

RECURSO DE APELACIÓN Nº 1872/09

Paloma Gutiérrez París
PROCURADORA DE LOS TRIBUNALES
C/ Pinar de Moscú nº 4
28002 MADRID. T. 91 54 016 19 257

SENTENCIA Nº 917

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN NOVENA**

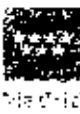
ANDRÉS G. MALAMUD
SERUR

Ilmos. Sres.
Presidente:
D. Ramón Verón Olarte
Magistrados:
D. Angeles Huet de Sando
D. Juan Miguel Massigoge Benegui
D. José Luis Quesada Varca
D. Berta Santillán Pedrosa

10 SEP 10	10 SEP 10
10 SEP 10	10 SEP 10

En la Villa de Madrid a veintidos de julio de dos mil diez.

Visto por la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el presente recurso de apelación nº 1872/09, interpuesto por el Letrado don Andrés G. Malamud Serur, en nombre y representación de don [REDACTED], contra el auto nº 1031/09, dictada en la pieza separada de suspensión del procedimiento abreviado nº 587/09, por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 7 de Madrid, de fecha 17 de septiembre de 2009, denegatorio de la petición de suspensión formulada por el recurrente.



RECURSO DE APELACIÓN Nº 1872/09

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 17 de septiembre de 2009, el Juzgado de lo Comencioso Administrativo nº 7 de Madrid dictó auto nº 1031/09, en la pieza separada de suspensión del procedimiento abreviado nº 587/09, cuya parte dispositiva era la siguiente: «ACUERDO denegar la adopción de la medida cautelar solicitada en especial declaración en cuanto a las costas procesales causadas.»

SEGUNDO: Contra este auto interpuso recurso de apelación la representación procesal ante el Juzgado de don [REDACTED], presentando la Administración apelada escrito de oposición al mismo y, admitido el recurso por el Juzgado "a quo", fueron remitidas las actuaciones a este Tribunal Superior de Justicia, turnándose a esta Sección.

TERCERO: Tras tenerse por personada en forma ante la Sala al apelante a través de la Procuradora de los Tribunales doña Paloma Gutiérrez París, con fecha 10 de mayo de 2010, esta Sección Novena dictó auto por el que denegaba la petición de vista solicitada por el apelante, quedando los autos conclusos y pendientes para votación y fallo.

CUARTO: En este estado se señala para votación y fallo el día 22 de julio de 2010, teniendo lugar así.

QUINTO: En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Siendo Ponente la Magistrada fma. Sra. D^a. ANGELES HUET DE SANDE.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El auto apelado considera que el acto impugnado ante el Juzgado es la desestimación presunta por silencio de la petición de declaración de caducidad y archivo del expediente de expulsión incoado contra el aquí apelante, don [REDACTED], y deniega la suspensión solicitada por considerar que la citada medida cautelar carece de objeto por no haberse dictado aún acuerdo alguno de expulsión. Y esta argumentación es compartida por la Abogacía del Estado que solicita la confirmación del auto apelado.

Asiste sin embargo la razón al recurrente cuando explica en su recurso de apelación que el Juzgado ha confundido el acto cuya suspensión se pretendía.

En efecto, del examen de las actuaciones que nos han sido remitidas se desprende que la demanda inicialmente presentada se dirigía, efectivamente, contra la desestimación presunta por silencio de la petición de declaración de caducidad y



RECURSO DE APELACIÓN Nº 1872/09

archivo del expediente de expulsión incoado contra el interesado. Pero en dicha demanda no se solicitaba tutela cautelar alguna. Es en un momento posterior cuando el recurrente afirma tener conocimiento de la resolución de expulsión dictada, y ese momento es cuando se autoriza judicialmente su internamiento para llevar a cabo dicha resolución de expulsión que afirma no haberle sido notificada. Por eso, presenta un nuevo escrito ante el Juzgado en el que solicita, de forma expresa, la ampliación de la demanda a dicha resolución de expulsión (primer otrosí), y solicita también, ahora sí, la suspensión de tal resolución de expulsión, tanto como medida cautelar ordinaria, al amparo del art. 129 LJ, al principio de su escrito (primer otrosí), como cautelarísima "inadna parte", al amparo del art. 135 LJ (segundo otrosí), invocando diversas circunstancias que considera constitutivas de su arraigo en España.

