

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE
CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS
SECCION 1ª**

Presidente/a Ilmo. Sr. D. Eusebio Revilla Revilla

SENTENCIA DE APELACIÓN

Número: 20/2012

Rollo de APELACIÓN N°: 239/2011

Fecha : 20/01/2012

Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 2 de Burgos, procedimiento abreviado núm. 231/2011. Pieza separada de medidas cautelares.

Ponente D. Eusebio Revilla Revilla

Secretario de Sala: Sr. Ruiz Huidobro

Escrito por: MLS

Ilmos. Sres.:

D. Eusebio Revilla Revilla

D. José Matías Alonso Millán

Dª. M. Begoña González García

En la ciudad de Burgos, a veinte de enero de dos mil doce.

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 núm. 231/2011, interpuesto por el ciudadano de Brasil D. *****, representado por la procuradora Dª Blanca Herrera Castellanos y defendido por el letrado D. Juan-Luis Villada Huerta, contra el

auto de fecha 22 de julio de 2011 dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Burgos en la pieza separada de medidas cautelares del procedimiento abreviado núm. 231/2011 por el que se acuerda denegar la suspensión de la resolución de 5 de abril de 2.011, dictada por la Subdelegación del Gobierno en Burgos en la que se impone al anterior la sanción de expulsión con la prohibición de entrada en territorio español por el tiempo de diez años; es parte apelada la Subdelegación del Gobierno en Burgos, representada y defendida por el Abogado del Estado, en virtud de la representación y defensa que por ley ostenta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 2 de Burgos ha dictado en la pieza separada de medidas cautelares del procedimiento abreviado núm. 231/2011 auto de fecha 22 de julio de 2.011 por el que se acuerda denegar la suspensión de la resolución de 5 de abril de 2.011, dictada por la Subdelegación del Gobierno en Burgos en la que se impone al anterior la sanción de expulsión con la prohibición de entrada en territorio español por el tiempo de diez años.

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución, por el recurrente se interpuso recurso de apelación mediante escrito de fecha 16 de septiembre de 2.011, el cual fue admitido a trámite, solicitando se dicte resolución estimando el presente recurso de apelación y revocándose el auto recurrido por ser disconforme a derecho, se acuerde la adopción de la medida cautelar interesada, consistente en la suspensión de la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Burgos de 5 de abril de 2.011.

TERCERO.- De dicho recurso se dio traslado a la parte apelada, que presentó escrito de fecha 27 de octubre de 2.011 oponiéndose al mismo y solicitando la desestimación de la apelación confirmando la resolución recurrida, con imposición de costas a la parte apelante.

CUARTO.- Mencionado recurso fue recibido en esta Sala, teniéndose por parte tanto a la apelante como a la apelada. Mencionado recurso ha sido señalado para su votación y fallo el día 19 de enero de 2.012. En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acude ante esta Sala en vía de recurso de apelación interesando la revocación del auto de fecha 22 de julio de 2011, dictado en la pieza de medidas cautelares del procedimiento abreviado núm. 231/2011, por el que se acuerda denegar la suspensión de la resolución de 5 de abril de 2.011, dictada por la Subdelegación del Gobierno en Burgos en la que se impone al anterior la sanción de expulsión con la prohibición de entrada en territorio español por el tiempo de diez años.

En dicho auto tras hacer una reseña jurisprudencial y también de los preceptos aplicables a las medidas cautelares previstos en la LRJCA, considera el Juzgador de Instancia que no procede acceder a la medida cautelar solicitada y ello por los siguientes razonamientos:

1º).- Porque no ha acreditado la situación de arraigo que alega por cuanto que no acredita los medios de vida con los que cuenta ni en qué medida ha contribuido a la unidad familiar (su madre y el esposo de ésta) con los que dice haber vivido los últimos 12 años, amén de que la condena penal impuesta y que determina su expulsión impide estimar acreditado que concurra la situación de arraigo.

2º).- Porque la expulsión no causa al apelante un perjuicio irreparable en relación con el presente procedimiento.

