



Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Burgos, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Sentencia de 9 Abr. 2010, rec. 18/2010

Ponente: González García, María Begoña.

Nº de Sentencia: 240/2010

Nº de Recurso: 18/2010

Jurisdicción: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Tipo de recurso de la resolución: APELACION

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Suspensión de la ejecución de lo recurrido. Medida cautelar. -- Suspensión de la ejecución de lo recurrido. Requisitos. En general.

Normativa aplicada

TEXTO

En Burgos a nueve de abril de dos mil diez

SENTENCIA

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, ha visto en grado de apelación, rollo 18/2010, el recurso interpuesto contra el auto de fecha 26 de octubre de 2009, dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Burgos por el que se desestima la medida de suspensión solicitada por la representación procesal de Don Torcuato contra la resolución de la Subdelegación de Gobierno en Burgos de 5 de agosto de 2009 por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 3 de marzo de 2009 por la que se acuerda la orden de expulsión del territorio nacional por estancia irregular, habiendo sido parte en la instancia como parte apelada la Administración General del Estado representada y defendida por el Abogado del Estado en virtud de la representación que por Ley ostenta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Soria en el Procedimiento Abreviado 345/2009 , Pieza de Medidas Cautelares se dictó auto con fecha veintiséis de octubre de dos mil nueve por el que se deniega la medida de suspensión de la resolución impugnada de la Subdelegación de Gobierno en Burgos de tres de marzo de dos mil nueve por la que se acuerda la orden de expulsión del territorio nacional por un periodo de diez años.



SEGUNDO.- Que contra dicha resolución por la representación procesal de la parte recurrente Don Torcuato se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que fue admitido en ambos efectos y remitidos los autos a esta Sala, se señaló para votación y fallo el día ocho de abril de dos mil diez .

TERCERO.- En la tramitación del recurso en ambas instancias se han observado las prescripciones legales.

Habiéndose designado Magistrado Ponente del presente recurso de Apelación a Doña M^a Begoña Gonzalez Garcia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso jurisdiccional la resolución de la Subdelegación de Gobierno en Burgos de 5 de agosto de 2009 por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 3 de marzo de 2009 por la que se acuerda la orden de expulsión del territorio nacional por estancia irregular, la que se acuerda la orden de expulsión del territorio nacional por un periodo de diez años, del recurrente por encontrarse irregularmente en territorio español.

Interesando el apelante la suspensión de dicha medida de expulsión del territorio nacional, lo que fue denegado por el Auto ahora apelado e invocando en apoyo de sus pretensiones impugnatorias de la referida resolución y por tanto la procedencia de la medida interesada dado el arraigo familiar y social invocado, frente a lo cual el Auto impugnado valora la documental aportada, entrando a valorar el fondo del asunto, sin tener en cuenta en lo que se basaba la petición que era en la convivencia more uxorio del peticionario con su pareja de hecho una ciudadana de nacionalidad española, sin que en el referido Auto se de respuesta a la petición de prueba testifical propuesta, ni a la existencia del arraigo familiar, social y económico invocado, omitiendo la referencia a dicha convivencia invocada, ni da respuesta a la petición de arraigo, por lo que se termina indicando que de no suspenderse la resolución, se producirían los perjuicios que se reiteran en el escrito de apelación.

Argumentos que son rebatidos puntualmente por el Abogado del Estado, el cual postula la confirmación del Auto apelado.

SEGUNDO.- Dicho lo cual se ha de indicar que los dos factores a considerar y armonizar en el enjuiciamiento de la suspensión son, por una parte y conforme al artículo 130 de la L.J.C.A ., la producción, con la ejecución, de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y, por otro, la medida en que el interés de tercero o los intereses generales exijan la ejecución, para otorgar la suspensión con mayor o menor amplitud, según el grado en que ese interés esté en juego.

Sopesar, pues, los intereses en colisión, los públicos o incluso de terceros que demandan la ejecución por imperativo de la eficacia de la actuación administrativa -Art.103 de la Constitución - y los privados, que piden la suspensión provisional de lo impugnado tanto se resuelve el litigio, es el primer paso para resolver sobre la procedencia de la medida de la suspensión.

Si bien recientemente y tras la publicación de la Ley 29/98 de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto señalando que:



"han de coordinarse ahora los dos criterios esenciales cuales son salvaguardar la finalidad legítima del recurso y de otro la ponderación de intereses.

