

Roj: STSJ BAL 1535/2010
Id Cendoj: 07040330012010101084
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Palma de Mallorca
Sección: 1
Nº de Recurso: 227/2010
Nº de Resolución: 1119/2010
Procedimiento: Recurso de apelación
Ponente: ALICIA ESTHER ORTUÑO RODRIGUEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

EXTRANJERIA

T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 01119/2010

APELACIÓN

Rollo Sala Nº 227/2010

Autos Juzgado Nº PA 155/2010 . Pieza separada medida cautelar

SENTENCIA Nº 1119

En la Ciudad de Palma de Mallorca a veinte de diciembre de dos mil diez.

ILMOS SRS.

PRESIDENTE

D. Gabriel Fiol Gomila

MAGISTRADOS

D. Fernando Socías Fuster

Dª Alicia Esther Ortuño Rodríguez

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears los presentes autos seguidos ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 1 de Palma de Mallorca, con el número de autos del Juzgado y número de rollo de esta Sala arriba designados; actuando como parte apelante LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO (Delegación del Gobierno en les Illes Balears), representada y asistida por el ABOGADO DEL ESTADO; y como parte apelada, D. Carlos José , representado por la Procuradora Dª MARÍA DEL ROMERO GASPAS DE L'HOTELLERIE y asistido por la Letrada Dª **MARGARITA PALOS** NADAL.

Constituye el objeto del recurso contencioso administrativo la resolución dictada por la Delegación del Gobierno en Illes Balears el 24 de marzo de 2010, la cual acordó imponer a D. Carlos José la expulsión del territorio español, con la prohibición de entrada durante cuatro años, y la extinción de la autorización de residencia permanente válida hasta el 12 de enero de 2011.

En el Auto nº 182/2010, de 7 de mayo, el Juzgado de Instancia decidió el mantenimiento de la medida cautelar de suspensión del acto administrativo impugnada, fijada in audita parte en el Auto de 5 de mayo de 2010, y acordó la medida cautelar positiva consistente en autorizar provisionalmente un permiso temporal de residencia y trabajo a partir de la fecha del Auto, hasta que se dicte sentencia firme.

Ha sido Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D^a Alicia Esther Ortuño Rodríguez, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Auto nº 182/2010, de 7 de mayo, dictado por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Palma de Mallorca, dentro de la pieza separada de medidas cautelares abierta en los autos de los que trae causa el presente rollo de apelación, se decidió el mantenimiento de la medida cautelar de suspensión del acto administrativo impugnada, fijada in audita parte en el Auto de 5 de mayo de 2010, y acordó la medida cautelar positiva consistente en autorizar provisionalmente un permiso temporal de residencia y trabajo a partir de la fecha del Auto, hasta que se dicte sentencia firme.

SEGUNDO. Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación en plazo y forma por la Administración demandada y, admitido en ambos efectos, sin que ninguna de las partes propusiese la práctica de prueba, 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, señalándose para la votación y fallo, el día 17 de diciembre de 2010.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El ciudadano extranjero recurrente, D. Carlos José , impugnó la resolución de la Delegación del Gobierno en Illes Balears el 24 de marzo de 2010, la cual acordó imponer la expulsión del territorio español, con la prohibición de entrada durante cuatro años, y la extinción de la autorización de residencia permanente válida hasta el 12 de enero de 2011.

La razón de la medida de expulsión fue haber sido condenado por la comisión de un delito castigado con pena privativa de libertad superior a un año, recogida en el *artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero* , sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LODLE), modificada por la *Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre* : "Asimismo, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados".

Dentro del escrito de interposición del Procedimiento Abreviado, la parte actora interesó la adopción de una medida cautelar de forma urgente y sin audiencia de la parte contraria, consistente en la suspensión de la resolución recurrida, la cual fue acordada por Auto de 5 de mayo de 2010.

El Auto apelado, nº 182/2010, de 7 de mayo, decidió la confirmación de la medida cautelar urgente antes otorgada, unido a la concesión de una autorización temporal para residir y trabajar en España hasta el dictado de una Sentencia firme, al considerar que el demandante había demostrado la existencia de arraigo familiar, al tener un hijo menor de edad de nacionalidad española, unido al arraigo social y laboral.

SEGUNDO. La Administración demandada y apelante sostiene en esta alzada, como argumentos para revocar el Auto en el cual se mantuvo la medida cautelarísima previamente decretada que:

1º) El Auto impugnado no razona el peligro que ocasiona la efectividad de la resolución impugnada para que el recurso no pierda su finalidad, ni tampoco la entidad de los perjuicios producidos al recurrente.

2º) No concurre situación de arraigo, ya que el actor no trabaja desde hace más de tres años, habiendo estado ingresado en un centro penitenciario en cumplimiento de una condena dictada en marzo de 2008 por tráfico de drogas, sin que se conozcan medios lícitos de vida actuales, no habiendo demostrado la existencia de relación con su hijo, dándose la circunstancia de que su conducta delictiva demuestra la falta de integración social.

3º) La concesión provisional de autorización de residencia y trabajo no está prevista legalmente en el presente supuesto.

La representación de la parte recurrente interesa la confirmación del Auto apelado, invocando que el actor salió de prisión el 5 de mayo de 2010, siendo un residente permanente o de larga duración a quien no se le puede extinguir el permiso sin valorar sus circunstancias personales, en virtud del *artículo 57.5 de la LODLE*, constando que reside en España desde hace años, habiendo cotizado a la Seguridad Social durante 6 años, 8 meses y 17 días, tiene una hija de nacionalidad española menor de edad, y siendo conforme a derecho la medida cautelar positiva otorgada, ya que la extinción no es firme.

