

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N° 1

DONOSTIA-SAN SEBASTIAN

MCA 7/05

**COPIA
AUTO**

En DONOSTIA-SAN SEBASTIAN a quince de febrero de dos mil cinco.

HECHOS

UNICO.- Por la parte actora ha sido solicitada la adopción de cautelar consistente en el retorno de la ciudadana boliviana D^a **GABRIELA ERICKA QUETEGUARI FARFAN** expulsada en virtud de la resolución de 3 de noviembre de 2004 de la Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa con prohibición de entrada en espacio Shengen por período de cinco años.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO. Expuesto lo anterior, procede poner de relieve que en relación con las medidas cautelares el artículo 130 LJCA tiene declarado la jurisprudencia que este precepto condiciona la posible adopción de la medida cautelar, por una parte, al hecho de que la ejecución del acto impugnado pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso; y por otra, a la inexistencia de una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, en el caso de que se adoptase aquélla.

Concretamente, y por lo que respecta a la expulsión de extranjeros, ha indicado el Tribunal Supremo al pronunciarse sobre la suspensión de expulsión de extranjeros adoptada al amparo del artículo 122 de la anterior Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en el sentido de mantener una actitud favorable a la suspensión de las resoluciones que la ordenan, cuando la persona afectada tiene arraigo en España por razón de sus intereses familiares, sociales o económicos, y ello porque la ejecución de la expulsión habría de producirle unos perjuicios de difícil reparación, que en parte afectarían a su esfera personal (sentencias de 15 de Enero de 1.997 y de 23 de Marzo de 1.999, entre otras);

matizando que la mera pendencia de un recurso contencioso-administrativo contra la resolución que acuerda la expulsión o la dificultad de defenderse en el proceso el ciudadano extranjero expulsado, no tiene por sí un valor decisivo para suspender la orden de expulsión, (sentencias de 2 de Diciembre de 1.995 y de 23 de marzo de 1.999, antes citada)" (STSJ Andalucía, de 4/10/99).

Más en concreto y por lo que se refiere a la voluntad de evitar que la ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso, la jurisprudencia ha matizado lo siguiente: "Esta exigencia viene a representar lo que tradicionalmente se ha denominado el requisito del **periculum in mora**". La apreciación o no de este requisito, según se desprende de lo establecido en el párrafo inicial de antes citado art. 130, habrá de efectuarse mediante una adecuada y casuística ponderación de los intereses en conflicto. Y lo decisivo será el resultado que en esa ponderación se obtenga, con el carácter indiciario y provisional que corresponde a esta fase cautelar, sobre cual de tales intereses se revela como más prioritario, por ser su sacrificio el que presente mayor gravedad o trascendencia (...)" "Debe advertirse que el juez Contencioso-Administrativo debe proceder a la adopción de medidas cautelares en el proceso, acordando en su caso la suspensión de la ejecución del acto administrativo o de la aplicación de la Disposición impugnada, atendiendo a la valoración ponderada y razonada del complejo de intereses que se someten a su decisión, velando porque el recurso no pierda su finalidad y porque no se infiera perturbación grave de los intereses generales o de terceros."

Continuando con un análisis del criterio jurisprudencial en este ámbito, cabe, por último, apuntar aún la doctrina del Tribunal Supremo recogida en la sentencia de 23/Octubre/2001: "aunque sea cierto que la redacción del artículo 130 de la vigente Ley Jurisdiccional de 1.998, altera la contenida en el 122 de la de 27 de diciembre de 1.956, en cuanto no se hace ya expresa referencia a que a ejecución del acto administrativo impugnado en vía contenciosa sea susceptible de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil, y parece atenderse a la posibilidad de "hacer perder su finalidad al recurso", no cabe olvidar al propio tiempo que el artículo 130 citado se inicia condicionando en primer lugar la adopción de la medida cautelar a la "previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto", y siendo ello así, no puede entenderse de carácter prevalente, frente a los intereses públicos, la permanencia del extranjero en el territorio nacional cuando carece de los imprescindibles requisitos que exige nuestro ordenamiento y no existen auténticas circunstancias subjetivas y personales o elementos objetivos demostrativos del arraigo y vinculación del recurrente en nuestro país, que, en su caso, habrían determinado una solución contraria, debiendo además advertirse, de una parte,

