

Documento TOL5.220.934

Jurisprudencia

Cabecera: ADMINISTRACION DEL ESTADO

Jurisdicción: Contencioso-Administrativo

Ponente: [José Matías Alonso Millán](#)

Origen: Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León sede en Burgos

Fecha: 17/07/2015

Tipo resolución: Sentencia

Sección: Primera

Número Sentencia: 154/2015

Número Recurso: 78/2015

ENCABEZAMIENTO:

T.S.J.CASTILLA-LEON SALA CON/AD

BURGOS

SENTENCIA: 00154/2015

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE

CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS

SECCION 1ª

Presidente/Ilmo. Sr. D. Eusebio Revilla Revilla

SENTENCIA DE APELACIÓN

Número: 154/2015

Rollo de APELACIÓN N° : 78 / 2015

Fecha : 17/07/2015

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Soria; pieza separada de medidas cautelares del Procedimiento Abreviado 29/2014.

Ponente D. José Matías Alonso Millán

Secretario de Sala : Sr. Sánchez García

Ilmos. Sres.:

D. Eusebio Revilla Revilla

D. José Matías Alonso Millán

D^a. M. Begoña González García

En Burgos a diecisiete de julio de dos mil quince.

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 el recurso número 78/2015 interpuesto contra el auto de fecha 17 de marzo de 2015, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Soria, por el que se acuerda conceder la medida cautelar solicitada de suspensión de la expulsión del territorio nacional acordada por la resolución impugnada en el expediente NUM001 de la Subdelegación del Gobierno en Soria, en la que se acuerda la expulsión de don Jose Carlos, con NIE número NUM000.

Habiendo sido parte en la instancia y en la presente apelación, como apelante, la Administración del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado en virtud de la representación y defensa que legalmente ostenta, y, como parte apelada, don Jose Carlos, representado por la procuradora doña María del Carmen Velázquez Pacheco y defendido por el letrado Sr. Gaspar Alcubilla.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO. - Que por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Soria, en pieza separada de medidas cautelares del procedimiento abreviado número 29/2014, se dictó auto cuya parte dispositiva dice:

"Se acuerda conceder la medida cautelar solicitada de suspensión de la expulsión del territorio nacional de Jose Carlos".

SEGUNDO.- Que contra dicha resolución 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 16 de julio de 2015.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso de apelación se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Por la Administración se apeló el auto porque entiende que es contrario al ordenamiento jurídico en base a las siguientes alegaciones:

- 1.-El Juzgador ha de hacer una ponderación relativa a la concurrencia de las circunstancias que justificarían el acuerdo de suspensión de la ejecución del acto impugnado. Suspensión que ha de reputarse como excepción a la regla general de la ejecutividad de los actos administrativos.
- 2.-El auto del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1986 concreta que para decretar la suspensión de los actos administrativos son necesarios tres requisitos: 1.-La existencia de daños o perjuicios por la ejecución del acto impugnado. 2.-La imposibilidad o dificultad de su reparación. 3.- Que no se produzcan graves perjuicios para el interés público de la falta de ejecución del acto.
- 3.-No se ha acreditado perjuicio alguno que se le haya ocasionado. No sólo es preciso alegar el posible perjuicio, sino que procede su prueba.
- 4.-No sólo se precisa la prueba de la existencia del perjuicio, sino también del dato esencial de la imposibilidad o extrema dificultad de su ulterior reparación. Se precisa se produzca una situación práctica

irreversible que haga perder la finalidad legítima al recurso. El recurrente se limita a la invocación genérica de unos prejuicios no concretados. La salida obligatoria del territorio nacional y la orden de expulsión no constituyen por sí como regla un perjuicio de reparación imposible o difícil. En caso de una eventual estimación del recurso, ningún obstáculo habrá para retornar al ciudadano extranjero recurrente al territorio nacional.

5.-Se precisa que de la inejecución no se derive perjuicio para el interés público. La normativa persigue como finalidad fundamental la salvaguarda del interés y del orden público y el cumplimiento de las disposiciones que disciplinan la entrada y la estancia de ciudadanos extranjeros en el territorio nacional español.

