

SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE ESTABLECE LA EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL



www.ksolucion.es
info@ksolucion.es

SUMARIO

- El Caso
 - *Supuesto de hecho*
 - *Objetivo. Cuestión planteada*
 - *La estrategia del abogado*
- El Procedimiento Judicial
 - *Partes*
 - *Peticiones realizadas*
 - *Argumentos*
 - *Normativa*
 - *Documentación*
 - *Prueba*
 - *Resolución judicial*
- Jurisprudencia relacionada con el caso
- Documentos jurídicos
- Biblioteca.
- Formulario: Demanda de solicitud de suspensión de medida cautelar

EL CASO

Supuesto de hecho

El 27 de abril de 2009, funcionarios de la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras procedieron a realizar un control de la situación administrativa de ciudadanos extranjeros, entre los que se encontraba D. Manuel, al que se le inició expediente administrativo sancionador por el procedimiento preferente por presunta estancia irregular en España.

En el referido procedimiento recayó resolución que dispuso expulsar del territorio español a D. Manuel, así como prohibirle su entrada en España, por un periodo de tres años.

Objetivo. Cuestión planteada

El cliente es D. Manuel que, con independencia de su objetivo en el procedimiento principal y en tanto se tramita el mismo, pretende que se

proceda a dejar en suspenso el acto administrativo recurrido.

La estrategia. Solución propuesta

El abogado pretende demostrar que no acceder a la suspensión de la ejecución del acto recurrido (expulsión y prohibición de entrada) haría perder su finalidad legítima al recurso, y ocasionaría a D. Manuel perjuicios de imposible reparación, mientras que su permanencia en España hasta la resolución del procedimiento contencioso-administrativo no causaría trastorno ni perturbación alguna.

EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL

Orden Jurisdiccional: Contencioso - Administrativo.

Juzgado de inicio del procedimiento: Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, Albacete.

Tipo de procedimiento: Pieza separada en suspensión de Procedimiento Abreviado.

Fecha de inicio del procedimiento: 23/12/2009.

Partes

Parte Demandante:

D. Manuel

Parte Demandada:

Administración: Subdelegación del Gobierno en Albacete, Extranjería

Peticiones realizadas

Parte demandante: La parte demandante, con la interposición del recurso contencioso administrativo y la formalización de la demanda, solicita la adopción de la medida cautelar de suspensión del acuerdo de expulsión y prohibición de entrada objeto de recurso.

Parte demandada: La demandada no formuló alegación alguna frente a la petición de suspensión esgrimida, de la que se le dio traslado por diez días, dejando transcurrir dicho plazo sin formular ninguna manifestación al respecto.

Argumentos

Parte demandante: La parte demandante argumenta que procede adoptar la medida cautelar de suspensión del acuerdo de expulsión y prohibición de entrada en España, por cuanto de la ejecución, esto es, de no accederse a la suspensión de la

ejecución del acto recurrido, se derivarían perjuicios irreparables para D. Manuel, y se haría perder su finalidad legítima al recurso, mientras que su permanencia en España hasta la resolución del procedimiento administrativo no causaría perturbación alguna, ni a tercero, ni los intereses generales.

Parte demandada: La demandada no formuló manifestación alguna frente a la solicitud de suspensión de la demandante.

Normativa

- Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa. (Art. 129; 130)

Documentación

La documentación del procedimiento consiste en el expediente administrativo y los documentos que el demandante adjunta al escrito de demanda y solicitud de medida cautelar (resolución recurrida, recurso de reposición formulado frente a la misma, certificados de los cursos de español realizados por D. Manuel y copia de su pasaporte).

Prueba

La pieza separada de suspensión se tramita sin celebración de vista y sin

más prueba que los propios documentos antes referidos.

Resolución Judicial

Fecha de la resolución judicial: 08/02/2010.

Fallo o parte dispositiva de la resolución judicial: El Auto dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº2 de Albacete en la Pieza Separada de Suspensión dispone que procede estimar la solicitud de adopción de la medida cautelar interesada y suspender la ejecución de la expulsión decretada durante la tramitación del procedimiento principal, y todo ello sin hacer expreso pronunciamiento en cuanto a las costas

Fundamentos jurídicos de la resolución judicial: El Auto que acuerda la suspensión de la ejecución del acto administrativo manifiesta que para la adopción de las medidas cautelares y para valorar los intereses en conflicto es necesario que exista en la pretensión del recurrente la apariencia de buen derecho o “fumus boni iuris” y el “periculum in mora”, esto es, el peligro de ineffectividad de la Sentencia por el tiempo transcurrido desde que se formuló la pretensión y, en consecuencia, la irreparabilidad o dificultad de reparación de los perjuicios.