que el dictado literal del repetido artículo 130.1, en cuanto prevé el supuesto de que la ejecución haría perder su finalidad al recurso, no puede entenderse en el amplio sentido que sostiene el recurrente, pues a medio de una tal interpretación, la suspensión resultaría obligada *inexcusablemente*, en todos los procesos contencioso-administrativos, conclusión que no ha sido la querida por el legislador desde el momento que ante todo exige la previa valoración de los intereses, al modo que la hemos efectuado, estableciendo la prevalencia del interés público que subyace en este tipo de actuaciones, y, de otra, que el derecho a la tutela efectiva queda satisfecho, según ha proclamado expresamente el Supremo intérprete de la Constitución, cuando el tema de la suspensión de los actos impugnados se somete, cual lo ha sido en el supuesto actual, al conocimiento de un Tribunal".

SEGUNDO.- Son varias las razones aducidas por la parte actora en apoyo de la conveniencia de la medida cautelar consistente en el retorno de una ciudadana extranjera expulsada del territorio nacional, significándose cuestiones puramente formales pero de contenido esencial como es la expulsión sin previa notificación a su representación Letrada y otras de fondo como la imposibilidad derivada de la expulsión de regularizar su situación en territorio español dado el plazo legalmente establecido por el Real Decreto 2393/04, de 30 de diciembre, siendo, en consecuencia, el de la estancia en España el único requisito que no cumpliría la actora al haber sido ya expulsada.

Colocándonos en el escenario que debió producirse el 16 de noviembre de 2004 cuando a la actora (que no a su representación letrada) le fue comunicada la orden de expulsión y la inminencia de su ejecución para ese mismo día, no es inverosímil suponer que, de haberse tenido conocimiento en ese momento por su representación, se habría solicitado del Juzgado una urgente intervención de su tutela judicial a fin de suspender la inminente ejecución de la expulsión. Así se ha venido realizando en fechas muy recientes ante la novedosa situación impuesta por las autoridades de extranjería de proceder a una inmediata ejecución de las órdenes de expulsión. Del mismo modo, tal y como ha venido siendo practicado por este Juzgado y también por el Juzgado nº 2, únicos de este partido judicial, que tampoco sería descabellado suponer que la suspensión judicial de la resolución administrativa se habría otorgado inexcusablemente.

Y se habría otorgado, procede dejarlo claro, no por la inminencia de la ejecución de expulsión sino por el resultado que arroja el análisis de la situación personal de la recurrente. En efecto, la irreparabilidad de los perjuicios seguidos y provocados por la expulsión exige razonar que, al

menos a primera vista, concurren el requisito básico para que la tutela provisional pueda otorgarse y que no es otro que el llamado *periculum in mora* o las consecuencias perjudiciales irreparables que puedan seguirse, descartando cualquier implicación del *jurus boni iuris* o apariencia de mejor derecho en tanto es éste un factor descartable a los efectos de la adopción de la cautelar por requerir un enjuiciamiento anticipado sobre el fondo que dejaría carente de contenido el propio pleito principal y que **deslegitimaría** el fundamento de la cautelar presidido por razones de irreparabilidad del perjuicio.

Desde esta perspectiva, los argumentos aportados por la recurrente (y debemos entender que habrían sido aportados en su momento si la representación Letrada hubiera podido hacerlo) recurrente justificativos de la irreparabilidad del perjuicio se dirigen en la línea de la acreditación del arraigo apuntado por el Alto Tribunal, justificándose sobradamente, mediante la aportación documental, esta circunstancia que de modo notorio ampara la excepción a la doctrina de la inmediata ejecución de la expulsión.

