

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DE GRANADA, SECCION 4ª
ROLLO DE APELACIÓN NÚMERO 454/2013
JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
NÚMERO 5 DE GRANADA

SENTENCIA NÚM. 1954 DE 2013

Ilmo. Sr. Presidente:

Don Rafael Toledano Cantero

Ilmos. Sres. Magistrados:

Don Rafael Ruiz Álvarez

Don Antonio Cecilio Videras Noguera

Don Jesús Rivera Fernández

En la Ciudad de Granada, a diez de junio de dos mil trece. Ante la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, se ha tramitado el **recurso de apelación número 454/2013**, dimanante de Procedimiento Abreviado nº 695/2012, Pieza Separada de Medidas Cautelares nº 3.1/2013, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número 5 de Granada: siendo parte apelante **DON** representado por la Procuradora, Sra. Amador Fernández, y asistido por Letrado, y como parte apelada la **ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN GRANADA**, en cuya representación y defensa interviene el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-En el mencionado procedimiento, tramitado ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo citado, se dictó Auto de fecha 7 de febrero de 2013, y contra el mismo, dentro del plazo legal, se interpuso RECURSO DE APELACIÓN por el extranjero más arriba mencionado, solicitando a esta Sala dicte una sentencia por la que sea estimado dicho recurso, con revocación del Auto impugnado en base a los motivos que expresa.

SEGUNDO.-Después de ser admitido por el Juzgado, se dio traslado a la parte apelada, la Administración pública nombrada en el encabezamiento, para que en el plazo de quince días formulara impugnación, si convenía a su derecho; presentándose por dicha parte escrito en el que se oponía al recurso por los motivos que constan en el mismo, solicitando a esta Sala dicte una sentencia por la que sea desestimado dicho recurso de apelación, con confirmación de la resolución judicial impugnada por sus propios fundamentos.

TERCERO.-Elevadas las actuaciones a esta Sala, se formó el oportuno rollo, que se registró con el número más arriba señalado, habiéndose personado ante este Tribunal tanto la parte apelante como la apelada, sin haber solicitado prueba, vista o conclusiones, por lo que fue declarado concluso este procedimiento para dictar sentencia.

CUARTO.-Se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso el día y hora que consta en autos (28 de mayo de 2013), en que efectivamente tuvo lugar, habiéndose observado las prescripciones legales en la tramitación del mismo.

Ha sido Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. Don Rafael Ruiz Álvarez, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Se interpone el presente recurso de apelación contra el Auto de 7 de febrero de 2013, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número 5 de Granada en la pieza de medidas cautelares nº 3.1/2003, en que desestimó la suspensión de la resolución de 12 de

noviembre de 2012, adoptada por la Subdelegación del Gobierno en Granada, que desestimó el recurso potestativo de reposición contra la resolución anterior de 22 de agosto de 2012, que acordó la expulsión del recurrente más arriba identificado, nacional de Marruecos, del territorio español con la consiguiente prohibición de entrada en España por un período de cinco años, al imponerlo así razones de orden público y seguridad pública, fundadas en su comportamiento personal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.1 c) del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea, toda vez que consta que el citado extranjero ha sido detenido de manera reiterada desde el año 2006 hasta el año 2012, y condenado por sentencias firmes en cuatro ocasiones por delitos de lesiones, violencia doméstica y tráfico de drogas.

SEGUNDO.-El Auto apelado desestimó la medida cautelar solicitada de suspensión de la ejecutividad de la resolución administrativa de expulsión que ha quedado expuesta anteriormente.

Basa su pronunciamiento el Juzgado en el amplio historial delictivo del solicitante de la medida, que incluye una condena a un pena de 4 años y 6 meses de prisión, lo que no implica arraigo, sin que tampoco pueda tenerse por justificada la concurrencia de perjuicios irreparables, ni pueda apreciarse apariencia de buen derecho en la conducta del interesado, y por tales razones denegó la medida cautelar solicitada.

