

Id Cendoj: 28079330042008100142
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 4
Nº de Recurso: 614 / 2007
Nº de Resolución: 257/2008
Procedimiento: APELACIÓN
Ponente: MARIA ROSARIO ORNOSA FERNANDEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

T.S.J.MADRID CON/AD SEC.4

MADRID

SENTENCIA: 00257/2008

APELACIÓN Nº 614/07

Letrado: D./Dña. M^a. DEL PILAR SANCHEZ ALVAREZ

A.E

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Sección 4^a

PONENTE: SRA. M^a Rosario Ornosa Fernández

S E N T E N C I A Nº 257/2008

Presidente Ilmo. Sr.

D. Alfonso Sabán Godoy

Magistrados Ilmos. Sres.

M^a Rosario Ornosa Fernández

D. Gervasio Martín Martín

D^a. Fátima de la Cruz Mera

En Madrid a 29 de febrero de dos mil ocho

Visto el recurso de apelación número 614/2007 interpuesto por el letrado D./Dña. M^a del Pilar Sánchez Álvarez en nombre y representación de D./ Dña. Jose Ignacio contra el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 26 de los de Madrid en PA nº 411/2007 de fecha 19/06/07 . Habiendo sido parte la Administración General del Estado representada por el Abogado del Estado. .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Dictado el mencionado Auto desestimatorio la parte demandante interponer contra aquél el presente recurso de apelación mediante escrito en el que formuló las correspondientes alegaciones impugnatorias.

SEGUNDO.- La representación procesal de la demandada presentó su escrito de oposición a la apelación haciendo igualmente sus propias alegaciones.

TERCERO: Elevadas a este Tribunal las actuaciones y estando concluidas se señaló para deliberación y fallo del recurso el día 14 de febrero de 2008.

Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D^a. M^a Rosario Ornosá Fernández

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en este recurso de apelación el Auto dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 26 de Madrid el 19 de junio de 2007 por el que se acordó levantar la medida cautelar acordada con carácter urgente en Auto de fecha 1 de junio de 2007 y que consistió en autorizar la permanencia del menor en España de forma provisionalísima y la suspensión cautelar de la repatriación del menor Jose Ignacio .

La Juez sostiene en el Auto recurrido que el hecho de que el menor abandone nuestro país "no determina para él la pérdida de sus relaciones sociales, laborales o personales, porque no realizaba otras actividades que las ocupacionales derivadas de su estancia bajo la tutela del IMMF."

Esta Sala no puede estar de acuerdo, en absoluto, con tales afirmaciones. Precisamente de la abundante documentación aportada por la defensa del menor en este recurso se desprende todo lo contrario ya que se trata de un menor tutelado por la Comunidad de Madrid desde el año 2005 en que llegó a España sin familiares que pudiesen hacerse cargo de él.

Consta un informe de la Asociación Paideia en el que se desprende que vivía en mayo de 2007 en un piso de dicha Asociación, colaboradora en funciones de protección de la Comunidad de Madrid, y que estaba cursando un ACE de albañilería en la Fundación Tomillo. Dicho informe es positivo en cuanto a su evolución y su interés por aprender además el castellano.

Existe también un informe de Cruz Roja Juventud en el que expresamente se señala que tiene su vida en Madrid, donde también tiene su referencia educativa y su grupo de amigos, así como dos hermanos, siendo uno de ellos, Baschir, una referencia educativa de primer orden para el menor.

Además, hay un informe del entrenador del menor en el equipo de fútbol de la Fundación Real Madrid en la Escuela El Canal- Vallehermoso donde se señala la buena conducta del menor y su solidaridad con el resto de sus compañeros.

Con todo ello, cabe afirmar, en contra del criterio poco fundado de la juzgadora de instancia, que el menor está plenamente integrado y arraigado en nuestra sociedad en la que está en proceso de formación y desarrollo y que la ejecución de la repatriación acordada en el acto administrativo impugnado supondría daños y perjuicios irreparables al menor, máxime cuando, en contra de lo que también se sostiene por la juzgadora sin ningún fundamento, no existe ningún dato que permita afirmar que sus familiares en Marruecos pudieran hacerse cargo de él, al haber fallecido recientemente su padre y no contar su madre con suficientes recursos para mantener a sus otros hermanos.

SEGUNDO.- el *art. 130.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa 29/1998, de 13 de julio* , señala que: "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 pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso".

Asimismo, el párrafo 2 de dicho artículo establece:

"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".

De modo que, previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto y partiendo del hecho de que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición impugnada pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, la ponderación de intereses en juego determinará la denegación de la medida cautelar instada sólo cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero.

Por el contrario, no acreditado que la ejecución del acto pudiera hacer perder la finalidad legítima del recurso, deberá denegarse la adopción de la medida cautelar.

