta Sala 62/2013. Actúa como parte apelante la **DELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN ILLES BALEARS** representada y defendida por el Abogado del estado Letrado Sr. D. [redacted] al [redacted] y como parte apelada D. [redacted] representado por la Procuradora Sra. Dª. María del Romero Gaspar de L'Hotellerie de Fallois y defendido por la letrado Sra. Dª. Margarita Palos Nadal.

Constituye el objeto del recurso la resolución de la Delegación de Gobierno en Illes Balears, de fecha 15/03/2012 por la que se resuelve imponer la sanción de

Impresiones



expulsión al actor con prohibición de entrada en España por un periodo de cuatro años.

El auto número 413/2012 de siete de noviembre de dos mil doce del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Palma estima la medida cautelar interesada y suspende la ejecución del acto impugnado.

Ha sido Magistrado Ponente la Ilma. Sra. Dña. Carmen Frigola Castellón, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO: El Auto nº 413/2012 dictado por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Palma en la pieza separada del procedimiento abreviado y de los que trae causa el presente rollo de apelación decía literalmente en su fallo:

"1º.-) Se acuerde haber lugar a la medida cautelar interesada por la defensa de D. ¹, en relación a la suspensión de la ejecución de la resolución de la Delegación de Gobierno en Illes Balears, de fecha 15/03/2012 por la que se resuelve imponer la sanción de expulsión al actor con prohibición de entrada por un periodo de cuatro años.

2.-) No se imponen las costas del procedimiento."

SEGUNDO: Contra la anterior resolución interpuso la demandante recurso de apelación en plazo y forma siendo admitida en un solo efecto.

TERCERO: No se ha solicitado práctica de prueba ni trámite de vista o conclusiones.

CUARTO: Se ha seguido el recurso con arreglo a los trámites de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa, quedando los autos conclusos para dictar sentencia, señalando para la votación y fallo el día 19 de marzo de 2013.

Impugnada de la PS



FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO: Se aceptan los del auto apelado.

La actuación administrativa que constitucionalmente tiene recogido en su artículo 103 la obligación de actuar bajo el principio de eficacia, determina que sus actos, nazcan al mundo jurídico con vocación de inmediata ejecutividad, de forma que estos producen efectos desde la fecha en que se dictan (art. 57-1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) y esa ejecutividad encuentra su fundamento y razón de ser en el interés general al que la administración sirve con objetividad y eficacia.

Ahora bien, ello no impide que la Administración pueda ser objeto de fiscalización y control jurisdiccional en el desarrollo de esa ejecutividad (art. 106-1 de la CE), pues así lo demanda el principio constitucional de derecho de tutela judicial efectiva al amparo del artículo 24-1 de la CE lo que nos lleva inexorablemente a ponderar la medida en que el interés público exige la ejecución del acto impugnado.

En efecto, para la solución de la cuestión planteada ha de tomarse en consideración que, lo que ha de comportar la posibilidad de adopción de la medida cautelar de suspensión de la ejecución del acto, no es otra que constatar que la ejecución de ese acto comporta "la pérdida de la finalidad del recurso". Así el artículo 130 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa nos dice 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 recuso", si bien se añade que "la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales de tercero que el Juez o tribunal ponderará de forma circunstanciada". En consecuencia y conforme al dictado del artículo 130 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la pérdida de la finalidad del recurso nos lleva no sólo al examen de la "gravedad o irreparabilidad de los daños" que la ejecución del acto impugnado cause, sino a la ponderación de tres elementos distintos: en primer lugar la intensidad que el interés general demanda de la ejecución inmediata del

después de todo es



acto; en segundo lugar la intensidad del perjuicio o daño que causa esa medida al destinatario; y por último, la apariencia de buen derecho o *fumus bonis iuris* en el solicitante.

SEGUNDO: También hemos de señalar que en la valoración de la medida cautelar solicitada es preciso en primer lugar que la parte aporte una cumplida prueba de la acreditación del perjuicio grave e irreparable ya que la mera enunciación de ese perjuicio no supone tal acreditación. No en vano y del artículo 129 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se desprende, la medida cautelar es la excepción a la indiscutible ejecutabilidad del acto administrativo dimanante de la presunción de legalidad y acierto de que goza. Por lo tanto es carga probatoria del solicitante ese extremo.

En segundo lugar el conocimiento de la pieza separada de la medida cautelar supone un conocimiento limitado de la cuestión ya que es imposible el análisis de fondo o sustantivo debiendo limitarse únicamente al examen de los perjuicios que la ejecutabilidad del acto depara al recurrente. Ello no excluye que como criterio a valorar para la posibilidad de la concesión de la medida, se examine la apariencia de buen derecho que ostenta el recurrente. Aunque siempre con el limitado carácter que la pieza separada de medida cautelar exige y sin poder prejuzgar el fondo del asunto.

