



Roj: **STSJ ICAN 3002/2013 - ECLI: ES:TSJICAN:2013:3002**

Id Cendoj: **38038330012013100423**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **1**

Fecha: **13/09/2013**

Nº de Recurso: **62/2013**

Nº de Resolución: **172/2013**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **RAFAEL ALONSO DORRONSORO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Ilmo. Sr. Presidente Don Pedro Manuel Hernández Cordobés

Ilmo. Sr. Magistrado Don Jaime Guilarte Martín Calero

Ilmo. Sr. Magistrado Don Rafael Alonso Dorronsoro (Ponente)

En Santa Cruz de Tenerife a 13 de septiembre de 2013, visto por esta Sección Primera de la SALA DE LO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS, con sede en Santa Cruz de Tenerife, integrada por los Señores Magistrados anotados al margen, el RECURSO DE APELACIÓN seguido con el nº 62/2013, interpuesto por Don Teodoro , representado y dirigido por el Abogado Don Ernesto Suárez Daúd, habiendo sido parte como Administración demandada la SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN SANTA CRUZ DE TENERIFE y en su representación y defensa el Abogado del Estado, se ha dictado EN NOMBRE DE S.M. EL REY, la presente sentencia con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Pretensiones de las partes y hechos en que las fundan

A.- Por el Juzgado nº 3 de lo Contencioso-Administrativo de Santa Cruz de Tenerife se dictó Auto de fecha 2 de enero de 2013 con la siguiente parte dispositiva: "DISPONGO: 1. ALZAR la suspensión del acto administrativo que había sido acordada mediante Auto de fecha 27 de diciembre de 2012; 2. No hacer imposición de costas."

B.- La representación de la parte actora interpuso recurso de apelación contra dicha resolución interesando que, estimando en todas sus partes el recurso, se acordase revocar dicha resolución reemplazándola por otra que mantenga la suspensión de la ejecución de la orden de expulsión de agosto de 2010 hasta en tanto ésta sea revocada por sentencia definitiva.

C.- La representación procesal de la Administración demandada se opuso al recurso interpuesto e interesó que, previos los trámites oportunos, se dictase resolución por la que se inadmitiera o, subsidiariamente, se desestimase el recurso de apelación interpuesto, con expresa imposición a la parte recurrente de las costas causadas.

SEGUNDO: Conclusiones, votación y fallo

No siendo necesaria la práctica de prueba ni la celebración de vista, se señaló día para la votación y fallo, teniendo lugar la reunión del Tribunal, habiéndose observado las formalidades legales en el curso del proceso, dándose el siguiente resultado y siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Rafael Alonso Dorronsoro que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Objeto del recurso



El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Santa Cruz de Tenerife dictó Auto acordando no haber lugar a la suspensión de la ejecución de la resolución de expulsión dictada por la Subdelegación del Gobierno de fecha 3 de agosto de 2010, acordando alzar la suspensión previamente acordada, basándose en esencia en que dicha resolución constituye un acto consentido y firme.

La representación procesal de la parte actora recurre en apelación el Auto dictado por las consideraciones siguientes:

- a) El Auto recurrido desconoce o soslaya la variación de las circunstancias que rodean actualmente la ejecución de la Orden de Expulsión, en especial el nacimiento de Emmanuel, hijo español del recurrente que hacen variar fundamentalmente las circunstancias y el marco legal en que pueda ejecutarse dicha Orden;
- b) El auto recurrido afirma que la Orden de expulsión es firme y consentida por no haber sido recurrida, sin considerar la posibilidad real y legal de su posible revocación.
- c) El Auto eleva a la cualidad de "imposible" la obtención de una autorización de residencia, sin considerar el cambio de las circunstancias desde que se dictó hasta su ejecución;
- d) El auto y su ejecución vulnera derechos consagrados en la legislación nacional, europea y universal.

La Administración demandada contesta al recurso solicitando su desestimación por entender que la resolución recurrida es firme ya que han transcurrido más de dos años desde su notificación y por falta de los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos para la adopción de la medida cautelar.

SEGUNDO: Es cierto, como señala la parte apelante, que el reclamante tiene un hijo que tiene la presunción de ser español, hijo de madre que tiene legalizada su situación al menos, hasta el 2014, así como que parece haber cumplido la pena que le fue impuesta por un delito contra la salud pública, hechos todos ellos posteriores a la fecha en que se dictó la resolución que ordena la expulsión del territorio nacional y anteriores al momento en que le fue denegada la autorización de residencia y trabajo por motivos excepcionales por razón de **arraigo familiar**. Pese a lo anterior, la pretendida aplicación por dicho apelante a este supuesto del contenido de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del art. 241 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, es discutible. Dicho precepto señala:

"Artículo 241. Concurrencia de procedimientos

1. Si durante la tramitación del expediente seguido por el procedimiento preferente y por la causa prevista en la letra a) del art. 53.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, el extranjero expedientado acreditase haber solicitado con anterioridad a su iniciación una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de conformidad con lo dispuesto en los arts. 31.3 de la citada Ley Orgánica y concordantes de este Reglamento, el instructor recabará informe del órgano competente sobre el estado de tramitación de dicha solicitud. En caso de que el interesado no reuniera, de acuerdo con la resolución que se dicte sobre la solicitud de autorización, los requisitos previstos para la obtención de la autorización de residencia, el instructor decidirá la continuación del expediente de expulsión y, en caso contrario, procederá a su archivo. De entender procedente la prosecución del expediente y previo acuerdo dictado al efecto, continuará por los trámites del procedimiento ordinario regulado en este Reglamento.