Por su parte el recurrente-apelado fórmula las siguientes alegaciones frente al recurso de apelación:

1.-Por los acertados argumentos del Juzgado a quo, se acreditan los tres requisitos aludidos en el auto del tribunal supremo de fecha 7 de octubre de 1986 .

2.-La medida cautelar adoptada está basada en la aplicación del artículo 19 de la Ley Reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección subsidiaria 12/2009, de 30 de octubre, cuya redacción, en su apartado primero, no ofrece dudas, al no poder ser el solicitantes de asilo objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud o ésta no sea admitida, exceptuándose únicamente motivos de salud o de seguridad pública.

3.-No se realiza ninguna sola alusión, mi referencia, a la motivación del auto que se apeló; y la cuestión que debería ser objeto de debate es lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 12/2009 , que en nada ha sido refutado, a tenor de la solicitud de asilo presentada y admitida a trámite mediante resolución de 30 de enero de 2015.

4.-La existencia de circunstancias de arraigo en el recurrente concurre en el presente supuesto, tales como la justificación del domicilio o el tiempo de permanencia en España.

5.-La salvaguarda del interés y del orden público y el cumplimiento de las disposiciones que disciplinan la entrada y la estancia no son los únicos principios informadores de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que, por el carácter sesgado de la alegación debe rechazarse el motivo de impugnación.

SEGUNDO.- Expuestos en dichos términos el debate del presente recurso, como premisa al presente enjuiciamiento es preciso reseñar que estamos ante una pieza separada de medidas cautelares, por lo que en esta pieza no puede enjuiciarse la conformidad o no a derecho de la o las causas de expulsión apreciadas en la resolución administrativa, que deberán ser enjuiciadas en el recurso principal, y que en todo caso lo que se trata de enjuiciar es si amparándonos en la ejecutividad de los actos administrativos permitimos la expulsión del recurrente durante la tramitación del recurso principal o diferimos la ejecución del acto administrativo hasta que recaiga sentencia firme en el presente recurso. Es decir, la Sala no va a resolver ahora si la expulsión acordada es o no conforme a derecho, ni tampoco las valoraciones que se realicen en la presente sentencia sobre el presunto arraigo del solicitante, o su situación familiar o laboral, produce efecto alguno en la resolución sobre el fondo. Lo que se recoge en esta sentencia sólo lo es a los efectos de la adopción o denegación de la medida cautelar.

Y dados los términos en los que se ha planteado la solicitud y posterior denegación en la instancia de la medida cautelar solicitada es preciso recordar lo que el Tribunal Supremo viene diciendo acerca de la medida cautelar de suspensión de una orden de expulsión. Así la STS de fecha 17.2.96, dictada en el recurso de casación núm. 4842/1993 (ponente D. Ernesto-Jesús Peces Morate), al respecto recuerda lo siguiente: *"Para un correcto enjuiciamiento del presente recurso de casación se debe recordar el criterio de esta misma Sala y Sección del Tribunal Supremo, expuesto, entre otros, en nuestros Autos de 6 de junio de 1995 (recurso de apelación 1783/92 , fundamento jurídico tercero), 18 de septiembre de 1995 (recurso contencioso-administrativo nº 808/94, fundamento jurídico segundo) y 25 de noviembre de 1995 (recurso de casación 1017/93 , fundamento jurídico cuarto), conforme al que <>"*.

Por otro lado la STS de fecha 2 de junio de 2.001, dictada en el recurso de casación núm.1481/1999 (ponente D. Ernesto-Jesús Peces Morate), recuerda al respecto lo siguiente: *"Se denuncia en los motivos de casación primero y segundo la infracción, al denegar la suspensión cautelar de la obligación de abandonar el territorio español impuesta al recurrente, del artículo 122.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 , aplicable racione temporis, porque dicho precepto establecía que procede la suspensión cuando la ejecución hubiese de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil, lo que requiere, como ha declarado repetidamente la Jurisprudencia, que se realice un juicio de ponderación a fin de conocer cuál de los intereses, el particular o el general, es más digno de protección, y la propia Jurisprudencia se ha decantado por considerar prevalente el interés particular de no salir de España cuando hubiese arraigo del ciudadano extranjero en territorio español o por razones humanitarias, concretadas en este caso en la precaria salud del recurrente.*

Ambos motivos deben ser estimados porque de los propios hechos admitidos por la Sala de instancia se deduce la existencia de arraigo del recurrente en territorio español y que éste padece una grave dolencia, que requiere especiales cuidados, entre otros el de evitar el transporte en avión.