El Auto referido pone de manifiesto la necesidad de examinar el expe-

diente de expulsión para poder valorar la existencia de circunstancias particulares del extranjero que cualifiquen negativamente su situación a parte de la mera estancia irregular, y ello ante la probabilidad de que pudiese ser estimado el recurso interpuesto (*fumus boni iuris*) y evitar con ello la pérdida de su finalidad legítima si no se adopta la medida cautelar interesada, para concluir que, en este caso concreto, de un examen somero del expediente es posible constatar como el actor presenta con su demanda una fotocopia de un pasaporte, lo que integra un indicio a valorar a estos efectos. Dice además el Auto que, asimismo, hay que tener en cuenta que el extranjero lleva en España al menos desde 2.008, a la vista de los documentos que aporta, y que el que no haya solicitado su regularización no debe ser determinante para denegar la suspensión solicitada.

En cuanto al *periculum in mora*, el Auto concluye que son evidentes los perjuicios que llevaría aparejados la no suspensión y consiguiente de-

volución del extranjero a su país de origen mientras se tramita el procedimiento.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON EL CASO

Sentencias con Fundamentos Jurídicos similares a la Sentencia de este caso:

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, núm. 1405109, de 23 de julio de 2.009. BDI Economist & Jurist. Contencioso-Administrativo. Marginal 354190.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Mancha, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª de 30 de abril de 2.001. BDI Economist & Jurist. Contencioso-Administrativo. Marginal 174331.

DOCUMENTOS JURÍDICOS

Documentos jurídicos de este caso:

Documentos disponibles en:

www.ksolucion.es

Nº de Caso: 4375

info@ksolucion.es

1. Escrito de demanda con solicitud de adopción de la medida cautelar de suspensión.
2. Auto que acuerda la suspensión del acto administrativo recurrido

Formularios jurídicos relacionados con este caso:

- Solicitud de medida cautelar.

BIBLIOTECA

Disponible en www.ksolucion.es

Nº de Caso: 4375.

- Jurisdicción contencioso-administrativa. ■



AL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE

_____ Abogado colegiado ____, actuando en nombre y representación de D.____ según se acreditará mediante comparecencia apud acta, ante el Juzgado comparezco, y como mejor proceda en derecho **DIGO:**

Que en la indicada representación procedo a formular RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO y formalizar demanda contra Resolución de la Oficina de Extranjeros de la Subdelegación del Gobierno de Albacete, de fecha 26 de octubre, dictada en el expediente _____ (sobre expulsión), desestimatoria del Recurso de Reposición interpuesto en su día por mi representada en el expediente mentado, de la que se aporta copia como documento **UNO**, en base a los siguientes:

HECHOS

PRIMERO: El 27 de abril de 2009, funcionarios de la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras, procedieron a realizar un control de la situación administrativa de ciudadanos extranjeros, entre los que se encontraba mi representado, acordando la incoación contra el mismo de un expediente administrativo sancionador por el procedimiento preferente, por estancia irregular.

SEGUNDO: En el expediente de referencia, recayó resolución que disponía expulsar del territorio español a mí representado, así como la prohibir su entrada en España por un período de tres años.

Mi mandante recurrió en reposición la precitada resolución, recurso que fue íntegramente desestimado por la resolución adjunta como documento **UNO**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: JURISDICCION.

Corresponde el conocimiento del presente a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, según el art. 1 de la Ley 29/98.

SEGUNDO: COMPETENCIA.

La competencia para el conocimiento del presente recurso corresponde a los Juzgados de lo Contencioso Administrativo, al amparo de la atribución competencial contenida en el **art. 8 de la misma Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativo.**

La competencia territorial reside en el Juzgado al que esta parte tiene el honor de dirigirse, conforme al **art. 14 de la citada Ley Jurisdiccional.**

TERCERO: CAPACIDAD Y LEGITIMACIÓN.

Esta parte posee la oportuna legitimación, según el **art. 19.1 de la Ley Jurisdiccional**, por afectar la actividad administrativa que es objeto de la impugnación a sus derechos legítimos.

La legitimidad pasiva de la demanda viene reconocida en el **art. 21** de la Ley referida.

Las partes tienen la necesaria capacidad procesal, según el **art. 18 de la LJCA**.

CUARTO: PROCEDIMIENTO.

El procedimiento ajustado a derecho para la tramitación de este recurso será el abreviad, regulado en el **art. 78 de la Ley de Jurisdicción**.

QUINTO: POSTULACION Y DEFENSA.

En cuanto a la **Postulación y Defensa** según establece el **art. 23 LJCA**, tratándose de actuaciones ante órganos unipersonales, no es preceptivo conferir representación a un Procurador, y sí la asistencia letrada, pudiendo las partes conferir su representación al Abogado.