TERCERO.-El recurso de apelación discrepa de la manifestación del auto sobre que el recurrente carece de arraigo, y refiere la situación familiar y económica del mismo.

Se aduce en dicho recurso que el solicitante de la medida cautelar está casado con ciudadana española, siendo su madre residente en España, al igual que sus hermanos, teniendo dos hijos menores con residencia legal también en nuestro país, por lo que concluye que tiene arraigo familiar en el mismo, así como laboral, en virtud de su situación económica como trabajador autónomo. Argumenta además que la existencia de antecedentes penales no es suficiente, cuando concurren las citadas circunstancias personales, y se encuentra empadronado desde hace más de cinco años.

La representación procesal de la parte apelada, se ha opuesto al citado recurso de apelación, solicitando su desestimación, y la confirmación del Auto recurrido por ser ajustado a derecho.

CUARTO.-En el caso presente, se solicita una medida cautelar consistente en la suspensión de la ejecutividad de una resolución de expulsión, y para determinar su procedencia, se exige una ponderación circunstanciada de los intereses en conflicto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

La adopción de la medida, exige de modo ineludible, que el recurso pueda perder su finalidad legítima, lo que 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 merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso (*periculum in mora*).

Aun concurriendo el anterior presupuesto, puede denegarse la medida cautelar, siempre que se aprecie perturbación grave de los intereses generales o de tercero, lo que obliga a efectuar siempre un juicio comparativo de todos los intereses en juego, concediendo especial relevancia, a la hora de decidir, a la mayor perturbación que la medida cause al interés general o al de un tercero afectado por la eficacia del acto impugnado; y, en todo caso, el juicio de ponderación que, al efecto, ha de realizar el órgano jurisdiccional debe atender a las circunstancias particulares de cada situación, y exige una motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada.

El Tribunal Supremo en sentencia, entre otras, de 14 de octubre de 2005, destaca también que "la finalidad legítima del recurso es, no sólo, pero sí prioritariamente, 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.

La pérdida de la finalidad legítima del recurso es, así, la causa que legitima 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.

De ahí, también, que no quepa entender vedada, 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, pues los intereses en conflicto no pueden dejar de contemplarse, en un proceso judicial, dentro del marco jurídico por el que se rigen" (sentencia de 10 de noviembre de 2003).

La doctrina de la apariencia de buen derecho permite, en un marco de provisionalidad y dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y sin prejuzgar lo que en su día declare la Sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, siquiera a los meros fines de la tutela cautelar (sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2006).

Ha de significarse, por último, que en la ponderación de intereses en conflicto, con valoración del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*, ha de tenerse bien presente la improcedencia de juzgar sobre el fondo del asunto, pues además de carecerse -por lo general- de los elementos bastantes y necesarios para dar respuesta adecuada a la cuestión objeto de litigio, "se produciría el efecto indeseable de que, por amparar el derecho a la tutela efectiva cautelar, se vulneraría otro derecho, también fundamental e igualmente recogido en el artículo 24 CE, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba" (sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2006).

QUINTO.-En el caso presente se aprecia que de no suspenderse la ejecución de la resolución de expulsión, el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la misma perderá su finalidad legítima, lo que es causa suficiente para la estimación de la medida cautelar solicitada.

Debe señalarse que en el caso presente la Administración no ha acordado la expulsión del solicitante por la existencia de antecedentes penales, sino porque el mismo supone en su comportamiento una amenaza grave para el orden y la seguridad pública, lo que exige una cumplida prueba, de la que no tiene constancia esta Sala, a la que no se le ha remitido el expediente administrativo, pudiendo solamente valorar los documentos aportados con la demanda y los argumentos formulados por las partes, de los que se desprende que el recurrente está casado de una persona nacional comunitario, que tiene dos hijos menos de edad y a su cargo, todos ellos residentes en España, además de desempeñar una actividad mercantil por cuenta propia y estar empadronado en el municipio de Granada desde hace

años, circunstancias todas ellas que implican arraigo familiar y social, al que no obsta el hecho de que haya sido condenado.

