



Roj: STSJ MU 2756/2015 - ECLI:ES:TSJMU:2015:2756
Id Cendoj: 30030330022015100855
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Murcia
Sección: 2
Nº de Recurso: 216/2015
Nº de Resolución: 878/2015
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: ABEL ANGEL SAEZ DOMENECH
Tipo de Resolución: Sentencia

T.S.J.MURCIA SALA 2 CON/ADMURCIA SENTENCIA: 00878/2015

ROLLO DE APELACION núm. 216/2015

SENTENCIA núm. 878/2015

**LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA
SECCION SEGUNDA**

Compuesta por los Ilmos. Sres.:

D. **Abel Ángel Sáez Doménech**

Presidente

D^a. Leonor Alonso Díaz Marta

D^a. Ascensión Martín Sánchez

Magistradas

ha pronunciado,

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A Nº 878/15

En Murcia, a veintitrés de noviembre de dos mil quince.

En el Rollo de Apelación nº 216/2015 seguido por interposición de recurso de apelación contra el Auto de fecha 25 de marzo de 2015, dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo Número Cuatro de Murcia en la pieza separada de medidas cautelares del Procedimiento nº 40/2015, en el que figuran como parte apelante **DON Juan Ramón**, de nacionalidad guineana, representado por la Procuradora D^a. M^a María Julia Bernal Morata y defendido por el Letrado D. Antonio Martínez Mateo, y como parte apelada la **DELEGACION DEL GOBIERNO EN MURCIA**, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado; siendo el Ilmo. Sr. Magistrado Don **Abel Ángel Sáez Doménech**, quien expresa el parecer de la Sala.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO .- Presentado el recurso de apelación referido, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4 de Murcia lo admitió a trámite y después de dar traslado del mismo a la Administración demandada para que formalizara su oposición, remitió los autos junto con los escritos presentados a Sala, la cual designó Magistrado ponente y acordó que quedaran los autos pendientes para dictar sentencia; señalándose para que tuviera lugar la votación y fallo el día 13 de noviembre de 2015.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El Auto apelado establece que no ha lugar a suspender la ejecución del acto impugnado en el recurso contencioso administrativo, consistente en la resolución dictada por la Delegación del Gobierno en Murcia en fecha de 20 de enero de 2015 por la que se acuerda la expulsión del territorio nacional del recurrente, con prohibición de entrada en España por un periodo de 3 años por la infracción tipificada en el art. 53.1 a) de la Ley de Extranjería 4/2000 (estancia irregular).

El Juzgado después de hacer referencia a los requisitos que con carácter general se exigen por la Ley (art. 130 LJCA) para acordar la medida cautelar solicitada de acuerdo con la interpretación que de los mismos realiza el TSJ de la Comunidad Valenciana fijado, entre otras, en sentencia de 7 de septiembre de 2009 y por la jurisprudencia, señala que en el presente caso el actor no ha acreditado los motivos que pudieran provocar los perjuicios de difícil o imposible reparación derivados del arraigo familiar o económico en nuestro país alegados por el interesado para justificar su adopción.

En el recurso de apelación, después de hacer referencia al contenido del art. 130 LJ y a los requisitos que han darse según el mismo para que se acuerde la medida cautelar (*que la ejecución del acto pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso, sin que de la suspensión pueda derivarse una perturbación grave para los intereses generales o de terceros que el Juez pondere circunstancialmente*), añadiendo que la justicia cautelar forma parte del derecho a obtener una tutela judicial efectiva, se alega que en el presente caso la obligación de salir de forma obligatoria del país crea un deber jurídico de cumplimiento (STS de 7 de julio de 2003) y su ejecución supondría la salida del interesado del territorio español por la decisión adoptada en el Auto que se recurre, con lo que el proceso perdería totalmente su finalidad, debiéndose tener en cuenta además para acceder a la adopción de la medida cautelar que en el sistema de sanciones establecido por la Ley4/2000, se prevé la sanción de multa con carácter general, menos restrictiva que la de expulsión.

Por su parte la Administración solicita la desestimación del recurso de apelación y consiguiente confirmación del auto recurrido, ya que la denegación de la suspensión no impide que el proceso alcance en su momento su finalidad legítima, en la medida de que de prosperar su pretensión siempre podría regresar a España, e incluso podría ser indemnizado. Dice que tampoco la ejecución produce una situación de indefensión ya que el hecho de estar representado procesalmente garantiza el derecho a obtener una tutela judicial efectiva. Entiende que en la valoración de los intereses en conflicto debe prevalecer el de carácter general de que se aplique la Ley y se cumpla la política migratoria del Gobierno, sobre el particular del actor de permanecer en España. No basta con pedir la suspensión, sino que ha de alegar y probar circunstancias que acrediten una especial vinculación con España, como sería el arraigo, vínculos familiares o laborales, riesgo de su vida de regresar a su país o cualquier otra circunstancia. Tampoco se aprecia la apariencia de buen derecho en la pretensión de fondo del actor, todo lo contrario, lo único que consta es su estancia ilegal en España.