2. Cuando en el marco de un procedimiento relativo a autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales de las previstas en los arts. 31.bis, 59, 59.bis o 68.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, se comprobase que consta contra el solicitante una medida de expulsión no ejecutada por concurrencia de una infracción de las previstas en las letras a) y b) del art. 53.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, ésta será revocada siempre que del análisis de la solicitud derive la procedencia de la concesión de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales.

En caso de que el órgano competente para resolver sobre la solicitud de autorización no fuera el mismo que dictó la sanción a revocar, instará de oficio la revocación de la sanción al órgano competente para ello. En el escrito por el que se inste la revocación se hará constar el tipo de autorización solicitada y se realizará mención expresa a la procedencia de la concesión de la misma por el cumplimiento de los requisitos exigibles para ello, salvo el relativo a la existencia de la medida de expulsión no ejecutada.

3. Los criterios establecidos en el apartado anterior serán igualmente de aplicación, en caso de que, no obstante la inadmisión a trámite de la solicitud de autorización de residencia por circunstancias excepcionales distintas a las previstas los arts. 31.bis, 59, 59.bis o 68.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en aplicación de lo establecido en su disposición adicional cuarta, el análisis inicial de la solicitud concluyese en la existencia de indicios claros de la procedencia de concesión de la autorización."



El citado Reglamento de **Extranjería** entró en vigor el 30 de junio de 2011, por lo que es de plena aplicación a la solicitud de residencia formulada el 4 de diciembre de 2012, pero ha de tenerse en cuenta que el apelante no fue sancionado por estancia irregular conforme a lo previsto en el art. 53.1.a) de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los extranjeros en España, sino que le fue aplicado el art. 57.2 del citado texto legal, conforme al cual es causa de expulsión 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; el interesado fue condenado a la pena de tres años y seis meses de prisión por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, tramitándose la ejecutoria con el nº 65/2010 en la Sección Quinta de dicha Audiencia, lo anterior supone que no ha cancelado todavía los antecedentes penales de acuerdo con lo dispuesto en el art. 136 del Código Penal, probablemente hasta el 2016 no le es ello posible, y, contando con antecedentes penales (art. 31.5 de la L.O.) no son tan claros los indicios de la procedencia de la concesión de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales, sino que existe una duda más que razonable sobre su procedencia; sin embargo lo anterior constituye una cuestión de fondo a analizar en los autos principales, aquí debemos partir necesariamente de dos datos, por un lado, la existencia de un menor de edad español hijo del apelante y con el que convive, y, por otro lado, el hecho de que el art. 124 del Reglamento, determina que procede permiso de residencia temporal "siempre que el progenitor solicitante tenga a cargo al menor y conviva con éste o esté al corriente de las obligaciones paternofiliales respecto al mismo", no menciona en modo alguno los antecedentes penales, cosa que si hace respecto al **arraigo** social y al **arraigo** laboral, por ello, acreditada la convivencia ha de estimarse que el solicitante tiene a su cargo al menor.

Todo ello en este trámite de medidas cautelares determina la estimación del recurso de apelación interpuesto y la revocación de la resolución recurrida ya que es en el recurso principal donde deberán analizarse las cuestiones de fondo planteadas, aquí sólo cabe analizar la situación de hecho, los perjuicios posibles y la apariencia de buen derecho que, aunque discutible, lo cierto es que es suficiente, con aplicación de lo dispuesto en el art. 57.5 de la Ley Orgánica, para estimar que pudiera ser inejecutable la orden de expulsión por muy firme que la misma sea (incluso aunque la misma en atención a las circunstancias del momento en que se dictó hubiera sido confirmada por una sentencia judicial firme).

En consecuencia procede estimar el recurso y acordar la medida cautelar consistente en la suspensión de la ejecución de la orden de expulsión en tanto se tramita el proceso principal.

TERCERO: Sobre las costas procesales. De conformidad con lo previsto en el art. 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al estimarse el recurso de apelación no procede imponer las costas a ninguna de las partes, así como tampoco las de la primera instancia.

FALLO

En atención a lo expuesto, la Sala ha decidido estimar el recurso de apelación interpuesto por Don Teodoro contra el Auto de fecha 2 de enero de 2013 dictado por el Juzgado nº 3 de lo Contencioso-Administrativo de Santa Cruz de Tenerife, resolución que se anula y revoca, acordando en su lugar:

- 1- Mantener la suspensión de la ejecución de la orden de expulsión de fecha 3 de agosto de 2010, acordada por Auto de fecha 27 de diciembre de 2012, en tanto se resuelve de forma definitiva el proceso principal.
- 2- No hacer expresa imposición de las costas causadas, ni en primera, ni en segunda instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes observando lo dispuesto en el art. 248.4 de la Ley Orgánica del poder Judicial, haciéndoles saber que la misma es firme y contra ella no cabe interponer recurso ordinario alguno.

Comuníquese la presente al Juzgado remitente, adjuntando los autos originales y debiendo darse al depósito constituido el destino legal señalado en los apartados 9 y siguientes de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

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