La medida cautelar de suspensión de la ejecutividad del acuerdo combatido en un recurso contencioso administrativo tiene como finalidad, como cualquier otra de la misma naturaleza, preservar el principio de efectividad de la decisión judicial, porque, como dijimos en nuestros autos de fechas 2 y 19 noviembre 1993, 15 enero 1994, 21 y 28 febrero 1994 y 7 y 14 marzo 1994, la potestad jurisdiccional no se agota con la declaración del derecho sino que se consume en la consecución del derecho declarado, lo que presupone la facultad de adoptar medidas, garantías o cautelas precisas a fin de preservar la eficacia de lo resuelto.

La razón decisiva para acceder o no la suspensión de la ejecución del acto o disposición, objeto de impugnación en vía Jurisdiccional, se encuentra en la coordinación del aludido principio de efectividad de la tutela judicial con el de la eficacia administrativa, y así lo ha declarado esta misma Sala y Sec. del Tribunal Supremo, recogiendo la doctrina interpretativa de los arts. 122 a 125 de la Ley de esta Jurisdicción establecida, entre otros, en los Autos de la propia Sala de 10 abril 1986, 21 marzo 1988, 10 abril 1989, 6 y 21 marzo y 17 octubre 1990 y 28 mayo 1991, al resolver, en su S 21 noviembre 1993, el recurso de casación 1012/92 interpuesto por el Abogado del Estado contra un auto en el que el Tribunal de instancia accedió a la suspensión de la ejecución del acto impugnado, expresando que «la naturaleza y finalidad de la suspensión de la ejecutividad del acto administrativo, objeto del recurso contencioso administrativo, como específica y singular medida cautelar contemplada por la ley durante la tramitación del proceso, exige armonizar 2 principios, cual son el de la efectividad de la tutela judicial (arts. 24,1 y 106,1 CE y arts. 7 y 8 LOPJ) y el de la eficacia administrativa (arts. 103 CE, 45,1, 101 y 116 LPA 1958, 56, 57, 94, 111 y 138,3 de la Ley 30/92, de 26 diciembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y 122,1 de la LJCA). 1 y otro amparan 2 intereses: el de evitar que, a través de la ejecución del acto impugnado, se causen perjuicios de imposible o difícil reparación y el de impedir el daño a los intereses públicos, que pudieran derivarse de la suspensión de la ejecutividad. La tensión en que aparecen dichos intereses, exige ponderar, en cada caso concreto, su preeminencia o prevalencia a fin de dirimir la contraposición de los bienes enfrentados, lo que da lugar a una extremada casuística difícil de reducir a reglas »".

Y existen otras sentencias como la más reciente aún, la sentencia también del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 7 mayo 2003, Ponente D. Enrique Lecumberri Martí, en la que igualmente se dice que:

"Cierto es que constituye doctrina jurisprudencial 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; juicio que en el supuesto que enjuicamos ha realizado el Tribunal «a quo», con el resultado de dar



prevalencia al interés público frente al particular, por apreciar que el perjuicio alegado no resulta enmarcable en los supuestos de «difícil o imposible reparación»."

Y esta casuística es mayor en la materia que nos ocupa de extranjería donde el daño que puede causarse de la no suspensión ha de modularse en cada caso concreto en razón de las circunstancias del sujeto expulsado, lo que se concederá o no según exista o no arraigo conforme la doctrina del Tribunal Supremo, siendo una cualidad que ha de acompañar a quien requiere la medida cautelar, entendiéndose por arraigo la existencia de especiales intereses familiares, sociales o económicos del recurrente dentro del Estado Español lo que debe acreditarse en cada caso concreto como señalan las STS de 9 y 23 de marzo de 1999, en este mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de cuatro de noviembre de dos mil cinco, de la que fue Ponente Don Pedro José Yagüe Gil en la que se dice que:

"Finalmente hemos de hacer constar una vez más que el criterio legal establecido en el invocado artículo 130 para dar lugar a la medida cautelar de suspensión, se encuentra en gran manera predeterminada por la "previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto", -inciso literal con el que se inicia el precepto-, razón determinante de que en la actual legalidad, al igual que en la representada por la Ley de 1.956, haya de hacerse siempre una ponderación suficientemente motivada de los intereses públicos y privados concurrentes, y como en el supuesto actual, como señalábamos en el fundamento anterior, no puede tenerse por justificada la concurrencia de perjuicios irreparables en razón de la obligada salida del territorio español, es por lo que tampoco cabe entender que la denegación de la suspensión haga perder su finalidad legítima al recurso cuando, en todo caso, aquí y ahora resultan prevalentes los intereses públicos, por los flujos migratorios que se están produciendo en los tiempos actuales; debiendo en fin tenerse en cuenta, de un lado, que, según la doctrina del Tribunal Constitucional, la tutela efectiva que han de prestar los Tribunales, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución, y en orden a la suspensión de los actos administrativos impugnados ante nuestra jurisdicción, queda satisfecha con la intervención o control de aquellos respecto de la medida cautelar administrativa y, de otro, que nada impide que, estimado el fondo del recurso contencioso-administrativo planteado, se proceda al retorno al territorio nacional e incluso, en su caso, a la reclamación de los perjuicios que hubieran podido ocasionarse."

Por lo que el hecho de que se acuerde la expulsión y los perjuicios que ello conlleva no es lo determinante para acceder a la suspensión, sino la existencia de arraigo como precisa la sentencia del Tribunal Supremo de diecisiete de Julio de dos mil tres, de la que fue Ponente Don José Manuel Sieira Míguez:

..."circunstancia todas ellas que acreditan una situación de arraigo familiar y laboral en España que justifica conforme a la doctrina reiterada de esta Sala la suspensión del acuerdo recurrido, máxime cuando de dicha suspensión no se derivan perjuicios graves para el interés general, ni siquiera se alega nada en tal sentido por el representante de la Administración demandada, en tanto que la quiebra de la situación de arraigo laboral y profesional que se infiere de los documentos aportados pondría en riesgo la finalidad legítima del recurso interpuesto".

Y en el presente caso y dado lo invocado por la parte recurrente y la alegación de especiales vínculos de arraigo, sobre los que el auto impugnado solo se pronuncia sobre la solicitud al Registro Civil, como se puede leer en la página 7 del referido Auto in fine, pero no



examina el resto de la documental aportada, ni el hecho de que se propusiera prueba testifical de la compañera del recurrente sobre lo cual no se ha pronunciado el Juzgado, por lo que el examen de toda la documental aportado y el hecho de que al parecer la expulsión solo ha sido motivada por la estancia irregular es lo que nos permite concluir, en este caso, que existe un indicio de la existencia de arraigo, por lo que en base a la anterior doctrina jurisprudencial y a la existencia de dichos indicios de arraigo, se esta en el caso de acceder a la suspensión interesada, procediendo por todo ello a la estimación del recurso de apelación interpuesto contra la resolución denegatoria de la medida de suspensión interesada por la parte apelante.

TERCERO.- Procede dado el sentido de la presente resolución y en aplicación del artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional no hacer especial imposición de costas de la presente instancia a ninguna de las partes.

VISTOS los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, ha dictado el siguiente

F A L L O

Que se estima el recurso de Apelación registrado con el número 18/2010, el recurso interpuesto contra el auto de fecha 26 de octubre de 2009, dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Burgos por el que se desestima la medida de suspensión solicitada por la representación procesal de Don Torcuato contra la resolución de la Subdelegación de Gobierno en Burgos de 5 de agosto de 2009 por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 3 de marzo de 2009 por la que se acuerda la orden de expulsión del territorio nacional por estancia irregular.

Resolución cuya revocación procede y en su lugar se declara que procede la suspensión de la resolución de la Subdelegación de Gobierno en Burgos de Burgos de 5 de agosto de 2009 por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 3 de marzo de 2009 por la que se acuerda la orden de expulsión del territorio nacional por estancia irregular.

Y todo ello sin expresa imposición de las costas procesales causadas en la presente instancia a ninguna de las partes.

Contra esta resolución no cabe interponer recurso alguno.

Devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia, con certificación de esta resolución para ejecución y cumplimiento.

Así lo acuerdan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala, de todo lo cual, yo el Secretario, doy fe.

PUBLICACIÓN.-

Leída y publicada ha sido la Sentencia anterior por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente Sra. D^a. M^a Begoña Gonzalez Garcia, en la sesión pública de la Sala Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos), que firmo en Burgos a nueve de abril de dos mil diez de que yo el Secretario de Sala, certifico.