SEGUNDO .- Se aceptan los hechos y fundamentos de derecho del auto apelado, en cuanto no resulten modificados por los contenidos en la presente sentencia.

La potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medidas cautelares, responde a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional, y se configura como un límite a la regla general que rige en nuestro ordenamiento jurídico de ejecutividad de las resoluciones de la Administración, al haber quedado configurada la Administración Pública en nuestra Constitución como institución al servicio de los intereses generales, y cuya actuación ha de quedar informada, entre otros, por el principio de eficacia que prevé el artículo 103.1 de la Constitución Española .

La Ley reguladora de la Jurisdicción de 1998, en materia de medidas cautelares establece que procede, a la hora de decidir su adopción, valorar en primer lugar los intereses en conflicto, incluido el interés general que la Administración representa y defiende y, en segundo lugar, determinar si la ejecución del acto puede hacer perder su finalidad legítima al recurso, sin que pueda entenderse que la denegación de la medida cautelar suponga la vulneración del derecho de defensa o del derecho a obtener una tutela judicial efectiva, ya que, según reiterada jurisprudencia, ésta se obtiene desde el momento en que el interesado ha tenido acceso a la vía jurisdiccional procesalmente representado, con posibilidad de pedir ante la misma la suspensión del acto impugnado y de recurrir en apelación la decisión adoptada que deniega la suspensión de forma motivada. Así el artículo 130.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativo, establece que, *previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso; pudiendo denegarse tal medida, conforme al número 2 del citado artículo, cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderar en forma circunstanciada* .

TERCERO.- A la hora de resolver recursos de apelación como el presente interpuestos contra la denegación por el Juzgado de la medida cautelar de suspensión de la expulsión acordada en el acto administrativo impugnado por la comisión de la infracción del art. 53.1 a) de la L.O. 4/2000 de Extranjería (estancia irregular), esta Sección ha venido teniendo en cuenta los criterios señalados por la jurisprudencia (SSTS de 23 de octubre de 2001 , 14 de marzo de 2002 y 4 de noviembre de 2005), valorando si en el supuesto contemplado la parte recurrente había acreditado tener arraigo familiar o económico en nuestro país para dar lugar o no a la medida cautelar, ya que solamente en el caso de existir tal arraigo se le podrían causar perjuicios graves e irreparables: y ello sobre la base de considerar que tales perjuicios no podían derivarse de la salida del territorio nacional, salvo que concurrieran circunstancias específicas que así lo determinaran, como sería la de tener procedimiento de regularización pendiente o supuestos de arraigo, pues en otro caso *"la suspensión vendría automáticamente determinada por la simple solicitud o la interposición del recurso, lo que, evidentemente, no es el propósito del legislador"*. Asimismo tenía en cuenta que el Tribunal Supremo al interpretar el art. 130 LJ señalaba que para dar lugar a la medida cautelar de suspensión, deban valorarse 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 1956, haya de hacerse siempre una ponderación suficientemente motivada de los intereses públicos y privados concurrentes, y como en el supuesto actual, 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 ... 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.

También la Sala venía aplicando la jurisprudencia más reciente (STS, Sección 5ª de 20-12-07) que establece: *"En STS de 24 de noviembre de 2004 hemos dejado sentadas las consideraciones jurídicas que han de valorarse a la hora de resolver sobre peticiones de suspensión como la que ahora nos ocupa. Decíamos entonces, y hemos de recordar ahora, 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, lo que no se compadece con el principio de eficacia administrativa. Y añadíamos 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. Es más, en un caso así, el mantenimiento de esos vínculos económicos, sociales o familiares con el lugar en el que se reside, sin merma, quebranto o ruptura mientras se tramita el proceso, constituye, también, una o la finalidad legítima del recurso, en el sentido en que este concepto jurídico indeterminado es utilizado en la norma recogida en el artículo 130.1 de la actual Ley de la Jurisdicción . Pues bien, el recurrente, al pedir la medida cautelar en la instancia, no aportó - y menos aún probó, ni siquiera a nivel indiciario- el menor dato fáctico del que poder extraer un arraigo suficiente para sustentar, al menos, la medida cautelar; pese a que, evidentemente, era carga de él mismo hacerlo. Ahora, en casación, dice por primera vez que reside desde hace años en España y que tiene una oferta de trabajo, pero se trata de hechos nuevos no aducidos en la instancia y no susceptibles de aportación y examen en el marco de este recurso extraordinario de casación "*. En el mismo sentido la SSTS de 13 de diciembre de 2007 y 10 de febrero de 2006 .