Esta Sala y Sección del Tribunal Supremo ha repetido incansablemente que el arraigo de un ciudadano extranjero en territorio español, bien sea por razones económicas, sociales o familiares, es causa suficiente para suspender la ejecutividad de una orden de expulsión o la obligación impuesta de abandonar España por considerarse en estos casos como prevalente, de ordinario, el interés particular frente al general (Sentencias de 28 de diciembre de 1998 , 23 de enero , 3 de mayo , 11 de octubre , 15 de noviembre y 4 de diciembre de 1999 y 20 de enero de 2001 , entre otras)."

Igualmente es necesario recordar lo que sobre la adopción de medidas cautelares establecen los arts. 129.1 y 130 de la LRJCA . Dice el art. 129.1 que *"los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia"*. Y añade el art. 130:

" 1. 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 pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso.

2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada" .

Por otro lado, tampoco podemos olvidar que el art. 94 de la Ley 30/1992 establece la ejecutoriedad de los actos de las Administraciones Públicas al señalar que *"los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos, salvo lo previsto en los arts. 111 y 138, y en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior"*.

TERCERO.- Además, se viene reiteradamente manifestando por nuestra jurisprudencia que no procede la suspensión de un acto administrativo cuando su contenido es negativo, es decir cuando este acto administrativo deniega una solicitud del administrado; y en este sentido la Sentencia de febrero de 2002, Recurso 2617/00 : *" Es conocida la jurisprudencia de esta Sala que declara la improcedencia de acordar medidas cautelares de suspensión respecto de actos de contenido negativo que no innovan en nada una situación jurídica preexistente, como dijimos en la sentencia de 12 de junio de 2000 recordando otros precedentes, ya que, en otro caso, se estaría dando lugar a conceder lo denegado, al menos durante la sustanciación del proceso"*.

Es indudable que en materia de extranjería esta doctrina general precisa unas mayores concreciones, como así razona nuestro Tribunal Supremo en sentencia de 19 de noviembre de 2001, recurso de casación 7216/99 : *" La resolución judicial recurrida, al denegar la suspensión de la ejecutividad del acuerdo impugnado, por entender que tal acto, por ser negativo, no es susceptible de suspensión, vulnera la jurisprudencia de esta Sala, ya que es reiterada nuestra doctrina -sustentada en autos que se inician hace más de doce años, entre otros, de 6 de febrero de 1988, 17 de septiembre de 1992, 28 de septiembre de 1993, 11 de julio de 1995, y sentencias de 15 de julio de 1997 y 26 de septiembre de 2000 -, la que*

admite la procedencia de las peticiones de suspensión de la ejecución de decisiones administrativas de expulsión de extranjeros del territorio nacional, o mediante las que se impone el deber de abandonar el mismo como consecuencia o en relación con una resolución administrativa, dado que el pronunciamiento de expulsión, directamente acordado o que deriva directamente de la resolución adoptada, no tiene en sí un contenido negativo y por ello puede ser objeto de suspensión en cuanto a su ejecutividad ".

Si este criterio es mantenido cuando el contenido de la resolución se puede considerar como negativo, con mayor amplitud debe ser considerado en el supuesto de que el contenido de la resolución sea positivo, como es el caso, en que se acuerda la expulsión. No obstante, procede estudiar la situación concreta.

CUARTO .- Esta Sala suele aplicar el principio de suspensión de las resoluciones administrativas en los supuestos de que la resolución haya acordado la expulsión. Sin embargo, para ello es preciso acreditar un interés, acreditar un perjuicio o/y acreditar una pérdida de la tutela judicial efectiva de llevarse a cabo la expulsión.