La normativa expuesta debe ser interpretada a la luz de las exigencias del Derecho a la tutela cautelar efectiva, o, lo que es lo mismo, del Derecho a la tutela judicial efectiva, que, en definitiva, trata de salvaguardar el legislador con el régimen legal expuesto, al posibilitar la adopción de medidas cautelares que permitan asegurar el resultado del proceso.

La adopción de medidas cautelares tiene como finalidad preservar el principio de efectividad de la decisión judicial, porque la potestad jurisdiccional no se acaba con la declaración de derechos, sino que se consume en la consecución del derecho declarado, lo que presupone la facultad de adoptar las medidas o garantías precisas a fin de preservar la eficacia de lo resuelto y ante el hecho de que la razón decisiva para acceder o no a las mismas en vía jurisdiccional se encuentran en la coordinación del aludido principio de tutela judicial efectiva con el de la eficacia administrativa, recogido a través de la denominada "ejecutividad de los actos administrativos" en numerosos preceptos de nuestro ordenamiento (fundamentalmente en el *art. 56 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas* y *Procedimiento administrativo común* y los *art. 129 a 136 de la Jurisdicción 29/1998, de 13 de julio*).

En definitiva, la adopción de medidas cautelares en el proceso Contencioso-administrativo responde a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento definitivo del órgano judicial, evitándose así que un hipotético fallo favorable a la pretensión declarada quede desprovisto de eficacia, y ello dado que la tutela cautelar integra el derecho a la tutela judicial efectiva, que exige que una eventual sentencia estimatoria de la pretensión ejercitada en el proceso jurisdiccional resulte eficaz, es decir, sea susceptible de incidir en la situación jurídica de quien reclama la tutela jurisdiccional, de modo que logre una plena satisfacción de tales pretensiones, restaurando la situación jurídica cuya pretensión se reclama, sin que para ello baste el aseguramiento de una indemnización de daños y perjuicios para el caso de imposibilidad de preparación "in natura". Precisamente por ello, establece el *art. 130.1 LJCA* como presupuesto necesario de la adopción de medidas cautelares que la "ejecución del acto a la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso", siendo ésta, como es obvio, la satisfacción "in natura" de la pretensión ejercitada.

Ahora bien, dicho esto, la adopción de la medida cautelar solicitada aparece legalmente condicionada en su adopción al resultado de un juicio ponderativo en el cual se consideren de una parte, el interés público en la inmediata ejecución del acto desde el concreto enfoque de la perturbación que para dicho interés pueda seguirse en la transitoria suspensión del ejercicio del acto en la adopción de cualquier otra medida cautelar solicitada y, de otra parte, el interés también público en la preservación en el derecho del recurrente de la efectividad de la tutela que reciba (*art. 24 LCE*) para el caso de que la sentencia llegue a estimar las pretensiones que ejercita en el proceso, en cuanto dicho interés pueda quedar afectado por la inmediata ejecución del acto o disposición recurridos, o por la no adopción de la medida cautelar solicitada, hasta el punto de hacer ilusoria la finalidad legítima del recurso. De tal manera que concurriendo el presupuesto legal mencionado, la medida cautelar podrá ser denegada cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que deberá ser ponderada en forma circunstanciada por el órgano judicial que deba resolver acerca de su adopción o denegación.

TERCERO.- Sentado lo anterior, y a la vista de lo expresado más arriba, esta Sala entiende que el Auto recurrido no es conforme a derecho al acordar que procede levantar la medida cautelar acordada con carácter urgente en Auto de fecha 1 de junio de 2007 y que consistió en autorizar la permanencia del menor en España de forma provisionalísima y la suspensión cautelar de la repatriación del menor Jose Ignacio .

Y ello es así porque se han acreditado datos relevantes que justifican su posible arraigo en nuestro país, y la existencia de vínculos importantes en el mismo, lo que implica que la ejecución del acto hiciese perder la finalidad legítima del recurso, considerándose, en todo caso, de protección prevalente el interés del menor frente al de la administración.

Cabe en consecuencia, dejar sin efecto el Auto recurrido, por no ser conforme a derecho y acordar mantener el Auto de fecha 1 de junio de 2007 por el que se acordó la suspensión cautelar solicitada de la resolución que acordó la repatriación del menor.

CUARTO.-No procede imposición expresa de las costas procesales causadas, según lo establecido en el *art. 139 L.J* .

FALLAMOS

Estimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del menor Jose Ignacio contra el Auto dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 26 de Madrid el 19 de junio de 2007 por el que se acordó levantar la medida cautelar acordada con carácter urgente en Auto de fecha 1 de junio de 2007 , por no ser el Auto de 19 de junio conforme a derecho y acordamos mantener el Auto de fecha 1 de junio de 2007 por el que se acordó la suspensión cautelar solicitada de la resolución que relativa a la repatriación del menor, sin que proceda una expresa imposición de las costas procesales causadas en esta instancia.

Así por esta nuestra Sentencia, contra la que no cabe recurso ordinario alguno, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.