Y tras ello, sin que conste que el Juzgado haya resuelto sobre la petición de ampliación de la demanda contra la resolución de expulsión ni sobre la petición de suspensión de dicha expulsión como medida cautelarísima, el Juzgado dicta el auto aquí apelado que, como se ha visto, se pronuncia denegando una tutela cautelar que nunca fue solicitada (el recurrente nunca solicitó la suspensión del acto inicialmente impugnado, consistente en la desestimación presunta por silencio de la petición de declaración de caducidad y archivo del expediente de expulsión contra él incoado) y ante todo pronunciamiento sobre la verdadera petición de tutela cautelar efectivamente formulada por éste, la suspensión de la resolución de expulsión, contenida en su escrito de ampliación de la demanda a dicha resolución de expulsión.

El relato procesal que acabamos de efectuar conduce directamente y sin necesidad de ningún esfuerzo argumental a la revocación del auto apelado.

Continua, no obstante, explicando el recurrente -y aporta la documentación acreditativa de tales extremos con su recurso de apelación- que la expulsión se llevó a cabo el día 16 de septiembre de 2009, y que, tras ello, el Juzgado de instrucción dictó, con fecha 21 de septiembre de 2009, auto reformando la anterior autorización de internamiento, con el parecer conforme del Ministerio Fiscal, por apreciarse defectos en la notificación de la resolución de expulsión, auto que no pudo dar lugar a declarar la libertad del recurrente por haberse llevado a cabo ya la expulsión.

Considera, sin embargo, el recurrente que su petición de tutela cautelar no ha decaído ya que aún puede recaer sobre la prohibición de entrada en España, también acordada en la resolución de expulsión.

Y esta Sala comparte el citado parecer del recurrente, entendiendo que aunque la expulsión haya sido ya ejecutada, todavía puede suspenderse la prohibición de entrada en España que en dicha resolución de expulsión también se adopta, siendo procedente, además, en este caso, tal suspensión porque el recurrente ha acreditado ante el Juzgado indicios bastantes de arraigo en nuestro país derivados de haber tenido anteriormente dos permisos de residencia y trabajo en España; tener dos hijos menores residentes legales en España que, aunque conviven con la madre, tiene instado judicialmente un régimen de alimentos, guarda y custodia, y visitas; tiene dos hermanas residentes legales en España; está inscrito en el Servicio Regional de Empleo como demandante de empleo; tiene pendiente de resolución por la



RECURSO DE APELACIÓN Nº 1872/09

Administración un recurso administrativo contra una resolución denegatoria del permiso de residencia permanente; y está empadronado en España.

Razones por las cuales, el recurso de apelación debe prosperar en los términos que acaban de ser expuestos.

SEGUNDO: De conformidad con el art. 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998, no procede realizar pronunciamiento alguno en materia de las costas causadas en esta segunda instancia.

FALLAMOS

Que **ESTIMANDO** el presente recurso de apelación nº 1872/09, interpuesto por el Letrado don Andrés G. Malacrid Serar, en nombre y representación de don [REDACTED] contra el auto nº 1031/09, dictada en la pieza separada de suspensión del procedimiento abreviado nº 587/09, por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 7 de Madrid, de fecha 17 de septiembre de 2009, denegatorio de la petición de suspensión formulada por el recurrente. **DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS** dicho auto y, en su lugar, debemos acceder y accedemos a la suspensión de la resolución de expulsión, ya ejecutada, en su pronunciamiento atinente a la prohibición de entrada en España del recurrente.

Sin costas.

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

PUBLICACIÓN: Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por la llna. Sra. Magistrada D^a Angeles Huet de Sando, Ponente que ha sido para la resolución del presente recurso contencioso administrativo, estando celebrando audiencia pública esta Sección, de lo que, como Secretario de la misma, doy fe.