SEGUNDO.- Frente a dicho auto se levanta la parte actora solicitando su revocación y la adopción de la medida cautelar solicitada por los siguientes motivos:

1º).- Porque la expulsión del apelante le causaría perjuicios irreparables tanto a su persona como en el ámbito familiar y ello por lo siguiente: por cuanto que lleva en España 12 años, en concreto desde los 16 años, conviviendo con su madre, nacionalizada española, y con el esposo de esta, también español, por cuanto que no tiene ningún vínculo con su país de origen ni vivienda o domicilio a donde ir, amén de que precisa continuar con su madre para que pueda seguir siendo tratado del trastorno esquizofrénico del que ha sido diagnosticado.

2º).- Insiste la apelante que ha aportado el informe de vida laboral donde consta los trabajos realizados como albañil, sin que pueda reprochársele la situación de desempleo en que se encuentra en la actualidad.

3º).- Porque la permanencia del apelante en territorio español, una vez cumplida la condena penal impuesta, no constituye perjuicio alguno contra los intereses generales ni de tercero.

4º).- Porque se ha impuesto la expulsión sin tener en cuenta como exige el art. 57.5 de la L.O. 4/2000 que el apelante es un residente de larga

duración, lo que por sí bastaría para declarar nula la resolución impugnada, y más aún cuando se le ha impuesto la prohibición de entrada en territorio nacional por un período de diez años, cuando según el art. 58.1 de la L.O. 4/2000 dicha duración salvo supuestos excepcionales no puede superar el tiempo de cinco años.

5º).- Que debe tenerse en cuenta a la hora de resolver sobre la presente medida cautelar solicitada las siguientes circunstancias: que lleva residiendo en España desde los 16 años, en concreto desde el año 1.999; que desde entonces ha convivido y sigue conviviendo con su madre, ya nacionalizada española, y el esposo de su madre, que es español; que la expulsión provocaría la rotura del núcleo familiar; que la expulsión le privaría de los cuidados de su madre y de su padrastro y que recibe como consecuencia de la enfermedad mental que le aqueja; porque los vínculos con sus país de origen son inexistentes porque vino siendo adolescente a España, perdió a su padre con temprana edad y carece en Brasil de familiar alguno.

A dicho recurso y a la adopción de referida medida se opone el Abogado del Estado con base en lo siguientes motivos:

1º).- Porque la expulsión no compromete la efectividad de la sentencia que pudiera dictarse.

2º).- Porque no cabe apreciar la existencia de un arraigo relevante en el apelante.

3º).- Y porque existen indicios indudables que confirman la manifiesta conformidad a derecho de la medida de expulsión acordada.

TERCERO.- Expuesto el debate el recurso en dichos términos corresponde por tanto a la Sala valorar si concurren o no las circunstancias exigidas legal y jurisprudencialmente para adoptar en su caso la suspensión de la resolución que ordena la expulsión. En todo caso como premisa se ha de recordar que la expulsión se acuerda aplicación del art. 57.2 de la L.O. 4/2000, reformada por la Leyes Orgánicas 8/2000, 11 y 14/2003 y 2/2009, de 11 de diciembre, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social, y más concretamente por haber sido condenado a una pena de dos años y seis meses de prisión por un delito de lesiones.

Para este adecuado enjuiciamiento es necesario recordar lo que el TS. 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 <<las dificultades de defenderse en el proceso para los extranjeros obligados a salir del territorio español no tienen un valor decisivo para acceder a la suspensión de la ejecutividad de la orden de expulsión o de la conminación a abandonar dicho territorio, porque, de lo contrario, la suspensión se convertiría en una medida cautelar automática y esto no se compadece con el enunciado principio de eficacia administrativa>>”.

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 *ratione 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 estimado 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).”

A esta misma cuestión se refiere la STS Sala 3ª, sec. 6ª de fecha 6-3-2001, dictada en el rec. 7538/1997 (Pte: Mateos García, Pedro Antonio), y lo hace en los siguientes términos:

“CUARTO.- *La argumentación anterior, determinante de la posibilidad en tesis general de suspender el segundo pronunciamiento de la resolución gubernativa recurrida, nos impone la concreta verificación de los motivos esgrimidos para alcanzar la suspensión interesada, expuestos en el segundo motivo articulado, en el que se denuncia la infracción del art. 122 de la Ley Jurisdiccional EDL 1956/42 , teniendo en cuenta los perjuicios que la "obligatoria salida", causaría al recurrente, a su mujer y a su hijo, cuando la unidad familiar*

tiene su único domicilio y está afincada en España, en vivienda adquirida en propiedad, su esposa es socia fundadora de la empresa "G., S.L.", dedicada a la importación y exportación, y el hijo, menor de edad, cursa sus estudios y lleva dos años en un Colegio de España, cuyas circunstancias, según aduce la parte recurrente, son demostrativas de la concurrencia del arraigo que se viene exigiendo para acordar la suspensión.