SEXTO: FONDO DE LA CUESTION CONTROVERTIDA.

La legislación de aplicación impone la obligación de que, para la graduación de las sanciones, el órgano competente para su imposición se ajuste a criterios de **proporcionalidad** valorando el grado de culpabilidad y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia.

Ninguno de tales parámetros es siquiera mencionado en la resolución recurrida. Y es que no cabe derivar de la estancia irregular de mi representado ni un plus de culpabilidad, ni la producción de daño alguno a nada ni a nadie, ni la producción de riesgo de ningún tipo. En todo caso, es la administración la que debe valorar y motivar su concurrencia, y no lo ha hecho.

Y es que, **la expulsión se contempla como posible sanción**, no obstante, **es la multa la consecuencia prevista con carácter general**.

En este caso, como se ha dicho, sin una correcta fundamentación, y sin atender a los principios de proporcionalidad y motivación, se ha impuesto la sanción más desfavorable (expulsión, en lugar de multa) que no queda justificada.

La falta de motivación y proporcionalidad mentadas han de llevar a la **anulación de la resolución recurrida y, por ende de las sanciones impuestas**.

Así la **STSJ Baleares, Sala de lo Contencioso administrativo, de 20 de septiembre de 2005 dice: “La opción por la sanción de expulsión requiere no solo de la tramitación del expediente correspondiente sino, ante todo, la motivación en que se asienta la decisión de imponer la sanción de más entidad, esto es proporcionalmente más gravosa, como sin duda es la expulsión**, en lugar de la sanción prevista con carácter general en el artículo 55.1.b de la Ley Orgánica 4/2000.... Al ser posible la imposición de sanciones de multas o sanciones de expulsión por la comisión de la infracción prevista en el artículo 55.a de la Ley Orgánica 4/00, la elección de la que a cada caso concreto incumbe, desde luego, al Órgano Administrativo Competente para sancionar, pero esa elección, entre sanciones alternativas se encuentra sujeta, en general, al principio de congruencia y, por lo que aquí importa, al principio de proporcionalidad, de modo que aún sin que quepa a entrar que la sanción pecuniaria fuese de aplicación preferente, **no hay duda que la resolución sancionadora, cuando impone la expulsión, esto es, la sanción más gravosa en atención al derecho que limita, viene ineludiblemente obligada a contener la motivación correspondiente a que en el caso concreto se ha mantenido la debida proporcionalidad**... puede aceptarse que la Ley deje a la Administración márgenes más o menos amplios a la discrecionalidad, pero como ya señaló la sentencia del Tribunal Constitucional número 207/90, “en modo alguno puede quedar encomendado por entero a ella”, razón por la que el ejercicio de esa potestad se co-

necta indisolublemente a la ponderación de las circunstancias concurrentes, sin que tampoco el principio de proporcionalidad de la sanción escape al control jurisdiccional. La potestad sancionadora, en concreto, en concreto, la individualización de la sanción, es esencialmente discrecional, pero su ejercicio se encuentra sometido al principio de proporcionalidad y además, se requiere motivación, esto es, la fundamentación del proceso lógico que ha conducido a una concreta sanción, con lo que **la motivación no actúa sino como elemento de deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario**. Con el punto de partida de todo lo anterior, ha de precisarse también que **SI EL TRIBUNAL CONSIDERA DESPROPORCIONADA LA SANCION HA DE ANULARLA, PERO NO TIENE QUE SUSTITUIRLA POR OTRA**. En efecto, el alcance del principio de proporcionalidad no puede ser la sustitución de la discrecionalidad administrativa por la discrecionalidad judicial sino que se ciñe a la corrección del exceso legal en que hubiese incurrido la Administración al aplicar la sanción, razón por la que a la Sala le incumbe excluir la sanción desproporcionada pero no la indicación de la sanción más adecuada posible.”

A todo lo expuesto hay que añadir que mi mandante tiene un fuerte arraigo en España, tal como se acreditará en el momento oportuno. Ha aprendido el idioma (**DOCUMENTOS DOS Y TRES**), está perfectamente integrado, está documentado (**DOCUMENTO CUATRO**), y va a regularizar su situación. Así como se indicaba en el recurso de Reposición, el sancionado tiene el inminente proyecto de regularizar su situación a través de la vía del arraigo. Como de todos es sabido, entre otras cosas, para ello se requiere un tiempo de estancia, antes de transcurrido, el cual la solicitud es inviable. Evidentemente, lo que no cabe afirmar es que nada se ha hecho, cuando lo que ocurre es que la propia normativa impide conceder un permiso de residencia y trabajo por arraigo sin acreditar la permanencia continuada en España durante un período mínimo de tres años, es decir, la propia normativa requiere “esperar” ese tiempo, única razón por la que el interesado, hasta ahora, no ha formulado la solicitud.