Aunque en la resolución de expulsión se dice que el extranjero expulsado tiene un amplio historial delictivo, al haber sido condenado hasta en cuatro ocasiones, lo cierto es que en las actuaciones figura una sola sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de fecha 21 de septiembre de 2012, por la que se le condena, como responsable de un delito contra la salud pública, a la pena de cuatro años, seis meses y un día de prisión, además de multa de cuatro mil euros; condena que está cumpliendo en la actualidad en el Centro Penitenciario de Albolote (Granada).

Sin desconocer la gravedad de tal hecho delictivo, no podemos olvidar que el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea, permite la expulsión de un ciudadano miembro de la Unión Europea, o de su familiar, cuando así lo impongan razones de orden público (artículo 15), pero se requiere que la conducta represente una amenaza real, actual y suficientemente grave para el orden público, y según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se cita en la resolución, dicha amenaza debe evidenciarse a la vista de las sentencias penales, y sólo en el supuesto de que conste esa amenaza es posible restringir la estancia de un nacional comunitario o familiar con residencia permanente en España, y para adoptar la medida se exige tener en cuenta la duración de la residencia e integración social y cultural del interesado en España, su edad, su estado de salud, situación familiar y económica, y la importancia de los vínculos con su país de origen.

En el mismo sentido, se ha pronunciado nuestro Tribunal Supremo en sentencias de 4 de marzo de 2000, 18 de abril de 2000 y 9 de octubre de 2000, entre otras. Por tanto, se exige para que proceda la expulsión atender no sólo al aspecto penal, sino a la alteración del pacífico disfrute de los derechos de los ciudadanos, y que la conducta del sancionado constituya una amenaza real o un peligro a un interés fundamental de la comunidad derivado del comportamiento del interesado, sin que sea suficiente a estos efectos la condena penal impuesta; pero en este supuesto no se exponen las concretas circunstancias que pongan de manifiesto la existencia de esa amenaza real grave que se menciona, sino exclusivamente que la expulsión viene fundada en razones de orden público, y ya hemos dicho que esta Sala no dispone de elementos bastantes y necesarios para dar una respuesta adecuada a la cuestión planteada, ni tampoco se los proporciona la Administración en su

escrito de oposición al recurso de apelación, que se limita a mencionar determinadas condenas penales, sin acompañar ningún informe, como exige el citado artículo 15 del RD 240/2007.

Ante esa carencia de elementos probatorios, lo cierto es que la expulsión acordada y prohibición de entrada durante cinco años en nuestro país, constituye causa que legitima la adopción de la medida cautelar solicitada de suspensión, que se estima adecuada, suficiente y proporcionada para evitar la pérdida de la finalidad del recurso en este caso concreto.

Por las razones expuestas, el presente recurso de apelación ha de ser estimado, anulando el Auto aquí impugnado por no ser conforme a derecho.

SEXTO.-En cuanto a las costas, no procede imponerlas a la parte apelante, cuyas pretensiones son estimadas, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso, la Sala dicta el siguiente

FALLO

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **DON N** contra el Auto de fecha 7 de febrero de 2013, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 5 de Granada, en el Procedimiento Abreviado nº 695/2012, Pieza Separada de Medidas Cautelares número 3.1/2013, que anulamos y dejamos sin efectos, acordando la suspensión de la resolución de 12 de noviembre de 2012, adoptada por la Subdelegación del Gobierno en Granada, que confirma la expulsión acordada; sin hacer imposición de las costas de esta instancia a la parte apelante.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase, y una vez firme, remítase testimonio de la misma, junto con el expediente administrativo, al lugar de procedencia de éste. Notifíquese a las partes, haciéndoles saber, con las demás prevenciones del artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que contra la misma no cabe interponer recurso ordinario alguno.

Así, por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.