



Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Valladolid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia de 19
Abr. 2010, rec. 594/2009

Ponente: Pardo Muñoz, Francisco Javier.

Nº de Sentencia: 882/2010

Nº de Recurso: 594/2009

Jurisdicción: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

EXTRANJEROS. Expulsión. Requisitos. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Suspensión de la ejecución de lo recurrido.
Requisitos. Daños o perjuicios de reparación imposible o difícil.

Normativa aplicada

TEXTO

En Valladolid, a diecinueve de abril de dos mil diez

T.S.J.CASTILLA-LEON CON/AD

VALLADOLID

SENTENCIA: 00882/2010

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEON

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección: 003

VALLADOLID

65588

C/ ANGUSTIAS S/N

Número de Identificación Único: 47186 33 3 2009 0101862

RECURSO DE APELACION 0000594 /2009

Sobre EXTRANJERIA

De D/ña. Frida



Representante: PROCURADOR MARIA JOSE DE DIOS DE VEGA

Contra SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN SALAMANCA

Representante: ABOGADO DEL ESTADO

Ilmos. Sres. Magistrados

Don AGUSTÍN PICÓN PALACIO

Doña MARÍA ANTONIA DE LALLANA DUPLÁ

Don FRANCISCO JAVIER PARDO MUÑOZ

Don FRANCISCO JAVIER ZATARAÍN Y VALDEMORO

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, integrada por los Magistrados expresados al margen, ha pronunciado en grado de apelación la siguiente

SENTENCIA NÚM. 882/10

En el recurso de apelación núm. 594/09 interpuesto contra el Auto de 19 de mayo de 2009 dictado en la pieza separada de suspensión del procedimiento abreviado núm. 127/09 seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Salamanca, en el que son partes: como apelante doña Frida , representada por la Procuradora Sra. de dios de Vega y defendida por el Letrado Sr. López Gómez; y como apelada la Administración General del Estado (Subdelegación del Gobierno en Salamanca), representada y defendida por la Abogacía del Estado, sobre suspensión de expulsión de extranjero.

Ha sido ponente el Magistrado don FRANCISCO JAVIER PARDO MUÑOZ, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento de referencia se dictó Auto de 19 de mayo de 2009 por el que se acordó no adoptar la medida cautelar solicitada por la parte recurrente doña Frida de suspensión de la ejecución de la Resolución dictada por la Subdelegación del Gobierno en Salamanca de fecha 11 de marzo de 2009, por la que se acordaba imponerle la sanción de expulsión con prohibición de entrada en territorio español y en el espacio europeo en virtud del Acuerdo de Schengen por un periodo de tres años, sin efectuar pronunciamiento sobre las costas del incidente.

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución doña Frida interpuso recurso de apelación solicitando su anulación con expresa imposición de costas a la parte recurrida.



TERCERO.- Admitido el recurso por el Juzgado y conferido el oportuno traslado, la Abogacía del Estado se opuso al mismo solicitando su desestimación con imposición de costas a la parte recurrente.

CUARTO.- Transcurridos los plazos de los artículos 85.2º y 4º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , se elevaron los autos y el expediente administrativo a la Sala.

QUINTO.- Por Providencia de 3 de septiembre de 2009 se acordó la formación y registro del presente rollo de apelación, designándose ponente, cambiándose por licencia por enfermedad del inicialmente designado y señalándose para votación y fallo el día 15 de abril de 2010.

SEXTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado los trámites marcados por la Ley.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Auto apelado y alegaciones de las partes.

El auto objeto de apelación acordó no adoptar la medida cautelar solicitada por el recurrente doña Frida de suspensión de la ejecución de la Resolución dictada por la Subdelegación del Gobierno en Salamanca de fecha 11 de marzo de 2009, por la que se acordaba imponer la sanción de expulsión con prohibición de entrada en territorio español y en el espacio europeo en virtud del Acuerdo de Schengen por un periodo de tres años, por entender, en esencia, que no tratándose la resolución impugnada de un supuesto de nulidad evidente y manifiesta, no se ha aportado prueba que permita valorar prima facie el arraigo del recurrente en España en los términos del artículo 45.2 del R.D. 2393/200, de 30 de diciembre , por el que se aprueba el Reglamento de Extranjería, ni familiar, ni social, ni tampoco laboral.

Doña Frida alega en apelación que la ejecución del acto administrativo impugnado perjudica el efecto útil de una hipotética sentencia estimatoria por cuanto, si la sentencia fuera estimatoria y ya hubiese sido expulsado del país, ya no podría residir y trabajar legalmente en territorio Schengen, que es lo que pretende; y que este daño que es superior al daño que se causaría al interés general con la no ejecución inmediata del acto administrativo impugnado.