De todo lo expuesto se deriva que **la resolución, y, por ende, las sanciones impuestas a mi mandante (expulsión y prohibición de entrada) han de anularse**.

En virtud de cuanto antecede,

SUPLICO AL JUZGADO que, habiendo por presentado este escrito, con los documentos adjuntos y sus copias, lo admita, tenga por formulada demanda de procedimiento abreviado contra el acto más arriba identificado, y tras los oportunos trámites, en su día, dicte sentencia por la que, estimando íntegramente la presente, anule el acto impugnado, dejando así sin efecto las sanciones impuestas a mi representado en el expediente administrativo del que trae causa la presente, de expulsión y prohibición de entrada en España.

OTROSÍ DIGO: Que procede adoptar la **MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSION del acuerdo de expulsión y prohibición de entrada objeto del presente recurso**, por cuanto de la ejecución se derivarían, indudablemente, daños y perjuicios de imposible reparación, y, asimismo, la ejecución haría perder la legítima finalidad al recurso. Por otra parte, la suspensión no perturbaría ni los intereses generales, ni el interés de tercero alguno.

Así el **Art. 130 LJCA** dispone que 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.

Pues bien, esta parte enriende que la orden de salida del territorio nacional de una persona que se encuentra en el mismo (y más si la entrada no se ha producido en momento inmediatamente anterior a la expulsión) ocasiona sobre su situación personal un trastorno de tal calado y magnitud que justifica la adop-

ción de una medida cautelar de suspensión sin más exigencias. Los perjuicios y la pérdida de finalidad del recurso son tan evidentes que no es necesario aportar una prueba adicional de los mismos, fundada en el arraigo o en otra circunstancia cualquiera.

Las **Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1997** o de 23 de junio de 1997 demuestran que, si bien por lo general los perjuicios deben ser probados por quien los alega, hay casos-como el presente- en los que la evidencia de los mismos exime de cualquier prueba al respecto.

Y es que es difícil imaginar un caso en el que la finalidad del recurso se vea más amenazado, y los trastornos y perjuicios para la parte sean más innegables, que en los casos en los que se produce una consecuencia de tal magnitud como es la de imponer a un individuo un cambio de país de residencia. Ello debería llevar a la cautela, sin más exigencias, de suspender la orden de salida hasta la resolución en firme del asunto principal.

Repárese que en asuntos en los que el impacto sobre la situación del afectado es mucho menor, como es por ejemplo el de las demoliciones de obras (**Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril o de 10 de junio de 2003, entre otras**), El Tribunal Supremo acepta con naturalidad que el mero hecho de la demolición implica una alteración que de suyo, sin más demostraciones, integra el supuesto de la suspensión cautelar. Devolver a mi andante a su país de origen es, como digo, sin duda alguna y por razones obvias, más o, como poco, tan gravoso e irreparable como tirar una casa que hubiera, en su caso, de volverse a levantar.

En la **Sentencia del 17 de julio de 2002**, por su parte, se dice que “Esa (pérdida de la finalidad legítima del recurso) como argumento legitimador de la adopción de medidas cautelares, ha sido perfilada en sentencias como la muy reciente de 29 de abril de 2002, en la que se declara que debe apreciarse cuando la ejecución pudiera causar perjuicios que hicieran ilusorias la estimación del recurso entablado, debiendo entenderse que pierda su finalidad legítima el recurso si, de ejecutarse el acto, se creasen situaciones jurídicas irreversibles, haciendo ineficaz la sentencia e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad”. Ese principio de “identidad” queda directamente comprometido en casos como el de autos, en los que **jamás se podrá lograr una restitución íntegra de la situación del extranjero expulsado**, pues, entre otras cosas, el tiempo transcurrido será esencialmente y de suyo irrecuperable. Y ello es así se acredite o no la existencia de un arraigo previo.

Es cierto que el **Art. 130 de la LJCA** permite la denegación de la medida cautelar en atención a la defensa de los intereses generales. Ahora bien, se reclama que de la medida cautelar puede derivarse “perturbación grave de los intereses generales...que el Juez o el Tribunal ponderará en forma circunstanciada”. Nada de eso concurre en el caso de autos, en el que no consta de modo alguno que la permanencia del recurrente hasta el momento en el que se resuelva el recurso contencioso-administrativo por él mismo planteado, vaya a causar trastorno al interés general, y menos “perturbación grave” del mismo.

Por tanto, es obvio que procede decretar la suspensión solicitada.

En su virtud, de nuevo,

SUSPLICO AL JUZGADO tenga por hecha la anterior manifestación, acordando la suspensión de la ejecución del acto impugnado.