QUINTO.- Las particulares circunstancias que dejamos consignadas en el fundamento anterior, concretadas, aunque incidamos en repetición, en la radicación en España de la unidad familiar, donde tienen adquirida vivienda en propiedad, la cualidad de la esposa como socia fundadora de la entidad "G., S.L.", dedicada a negocios de importación y exportación, y los fondos de que disponen en establecimiento bancario español, constituyen ciertamente un entramado familiar y económico que en sí mismo integra el arraigo que normalmente venimos exigiendo para la suspensión de los actos administrativos impugnados en la vía contencioso-administrativa y es por ello, por lo que debe entenderse conculcado lo dispuesto en el art. 122 de la Ley Jurisdiccional de 1956 EDL 1956/42 , aplicable por razones temporales, procediendo en consecuencia tanto la estimación del recurso que decidimos, como la suspensión de la obligación impuesta de la salida del territorio nacional, que no parece pueda comprometer seriamente los intereses públicos, aunque advertimos finalmente: que el principio constitucional de la tutela efectiva que han de prestar los tribunales, según ha proclamado el Constitucional, en orden a la suspensión de los actos impugnados ante nuestra Jurisdicción, queda satisfecho con la intervención o control de aquellos respecto de la medida cautelar y, de otra parte, que la doctrina del "fumus boni iuris", cual viene declarando con reiteración ésta Sala, (autos de 3 de Julio de 1995 y 22 de Septiembre de 1997 y sentencias de 27 de Junio EDJ 2000/22186 y 28 de Noviembre de 2000 EDJ 2000/44736), " se considera necesitada de una prudente aplicación para no prejuzgar, al resolver el incidente sobre medidas cautelares, la cuestión de fondo, pues con ello se quebrantaría el derecho fundamental al proceso con las debidas garantías de contradicción y prueba (art. 24 de la Constitución EDL 1978/3879), salvo en supuestos especialísimos como aquel, que no es el que nos ocupa, en que se solicite la nulidad de un acto dictado al amparo de una Norma de carácter general declarada previamente nula o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente".

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 que 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"*.

CUARTO.- Es verdad que como viene considerando la Sala para casos similares en ningún caso la expulsión efectiva del apelante haría perder al recurso su finalidad ni impediría la eficacia de la sentencia, toda vez que la sentencia de ser estimatoria habilitaría para que el apelante pudiera regresar a territorio nacional, y este lo podría hacer si así lo quisiera.

Ahora bien, se trata seguidamente de dilucidar, dado que nos encontramos simplemente ante la solicitud de una medida cautelar, si en el presente caso la no adopción de dicha medida causaría perjuicios de imposible o muy difícil reparación al recurrente, hoy apelante tal y como viene afirmándose en el recurso de apelación; y la Sala sin querer prejuzgar el fondo del recurso que se examinará en lo autos principales y destacando que únicamente estamos valorando la conveniencia o no de dicha medida en términos de equidad y justicia material, considera que en el presente caso procede, de acuerdo con la jurisprudencia reseñada y con las circunstancias que concurren en el apelante y que se reseñan a continuación, acceder a la medida cautelar solicitada, toda vez que de no accederse se causaría graves perjuicios al anterior, por cuanto que si bien el mismo es verdad que tiene en la actualidad tiene 28 años (al haber nacido el día 3.6.1983) y que ha sido condenado por un delito de lesiones a una pena de dos años y seis meses de prisión, también lo son, como así resulta acreditado con los documentos aportados por el actor, hoy apelante los siguientes hechos:

1º).- Que el apelante, natural de Brasil, vino a España en el año 1.999, cuando tan solo tenía 16 años, comenzando en España su escolarización continuando en los años 2000/2001 realizando un largo curso de albañilería que le ha permitido trabajar desde 2001 a 2009 un total de 1.112 días.