En tercer lugar es fundamental el criterio del *periculum in mora*, esto es, el aseguramiento del proceso que pasa por la valoración de que la ejecutabilidad del acto pueda producir una situación que convierta en inviable el recurso contencioso, haciéndole perder su finalidad, aun en el caso de que viera prosperar la tesis el demandante.

Por último debe ponderarse la intensidad que el interés general demanda de la ejecución inmediata del acto; así como reitera hasta la saciedad la jurisprudencia "cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto".

Impugnación de la medida



TERCERO: La defensa de la Administración y ahora apelante critica el auto apelado en que no razona sobre los perjuicios causados e inexistencia de situación de arraigo en el recurrente pues no trabaja desde el año 2007 no se conocen los medios de vida del actor y ha sido condenado en sentencia penal firme por delito contra la salud pública de forma que la ponderación de los intereses en conflicto es errónea al dar prioridad a los particulares frente a los públicos de mayor intensidad. Y considera que no se cumple la apariencia de buen derecho en el actor, en tanto que la expulsión lo ha sido por la causa 2ª del artículo 57, o sea, por existencia de condena penal superior a un año.

Se opone la defensa del recurrente y parte apelada que solicita la confirmación del auto impugnado.

Como el conocimiento de la pieza de medidas cautelares es necesariamente un conocimiento limitado de la cuestión de fondo, lo que ha de valorarse en este momento es la ponderación de los intereses en conflicto, esto es, los intereses generales consistentes en la necesidad de residir legalmente y con sometimiento a la legalidad lo que pasa por valorar la peligrosidad del recurrente y los privados del apelante a seguir viviendo en nuestro país disfrutando de la compañía de su familia que ostenta nacionalidad española.

En la pieza de medidas cautelares para suspensión de la ejecutividad del acto ha de valorarse y ponderarse los intereses en conflicto. En este caso frente a los intereses generales que consisten en no consentir la residencia ilegal de extranjeros no autorizados a residir en el país, que además han sido ejecutoriamente condenados por delitos de carácter grave y castigados con pena superior a un año de privación de libertad (57-2 de la LO 4/2000), están los particulares del recurrente que es vivir en compañía de su esposa de nacionalidad española, dado que existe vínculo matrimonial desde el 24 de julio de 2009, y tiene el derecho y el deber de vivir con ella conforme a lo dispuesto en los artículos 66, 67 y 68 del Código Civil amparándose constitucionalmente la protección a la familia de la que el matrimonio es núcleo fundamental y básico.

Además hay que añadir que no solamente está sub iudice la resolución de expulsión del recurrente acordada en la impugnación de la resolución objeto de este debate, sino que además ha justificado la parte que también tiene impugnado y pendiente de juicio señalado para el día 6 de mayo de 2014 en el Juzgado nº 2 de Palma la impugnación de la denegación de tarjeta de residente de familiar

Wp a Jde. 8-



comunitario. Por lo tanto desde esa perspectiva sí existen unos perjuicios graves e irreparables si se admite la ejecución de la expulsión en base a la resolución ahora impugnada, en tanto que se le priva del derecho a poder estar, disfrutar y relacionarse con su esposa y su familia, estando además impugnada la resolución que le ha denegado la posibilidad de estancia en el país denegándole la tarjeta de residencia de familiar comunitario al aplicársele a ese extranjero lo dispuesto en el RD 240/2007.

La Sala considera que en este caso sí existe arraigo familiar claro y contundente que hace que los intereses particulares sean más preponderantes que los generales y públicos, pues de admitirse la ejecución de la suspensión causaría un grave perjuicio a la parte, pudiendo esperar la ejecución del acto a la firmeza de la sentencia que en este debate se dicte. Es por ello que no ha de prosperar la apelación presentada, en tanto que no existe error en la ponderación efectuada por el Juez a quo, debiendo concordar la Sala ese juicio valorativo.

Llegados a este punto cumple desestimar la apelación y confirmar el auto apelado.

CUARTO: En aplicación del art. 139.2º de la Ley Jurisdiccional/98 procede expresa imposición de costas a la parte apelante en atención al principio de vencimiento objetivo.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general aplicación

FALLAMOS:

1º) **DESESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la defensa de la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO contra el Auto nº 413/2012 dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 que **CONFIRMAMOS íntegramente**

2º) Con imposición de las costas a la parte apelante en atención al principio de vencimiento objetivo.

M. J. M. de J. D. F.



Contra la presente sentencia no cabe recurso ordinario.

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

PUBLICACION.- Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por la Magistrada de esta Sala Ilma. Sra. Dña. Carmen Frigola Castellón que ha sido ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El Secretario, rubricado.

M. J. de la S.