La Abogacía del Estado se opone a la apelación alegando que nada concreta sobre los perjuicios de difícil reparación, no acreditándose que haya realizado gestión alguna para regular su situación ni que disponga de trabajo u oferta en tal sentido, ni vínculos familiares.

SEGUNDO.- Sobre la medida cautelar de suspensión en supuestos de expulsión de extranjeros.

En el ámbito cautelar y respecto de la materia que ahora nos ocupa, si bien es verdad que la doctrina jurisprudencial es favorable a la suspensión de la ejecución de resoluciones administrativas de expulsión de extranjeros del territorio nacional en el supuesto de que tal medida les cause un perjuicio irreparable, especialmente cuando provoque una situación de desarraigo familiar o "cuando la persona afectada tiene arraigo en España por razón de sus intereses familiares, sociales o económicos" (SSTS 15 enero 1997 y 28 septiembre 1999), no lo es menos que también tiene declarado, por ejemplo en la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2001 , que no concurre



ese arraigo "cuando no existen auténticas circunstancias subjetivas y personales o elementos objetivos demostrativos de la vinculación del extranjero en nuestro país" y que el arraigo exigido para decretar la suspensión "no se identifica desde luego con la integración social del extranjero en España, con sus costumbres consolidadas, con el puesto de trabajo ofrecido o con la regular entrada en España".

Así, esta Sala, siguiendo el criterio recogido en la doctrina del Tribunal Supremo (Autos de 6 febrero 1988, 6 mayo y 6 junio 1991, 17 septiembre 1992, 28 septiembre 1993, 11 julio 1995 y Sentencias de 15 enero y 14 mayo 1997, 13 febrero 1998, 20 marzo 2000 y 17 noviembre 2004 , entre otros) ha dictado reiteradas resoluciones sobre las peticiones de suspensión de la ejecución de decisiones administrativas de expulsión de extranjeros del territorio nacional. En ellas se ha declarado que dicha suspensión resulta procedente cuando la persona afectada tiene arraigo en España por razón de sus intereses familiares, sociales o económicos, por lo que la ejecución de la orden de expulsión -directamente adoptada o que puede adoptarse como consecuencia del deber de abandonar el territorio nacional que en la resolución administrativa se impone- habría de producirle unos perjuicios de difícil reparación, que en parte afectarían a su esfera personal. En la actualidad el concepto jurídico indeterminado de arraigo puede complementarse con el contenido en el artículo 45.2 del 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, sobre arraigo laboral -relación laboral no inferior a un año-, familiar -vínculos familiares con otros extranjeros residentes, entendiéndose como tales los referidos exclusivamente a los cónyuges, ascendientes y descendientes en línea directa- o social -informe de inserción social emitido por el Ayuntamiento en el que tenga su domicilio habitual, y en el que se haga constar el tiempo de permanencia del interesado en su domicilio, los medios de vida con los que cuente, su grado de conocimiento de las lenguas que se utilicen, la inserción en las redes sociales de su entorno, los programas de inserción sociolaboral de instituciones públicas o privadas en los que haya participado y cuantos otros extremos puedan servir para determinar su grado de arraigo-, sin que sea suficiente a los efectos de apreciar el arraigo el mero empadronamiento en un municipio del territorio español (STS de 27 de mayo de 2008), ni la mera existencia de una oferta de trabajo es en sí misma relevante a los efectos de acreditar el arraigo, ya que "ha de tenerse en cuenta que la oferta "per se" no denota una vinculación laboral, pues el arraigo ya es expresión de una vinculación, aún fáctica con el mercado de trabajo, y la oferta en sí misma solo es denotativa de una vocación futura de vinculación de llegar a materializarse la misma. Tal oferta, por otro lado, debe, en su caso, utilizarse para la obtención del permiso de trabajo en régimen ordinario, mas no es en sí misma, conceptualmente, expresiva de la situación de arraigo" (STS de 24 de mayo de 2007), pues no debemos olvidar que lo relevante no es la vocación de arraigo, que por sí sola no tiene ninguna virtualidad, ya que los requisitos que configuran la situación de arraigo no pueden cumplirse de vísperas, porque se quiere arraigar, sino porque ya se ha arraigado.