2º).- Que desde que vino de Brasil hasta la actualidad el apelante ha convivido y convive que su madre, nacionalizada Española, y con el esposo de su madre, de nacionalidad española.

3º).- Que al apelante se le ha apreciado un trastorno esquizofrénico y un retraso mental leve, que ha motivado que se le haya reconocido una

discapacidad del 65 %, todo lo cual motiva que deba seguir un tratamiento médico y farmacológico que sigue el mismo supervisado por su madre y padrastro.

4º).- Que mediante resolución administrativa de 16.8.2006 le ha sido otorgado al apelante la autorización de residencia permanente.

5º).- Y que el apelante, dado el largo tiempo que lleva en España, y al haber perdido su padre a muy corta edad, carece de todo vínculo y arraigo con su país de origen Brasil.

Considera por ello la Sala, ante la evidente situación de arraigo al menos familiar y social que concurre en apelante por su larga permanencia en España y su convivencia continuada con su madre y padrastro, que la no suspensión de la expulsión causaría graves perjuicios personales y familiares al apelante, ya que, aunque tiene 28 años y jurídica y económicamente pudiera estar independizado, sin embargo en realidad el mismo sigue conviviendo con su madre y su padrastro, lo que por otro lado no deja de ser una circunstancia común y frecuente en casos similares, y más aún si tenemos en cuenta el grado de discapacidad que le ha sido reconocido, la necesidad del tratamiento médico y farmacológico que debe seguir para tratar su trastorno esquizofrénico, y las dificultades reales existentes en España para encontrar trabajo y aún más en el sector de la construcción. Así, su expulsión implicaría que el apelante tendría que regresar a Brasil donde no está su madre, porque se encuentra en España, ni su padre porque murió siendo niño el apelante, y de donde se marchó cuando tan solo contaba con 16 años, lo que evidencia que pocos o ningún vínculo familiar o social tiene en Brasil, de ahí que su expulsión sería sumamente gravosa en el presente caso para el apelante.

Ahora bien, en el presente caso se adopta la medida cautelar solicitada, y ello sin perjuicio de lo que finalmente pudiera resolverse sobre el fondo del recurso en los autos principales, resolución que no puede en ningún caso venir condicionada por la adopción de la presente medida cautelar que tan solo se adopta a la vista de que el apelante lleva en España mucho tiempo, incluso desde cuando era menor de edad y por cuanto que madre, con la que viene conviviendo desde los 16 años se encuentra en España.

Por todo lo expuesto, es por lo que la Sala, discrepando del criterio del auto de instancia y del criterio de la Administración acuerda estimar el recurso de apelación, y tras revocar el auto impugnado se acuerda acceder a la medida cautelar solicitada, suspendiéndose la resolución impugnada y por ello la orden de expulsión y prohibición de entrada acordada en las mismas.

ÚLTIMO.- Al haberse estimado el recurso de apelación, procede en aplicación del art. 139.2 de la LRJCA, no hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes personadas, por las devengadas en segunda instancia.

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

1º).- Estimar el recurso de apelación núm. 231/2011, interpuesto por el ciudadano de Brasil D. **** representado por la procuradora D^a Blanca Herrera Castellanos y defendido por el letrado D. Juan-Luis Villada Huerta, contra el auto de fecha 22 de julio de 2011 dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Burgos en la pieza separada de medidas cautelares del procedimiento abreviado núm. 231/2011 por el que se acuerda denegar la suspensión de la resolución de 5 de abril de 2.011, dictada por la Subdelegación del Gobierno en Burgos en la que se impone al anterior la sanción de expulsión con la prohibición de entrada en territorio español por el tiempo de diez años.

2º).- Y en virtud de dicha estimación se revoca el citado auto para en su lugar dictar nueva resolución por la que, estimándose la medida cautelar solicitada, se acuerda la suspensión de la expulsión y prohibición de entrada acordadas en dicha resolución, y ello sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes por la causadas en esta segunda instancia.

Notifíquese la presente resolución a las partes.

Esta sentencia es firme, y contra ella no cabe recurso ordinario alguno.

Devuélvase la presente pieza separada de suspensión al Juzgado de procedencia, con certificación de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, debiendo acusar recibo.

Así por este Sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos, los Ilmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala al inicio indicados, de todo lo cual, yo el Secretario, Doy fe