Así, obra en las actuaciones que la actora accedió a territorio español el 2 de abril de 2004, entrando por punto habilitado (aeropuerto de Barajas) constando en su pasaporte el correspondiente sello de entrada, consta igualmente que al día siguiente se celebró la boda de su hermana y un ciudadano español residentes ambos Irun, y que de este matrimonio nació el 14 de octubre de 2004 una niña. Se significa, asimismo, que durante el período de estancia en territorio español encontró trabajo en el domicilio de D^a Milagros Salaverria ocupándose de su asistencia y obra igualmente en las actuaciones judiciales el acta notarial del Notario D. José Luis Carvajal García-Pando en la que se recoge la comparecencia de D^a **MIRYAN SALAVERRIA UGARTEMEDIA** en la que manifiesta haber decidido contratar a la actora en régimen de empleada de hogar-asistencia interna de D^a Milagros Salaverria Bidegain persona que requiere la asistencia de otra para sus cuidados los cuales han venido siendo realizados con entera satisfacción hasta la fecha de su expulsión por la actora.

TERCERO.- Sentado que el anterior escenario hubiera determinado la asunción de la cautelar, parece obvio concluir en que si ésta no fue solicitada en el momento en que pudiera haberse evitado la ejecución de la expulsión no fue debido a ninguna otra causa que no fuera la falta de notificación de esa decisión administrativa a la representación de la actora, omisión que reviste mayor gravedad si tenemos en cuenta que la actora permaneció detenida tres días (desde su detención el 16 de noviembre de 2004 hasta la materialización de su expulsión en la madrugada del 18 de noviembre de 2004, previo

traslado desde Irún al aeropuerto internacional de Madrid-Barajas), tiempo más que suficiente para que se hubiera advertido al Letrado de la materialización de la expulsión y sin que al obrar en el expediente administrativo las actuaciones desarrolladas en esos días pueda conocerse qué causas impidieron esa notificación que sí en cambio se practicó días después (obra como documento n.º 6 la copia de la resolución administrativa donde aparece la firma de la actora el 16/11/04 y su remisión vía fax a su Letrado representante el 22 de noviembre de 2004). En efecto, el expediente administrativo finaliza con la orden de expulsión notificada a la interesada faltando las actuaciones subsiguientes, al menos la ejecución de la expulsión, que debiera formar parte de él en tanto constituyen la materialización de la resolución administrativa de 3 de septiembre de 2004. Actuación administrativa que no puede entenderse sino como una omisión voluntaria en la notificación a la representación letrada por cuanto de otro modo no se explica que posteriormente sí se dirigiera comunicación al Letrado representante poniendo en su conocimiento la orden de su expulsión y su propia ejecución.

Retomando el hilo argumental referido a la conveniencia de la cautelar, se revelan como evidentes y notorios los perjuicios apreciables de la ejecución anticipada de la expulsión, y que en este supuesto se han materializado ya, al producirse un quebranto de la situación personal, familiar y laboral de arraigo, no alcanzándose a vislumbrar cuál es el perjuicio que para la Administración supone el retrasar la ejecución de la expulsión el tiempo que el procedimiento avance hasta la resolución firme en análisis de la conformidad a Derecho de la resolución administrativa.

De ese modo, la ejecución anticipada de la resolución administrativa de expulsión sin otro participante y árbitro sentenciador que la autoridad administrativa que, excediéndose, del ámbito de sus competencias se permite obviar de su conocimiento a un órgano integrado en el Poder Judicial con el agravante de que éste pueda ejercitar uno de los pilares básicos del ordenamiento como es el derecho constitucionalmente reconocido en el art. 24.2 CE a la tutela judicial efectiva, parece evidente que ha provocado una situación que sólo será reversible y reparable mediante el exigido retorno de la ciudadana extranjera a su punto de partida.

Y ello en atención a que el perjuicio que le ha sido irrogado a la actora con la materialización de su expulsión, puede verse agrandado ante la imposibilidad de acceder al proceso de regularización establecido por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. En efecto, si bien el perjuicio que a la

actora le ha causado su expulsión anticipada del territorio español ya no cabe ser corregido sino, en su caso, reparado económicamente a través de la oportuna reclamación de responsabilidad patrimonial a la Administración causante del daño por su funcionamiento, sí se está en tiempo de impedir la fatal consecuencia que para el proceso de regularización tendría la ausencia de la actora del territorio español por cuanto de no hallarse en España en el momento de realizar la solicitud (sic, Disposición Transitoria Tercera del RD 2393/2004) no podrá acceder al proceso de normalización o regularización de extranjeros.