TERCERO. Con arreglo al *artículo 129 de la Ley 29/1998, de 13 de julio*, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (en adelante, LJCA) interpuesto un recurso contencioso administrativo y como excepción al principio de ejecutoriedad de los actos administrativos que resulta de los *artículos 94 y 138.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas* y del Procedimiento Administrativo Común (a continuación, LPAC), los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia, estableciendo el *artículo 130 LJCA* que previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse por el órgano jurisdiccional únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso.

Tal como recuerda el Auto del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sec. 7ª, de 23 de noviembre de 2004, la jurisprudencia ha delimitado la naturaleza y alcance de las medidas cautelares, y así:

"a) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en STC 22/84, 66/84, 238/92, 148/93, y la de 13 de octubre de 1998, al resolver el recurso de amparo nº 486/97) ha reconocido el principio de autotutela administrativa, que no es incompatible con el *artículo 24.1 de la CE*, engarza con el principio de eficacia previsto en el *artículo 103.1 de la CE* y se satisface facilitando que la ejecución se someta a la decisión de un Tribunal y éste resuelva sobre la suspensión.

b) En reiterada doctrina de esta Sala, en torno al principio de eficacia de la actividad administrativa (*artículo 103.1 de la Constitución*), y al de la presunción de validez de los actos administrativos (*artículo 57 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, precepto que no ha sido modificado por la Ley 4/99*), la regla general es la ejecutividad inmediata de los actos y disposiciones y la posibilidad de suspensión se produce cuando se originen perjuicios de reparación imposible o difícil.

c) La aplicación del principio de efectividad de la tutela judicial (*artículo 24.1 de la Constitución*) impone el control jurisdiccional sobre la actividad administrativa (*artículo 106.1 de la Constitución*) y, en todo caso, han de coordinarse y armonizarse la evitación del daño a los intereses públicos que pueda derivarse de la suspensión de la ejecución y que al ejecutarse el acto se causen perjuicios de imposible o difícil reparación para el recurrente, lo que implica un juicio de ponderación, como ha señalado este Tribunal (en Autos de 15 de enero, 21 de febrero, 28 de febrero, 14 y 18 de marzo, 8 de abril, 18 de julio y 8 de noviembre de 1994, 1 de abril, 22 de mayo, 19 de septiembre y 13 de diciembre de 1995, 20 de julio y 7 de noviembre de 1996 y 16 de septiembre de 1997)".

CUARTO. Constituyendo la apelación una revisión de la decisión jurisdiccional adoptada en base a los acontecimientos y datos que ocurrieron en primera instancia, y sin que puedan valorarse otros datos más que los que el órgano apelado tuvo en cuenta para decidir, sin perjuicio de que en determinadas ocasiones pueda practicarse prueba en segunda instancia, lo que no ha ocurrido en autos, la Sala concluye que, por lo que respecta a la concesión de la autorización provisional, en la ponderación de los intereses en conflicto resultan preferentes los intereses generales sobre los del recurrente, y por ello debe revocarse el auto apelado.

Debe partirse del dato de que nos encontramos, no ante una sanción de expulsión por comisión de una infracción en materia de extranjería, sino la imposición de la medida de expulsión a causa de una condena penal por la comisión de un delito castigado con pena privativa de libertad superior a un año, prevista en el *artículo 57.2* del citado Cuerpo Legal.

Por lo que concierne a la suspensión de la efectividad de la expulsión, en este punto sí debe confirmarse el Auto apelado, ya que resulta constatado que el demandante tiene una hija española menor de edad, nacida en el año 2002, y, aunque no consta que mantenga relación con ella, y prueba de ello es que la niña nació y reside en Málaga, mientras que el actor, en el ínterin desde su nacimiento, ha estado viviendo en Canarias y en Palma de Mallorca, como se colige de la condena penal y el lugar de cumplimiento de la pena de prisión, habiendo salido del centro penitenciario en mayo de 2010.

En aras de la protección que la Constitución otorga a la familia, ampara el conjunto de derechos y

deberes propios de las relaciones paterno-filiales, favoreciendo y protegiendo el trato y el derecho de relación de padres e hijos, debemos concluir que la ejecución de la expulsión interrumpe de manera definitiva y grave la posibilidad de comunicación y contacto entre el recurrente y sus hijas.

Por este motivo, para el caso de prosperar el recurso, sin prejuzgar la cuestión de fondo, se le habría causado al hoy demandante un perjuicio de forma que el recurso habría perdido su finalidad.

El arraigo familiar por la existencia de las menores de nacionalidad española es claro, y prevalece sobre los intereses generales que no parece hayan de sufrir perjuicio alguno por la demora en la ejecución de la sentencia que en su día pudiera dictarse, si confirmare el acto impugnado, si bien limitado a la suspensión de la expulsión, pero sin que sea procedente la concesión de una autorización provisional de residencia y trabajo, estimando el recurso en este extremo.

QUINTO. En materia de costas la estimación parcial del recurso determina que no se haga declaración de costas.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general aplicación

FALLAMOS

1º) ESTIMAMOS EN PARTE EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto contra el auto nº 182/2010 dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Palma de Mallorca, que concedió la medida cautelar de suspensión de la resolución impugnada, así como otorgó una autorización provisional de residencia y trabajo al actor.

2º) REVOCAMOS PARCIALMENTE el Auto, y en su lugar acordamos el mantenimiento de la suspensión cautelar del acto impugnado, pero se anula la concesión de la autorización provisional para residir y trabajar en España.

3º) Sin imposición de costas en esta instancia.

Contra la presente sentencia no cabe recurso ordinario.

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

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por la Ilma. Sra. Magistrada que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.