No se ha aportado absolutamente ninguna prueba con el testimonio de la pieza de medidas cautelares, por lo que realmente sólo tenemos el contenido de la resolución impugnada para poder juzgar sobre si concurre o no concurre causa para acceder a la solicitud de suspensión solicitada y estimada por el Juez en el auto de fecha 17 de marzo de 2015 . Este auto, en el fundamento de derecho cuarto, manifiesta que no se acreditan perjuicios de difícil o muy difícil reparación por lo que por este motivo lleva a desestimar la petición de suspensión; en el fundamento de derecho quinto de la misma resolución se manifiesta que no se acredita arraigo familiar, tampoco se acredita que efectivamente viva en el domicilio que indica y no aporta la supuesta oferta de empleo que manifiesta el solicitante de la petición de suspensión de la ejecución del acto administrativo, por lo que, manifiesta el auto apelado, no se acredita arraigo y que además consta en la resolución de expulsión que fue condenado a una pena de 10 años de prisión por un delito de homicidio.

Sin embargo, concede el Juez a quo la petición de suspensión de la ejecución del acto administrativo, pero amparándose en lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 12/2009 , cuyos números 1 y 2 recoge en la resolución (1. Solicitada la protección, la persona extranjera no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud o ésta no sea admitida. No obstante, por motivos de salud o seguridad públicas, la autoridad competente podrá adoptar medidas cautelares en aplicación de la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración. 2. Asimismo, la solicitud de protección suspenderá, hasta la decisión definitiva, la ejecución del fallo de cualquier proceso de extradición de la persona interesada que se halle pendiente. A tal fin, la solicitud será comunicada inmediatamente al órgano judicial o al órgano gubernativo ante el que en ese momento tuviera lugar el correspondiente proceso). Es indudable que considerando esta muy especial situación de admisión de la solicitud, no procede la revocación de lo acordado en el auto apelado; y ello porque con esta misma admisión ya concurre un principio de prueba de que la expulsión puede ocasionar un grave perjuicio al aquí recurrente, pues tanto si consideramos los supuestos de la condición de refugiado que recoge el artículo 3 de la Ley 12/2009 (*La condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él, y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del artículo 8 o de las causas de denegación o revocación del artículo 9*), como los supuestos de derecho a la protección subsidiaria que recoge el artículo 4 (*El derecho a la protección subsidiaria es el dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10 de esta Ley , y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren, acogerse a la protección del país de que se trate, siempre que no concurra alguno de los supuestos mencionados en los artículos 11 y 12 de esta Ley) ,se acredita que si se admite la solicitud*

de asilo es por que se aprecian al menos indicios de ser perseguido en sun pais. Por tanto, realmente se aprecia que pudiese existir un grave perjuicio para la salud y/o la integridad del solicitante de la medida si se procede a la expulsión, si bien también se acredita que esta persona demuestra una elevada peligrosidad social, pero es evidente que no parece sea de la misma intensidad que el peligro que el mismo corre en su país, puesto que si así fuese ya se hubiese aplicado lo recogido en el artículo 9 de la Ley 12/2009 . Sin embargo, a esta Sala le queda la duda de si ya en estos momentos se ha resuelto la petición de asilo, pues que en principio debe resolverse dentro del plazo de seis meses desde que se formuló la solicitud (en enero según recoge el auto apelado), entendiéndose la denegación de su solicitud si no se hubiese resuelto. No obstante, dada la especial situación de este concreto expediente y dado que no se ha aportado prueba de la concurrencia de las circunstancias, no existe motivo para revocar el auto apelado, sin perjuicio de que si no fuese por esta especial circunstancia del expediente de asilo incoado y en tramitación, sin duda se denegaría la medida en atención a la gravedad del delito por el que fue condenado don Jose Carlos y al poco arraigo efectivo demostrado, tanto laboral, como social, como familiar.

ÚLTIMO.- Respecto de las costas, al desestimarse el recurso interpuesto y conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la ley 29/98, de 18 de julio , procede imponerlas a la apelante.

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.

FALLO:

Que se desestima el recurso número 78/2015 interpuesto contra el auto de fecha 17 de marzo de 2015, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Soria , por el que se acuerda conceder la medida cautelar solicitada de suspensión de la expulsión del territorio nacional acordada por la resolución impugnada en el expediente NUM001 de la Subdelegación del Gobierno en Soria, en la que se acuerda la expulsión de don Jose Carlos , con NIE número NUM000 ; y, en virtud de esta desestimación, se confirma el auto apelado.

Se imponen las costas a la parte apelante.

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 Iltmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala, de todo lo cual, yo el Secretario, doy fe.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.