CUARTO.- Lo anterior no niega la posibilidad de que las resoluciones administrativas sean directamente ejecutivas; pero esta última posibilidad debe compatibilizarse con el art. 24 CE. En tal sentido, mientras que la sanción pecuniaria ejecutada antes de la Sentencia podría ser revocada, urgiendo a la Administración la devolución de lo antijurídicamente exigido, no ocurre lo mismo si nos encontramos ante sanciones que comportan la privación de un derecho a lo largo de un período de tiempo, en tanto en cuanto esto nunca podría ser reintegrado de quedar demostrada la arbitrariedad de la actuación administrativa.

Por otra parte, ni siquiera sería adecuado confrontar el interés público que siempre reside en cada actuación administrativa con el aprovechamiento privado que para este ciudadano supondría la posibilidad de permanecer en territorio español durante la tramitación de este pleito. Por contra, los términos de comparación adecuados deben ser la eficacia inmediata del poder sancionatorio administrativo y la tutela judicial efectiva, derecho fundamental dotado entre otras garantías de la reserva de Ley Orgánica, del respeto al contenido esencial a la hora de su regulación, del recurso de amparo y, por último, de la imposibilidad de su remoción si no es por medio de una reforma agravada de la Constitución, todo lo cual, en su conjunto, se convierte en un límite insoslayable a cualquier ejercicio del poder por parte de la Administración.

Esta Juzgadora no es capaz de ordenar o graduar la potencialidad del derecho a la tutela judicial efectiva en la clave de los derechos materiales que a través de aquélla sean ejercidos por los Tribunales. Opción que es la que se muestra latente en aquellas resoluciones que confrontan el interés público con la concreta reclamación que plantea el administrado. La tutela judicial efectiva no puede presentar mayores o menores potencialidades en función de cuál sea el interés material que motive el acceso a los Tribunales. Cuando este acceso se produce por el ciudadano y el mismo es posible desde la Ley, no cabe otra solución que reconocer sus derechos constitucionales, plasmados, entre otras manifestaciones, en una resolución que resuelva en un sentido

o en otro la cuestión, siendo así que, en este caso, de no decretarse la suspensión de la orden de expulsión, podríamos encontrarnos con que el derecho a obtener una resolución judicial efectiva acabe siendo fatal e irreversiblemente vulnerado.

Si ha de optarse entre la tutela judicial efectiva, que debe reportar al justiciable una respuesta directa frente al acto recurrido, y la ejemplaridad que nace de la pronta ejecución de las sanciones impuestas, es obvio que ha resolverse en favor de la primera; al menos eso es así cuando se hable de sanciones no pecuniarias. No parece razonable reconocer al poder administrativo un nivel de eficiencia o ejemplaridad superior al que gozan, por ejemplo, las Sentencias de los órganos jurisdiccionales que únicamente en supuestos excepcionales resultan ejecutivas.

QUINTO.- De conformidad con lo establecido en el art. 80.1.a) LJCA, la presente resolución es susceptible de recurso de apelación EN UN SOLO EFECTO lo que determina que la presente resolución judicial posee un mero carácter devolutivo para le eventual resolución de un hipotético recurso de apelación ante un órgano superior; pero en absoluto suspensivo de su mandato lo que determina la inmediata ejecución de su parte dispositiva a fin de evitar mayores perjuicios a la actora.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

DISPONGO: Que HA LUGAR a acordar la medida cautelar solicitada en el actual recurso contencioso- administrativo formulado frente a la resolución de 3 de noviembre de 2004 de la Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa por la que se acuerda la expulsión de la ciudadana boliviana D^a GABRIELA ERICKA QUETEGUARI FARFAN, ordenándose a los efectos de restablecer su situación jurídica el RETORNO al punto del territorio español en que se encontraba el 16 de noviembre de 2004, retorno cuya realización deberá producirse de inmediato y a costa de la Administración demandada.

Notifíquese la presente resolución en la forma prevista en el artículo 248.4 de la LOPJ, haciendo saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación EN UN SOLO EFECTO en el plazo de quince días a contar desde su notificación.

Así lo manda y firma, D^a ANA ISABEL MARTIN RAMOS,
Magistrada-Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo
n^o 1 de DONOSTIA-SAN SEBASTIAN y su partido judicial.- Doy
fe.