En definitiva y a modo de conclusión la Sala venía entendiendo de acuerdo con dicha jurisprudencia que la era factible conceder la suspensión, a solicitud del actor, siempre que: a) con la ejecución del acto que se impugna se ocasione algún daño o perjuicio; b) que dicho daño o perjuicio sea de imposible o difícil reparación; y c) que debe resolverse la cuestión contemplando, prioritariamente, aquella proyección lesiva que de la ejecución pudiera derivarse para el interés particular del administrado y, a la inversa tenerse en cuenta el perjuicio que para el interés público se producir en el caso de accederse a la suspensión.

Centrándonos en el caso que nos ocupa la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su artículo 53.1 considera como infracción grave, entre otras, el " *Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga*

de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente", disponiendo en su artículo 57.1 que cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del art. 53.1 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción, añadiendo en su apartado 2º que asimismo, constituir 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.

En consecuencia se tenía en cuenta que en el sistema de la Ley la sanción principal era la de multa, sin excluir que en su lugar pudiera acordarse la expulsión del territorio nacional con una motivación específica, distinta y complementaria de la mera permanencia ilegal, ya que ésta es castigada como hemos vistos simplemente y con carácter general con multa.

Por consiguiente en los supuestos en los que el extranjero estaba indocumentado y carecía de domicilio conocido, de no acreditar otras circunstancias de arraigo familiar o económico, por regla general este Tribunal venía denegando la medida cautelar de suspensión solicitada, confirmando el criterio de los Juzgados de lo Contencioso Administrativo. Por el contrario de estar documentado, con domicilio conocido y en definitiva en los supuestos en los que el interesado acreditaba tener arraigo, la Sala venía confirmando dicho criterio judicial de acceder a la medida cautelar, ya que lo normal es que en la sentencia que finalmente se dictara se entenderá que la sanción procedente era la multa y no la expulsión.

CUARTO.- En el caso que nos ocupa se justifica la expulsión en que el recurrente se encuentra indocumentado y que carece de domicilio conocido (solamente cuando se le requiere al efecto presenta varios documentos acreditativos de haber estado empadronado en los años 2010 y 2012, sin aportar sin embargo el pasaporte solicitado). En consecuencia de acuerdo con los criterios anteriores procedería denegar la suspensión al no constar la concurrencia en el mismo de ninguna otra circunstancia de arraigo familiar o económico, ni alegarse tampoco en el recurso de apelación.

Sin embargo, como ha señalado la Sección Primera de esta Sala en sentencia 879/15, de 16 de octubre (rollo de apelación 215/15), por ahora y sin perjuicio de lo que se resuelva en su momento al dictar Sentencia sobre el fondo del asunto, **hay que tener en cuenta lo resuelto en la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 23 de abril de 2011**, asunto (C-38/14), dictada a instancia de la Sala de lo Contencioso -Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, sobre la interpretación de la **Directiva** 2008/115/CE, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, y la posible colisión de tal interpretación con la configuración por la Ley española de Extranjería de las sanciones de expulsión y multa, de la que se deriva, en la interpretación que de la misma viene sosteniendo esta Sala, que es preceptivo antes de acordar la expulsión obligatoria y la prohibición de entrada en nuestro país del extranjero, darle la posibilidad de que retorne voluntariamente a su país de origen en el plazo establecido (entre 7 y 15 días), sin posibilidad de sustituir tales medidas por la multa; lo que determina la procedencia de estimar el recurso de apelación accediendo a la suspensión solicitada.

QUINTO .- No procede hacer pronunciamiento alguno en materia de costas de ninguna de las dos instancias (art. 139.2 de la Ley Jurisdiccional).

En atención a todo lo expuesto, EN NOMBRE DEL REY Y POR LA AUTORIDAD QUE NOS CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

FALLAMOS

Estimar el recurso de apelación 216/15 interpuesto contra el Auto de fecha 25 de marzo de 2015, dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo Número Cuatro de Murcia en la pieza separada de medidas cautelares del Procedimiento nº 40/2015, que se revoca y deja sin efecto, acordando en su lugar dar lugar a la suspensión cautelar del acuerdo de la Delegación del Gobierno de 20 de enero de 2015 solicitada por **DON Juan Ramón** por el que se acuerda la expulsión del territorio nacional del recurrente, con prohibición de entrada en España por un periodo de 3 años por la infracción tipificada en el art. 53.1 a) de la Ley de Extranjería 4/2000 (estancia irregular), en el expediente NUM000, sin perjuicio de lo que en definitiva se acuerde al dictar sentencia y sin hacer pronunciamiento alguno en materia de costas de ambas instancias.



Notifíquese la presente sentencia, que es firme al no darse contra ella recurso ordinario alguno.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