Por otro lado, y aun sin negar, como hemos visto, la existencia de los perjuicios que para un extranjero pueda suponer el abandono de su residencia en España, está claro que no procede la suspensión de la ejecución de todo acuerdo de expulsión, pues, de un lado "ello supondría vaciar de contenido el principio de ejecutividad de los actos administrativos" (STS 18 marzo 2002) ex artículos 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 21.2 y 65



de la LOEx, y de otro, que es necesario ponderar los intereses concurrentes en cada caso, de manera que frente al interés individual de la parte recurrente en permanecer en España debe valorarse también el interés público o general, concretado en el respeto a la normativa vigente y en que la estancia en España de extranjeros se produzca dentro de la legalidad (en la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2001 se declara que existe un interés general en poner fin a la permanencia en territorio español de extranjeros que no se encuentren en él legalmente), sin que, por lo demás, la denegación de la medida cautelar conculque necesariamente el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva pues la suspensión del acto impugnado no viene obligada por el derecho a la tutela judicial efectiva, que proclama el art. 24.1 de la Constitución, pues, como ha señalado el Tribunal Constitucional (sentencia 66/1984 , entre otras), este derecho se satisface facilitando que la ejecutividad del acto administrativo pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste con la información y contradicción que resulte menester resuelva sobre ella, pero sin que este derecho imponga "en todos los casos la suspensión del acto administrativo recurrido" (STC 115/1987). En este sentido se expresa también el Tribunal Supremo en el Auto de 12 de junio de 1995 , entre otros.

Finalmente, las SSTs de 8 de noviembre de 2007 y 9 de enero de 2008 recuerdan su doctrina de 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 ".

TERCERO.- Aplicación de la anterior doctrina al presente caso.

Así las cosas, y sobre la base de que: 1) la adopción de la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad del acto impugnado es " eminentemente casuística", como ha señalado la jurisprudencia (autos del TS de 15 de junio de 1991 y 24 de febrero de 1993, entre otros), y así resulta también de lo dispuesto en el artículo 130.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, al señalar, como dijimos, que esta medida podrá acordarse "Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto", por lo que no puede entenderse en todo caso 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 demostrativos del arraigo y vinculación del recurrente en nuestro país, rechazándose pues argumentaciones generalistas, tanto las que rechazan la medida cautelar sobre el principio de que dado el gran número de solicitudes se estaría impidiendo la finalidad propia de la norma, como las que se inclinan por su estimación casi automática, considerando que la ejecutividad de la expulsión produce un daño



siempre irreparable; y 2) que en el incidente de medidas cautelares no es la Administración autora del acto quien tiene que probar la improcedencia de la medida cautelar pedida, sino que, de

acuerdo con las reglas contenidas en el mencionado artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento civil, son los solicitantes de la suspensión provisional quienes tienen la carga de probar la certeza de los hechos y presupuestos de los que se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a la pretensión ejercitada en el incidente, que no es otra que esa suspensión cautelar (SSTS, Sala 3ª, de 18 de mayo de 2005 y 9 de enero de 2008), situación que no puede presumirse, sino que ha de existir una acreditación de la misma aunque solo sea de forma indiciaria, puesto que, en caso contrario, prima el interés público derivado de la inmediata ejecutividad del acto administrativo impugnado, en el concreto caso que ahora nos ocupa la solicitud de suspensión ha de correr suerte desestimatoria ya que:

- a) No se acredita por la parte apelante una situación de arraigo familiar, social o económico en España con virtualidad justificativa bastante en orden a la suspensión de la ejecutividad del acto administrativo impugnado, ausencia de arraigo que ha sido puesta de manifiesto en la resolución de instancia y cuyas conclusiones no han sido desvirtuadas en esta alzada; y
- b) Tampoco concurren los presupuestos de apariencia de buen derecho: nulidad absoluta, evidente y notoria, del acto recurrido; nulidad declarada en supuesto semejante; o nulidad de la norma legal o reglamentaria de cobertura del acto impugnado.

CUARTO.- Costas procesales de la apelación.

De acuerdo con el criterio objetivo del vencimiento que se establece en el artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, procede imponer las costas de esta segunda instancia a la parte apelante, al haber sido totalmente desestimadas sus pretensiones impugnatorias, si bien, dada la naturaleza del asunto y de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 de dicho precepto, se fija la cifra de 150 € como máxima de la imposición de costas.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso de apelación formulado por doña Frida contra el Auto de 9 de mayo de 2009 dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Salamanca, que se confirma en su integridad, condenando al apelante a las costas de esta alzada, con el límite máximo de 150 €.

Devuélvase los autos originales y el expediente al órgano judicial de procedencia, acompañando testimonio de esta sentencia, y dejando el original en el libro correspondiente.

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



PUBLICACIÓN.-

Publicada ha sido la anterior sentencia en el día de su fecha, de lo que doy fe.