



Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Sentencia
de 5 Jun. 2009, rec. 2000/2007

Ponente: Piquer Torromée, José Luis.

Nº de Sentencia: 691/2009

Nº de Recurso: 2000/2007

Jurisdicción: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

EXTRANJEROS. Expulsión. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Suspensión de la ejecución de lo recurrido. Medida cautelar. --
Suspensión de la ejecución de lo recurrido. Requisitos. En general. -- Suspensión de la ejecución de lo recurrido. Improcedencia.
RECURSO DE APELACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Sentencia de apelación. Desestimación del recurso.

TEXTO

En la Ciudad de Valencia, cinco de junio de dos mil nueve

T.S.J.C.V.

Sala Contencioso Administrativo

Sección Primera

Asunto nº "AP-01/2000/2007 "

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD

VALENCIANA

SALA DE LO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

VISTO por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana EN
GRADO DE APELACION compuesta por:

Presidente:

Ilmo. Sr. D. Edilberto Narbón Láinez.

Magistrados Ilmos. Srs:



Dña. Desamparados Iruela Jiemnez.

D. José Luis Piquer Torromé.

SENTENCIA NUM: 691

En el recurso de apelación num. AP-1/002000/07, interpuesto, como parte apelante, por don Aquilino , representado por la Procuradora Dña. Eva Domingo Martínez y defendido por el Letrado don José María Tena Franco, contra el "Auto núm. 80/07, de fecha 24 de mayo de 2007, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de nº 7 de Valencia, acordando no haber lugar a la suspensión de la resolución de la Delegación del Gobierno de Valencia de fecha 11 de enero de 2007 por la que se impone la sanción de expulsión del territorio nacional y prohibición de entrada por tres años".

Habiendo sido parte en autos como parte apelada DELEGACIÓN DEL GOBIERNO DE VALENCIA representada y defendida por la ABOGACÍA DEL ESTADO, y Magistrado ponente el Ilmo. Sr. D. José Luis Piquer Torromé.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Dictada resolución que se ha reseñado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, la parte que se consideró perjudicó perjudicada por la resolución interpuso el correspondiente recurso de apelación. Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la Ley, se emplazó al demandante para que formalizara la demanda, lo que verificó mediante escrito en que suplica se dicte sentencia declarando no ajustada a derecho la resolución recurrida.

SEGUNDO.- La representación de la parte apelada contestó el recurso, mediante escrito en el que solicitó se confirmase la resolución recurrida.

TERCERO.- No Habiéndose recibido el recurso a prueba, quedó el rollo de apelación pendiente para votación y fallo.

CUARTO.- Se señaló la votación para el día cinco de junio de dos mil nueve, en que tuvo lugar.

QUINTO.- En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales excepto el plazo para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente proceso la parte demandante, don Aquilino , interpone recurso contra el Auto núm. 80/07, de fecha 24 de mayo de 2007, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de nº 7 de Valencia , acordando no haber lugar a la suspensión de la resolución de la Delegación del Gobierno de Valencia de fecha 11 de enero de 2007 por la que se impone la sanción de expulsión del territorio nacional y prohibición de entrada por tres años.



En sus alegaciones, el apelante, sostiene que no ha sido considerada su situación de arraigo familiar, económico en España, como criterios que deben cobijar la apariencia de buen derecho o "fumus boni iuris" que le ampara, para en el recurso de apelación solicitar la suspensión de la ejecución de la Resolución de la Delegación del Gobierno, manifestando que de ejecutarse el acto recurrido, se producirían perjuicios irreparables.

SEGUNDO.- Al respecto de las alegaciones de la parte apelante no es ocioso recordar la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la regulación de las medidas cautelares en la Ley 29/1998, de 13 de julio, conforme a la cual (STS de 27 de abril de 2004) "En los AATS de 22 de marzo y 31 de octubre de 2000 se señala que 'esta Sala ya ha declarado de manera reiterada, en el artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el criterio elegido para decidir la suspensión cautelar es que la ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso. Y esta exigencia viene a representar lo que tradicionalmente se ha denominado el requisito del periculum in mora; resoluciones que señalan que el mismo opera como criterio decisor de la suspensión cautelar.

Por su parte, los AATS de 2 de noviembre de 2000 y 5 de febrero, 21 de marzo y 25 de junio de 2001 exponen que en el nuevo régimen de medidas cautelares, ya no sólo limitado a la suspensión, instaurado por la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, partiendo de aquel principio general, (no otro sentido puede tener el adverbio únicamente del artículo 130.1), se permite al Órgano jurisdiccional en sus artículos 129 y 130, la adopción de las medidas cautelares teniendo en cuenta una doble referencia: valorando no sólo la posibilidad de que la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, sino también la de que con la medida cautelar pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez o Tribunal ponderará de forma circunstanciada.

La exégesis del precepto conduce a las siguientes conclusiones:

- a) la adopción de la medida, exige de modo ineludible, que el recurso pueda perder su finalidad legítima, lo que significa que, de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso;
- b) aun concurriendo el anterior presupuesto, puede denegarse la medida cautelar, siempre que se aprecie perturbación grave de los intereses generales o de tercero, lo que obliga a efectuar siempre un juicio comparativo de todos los intereses en juego, concediendo especial relevancia, a la hora de decidir, a la mayor perturbación que la medida cause al interés general o al de un tercero afectado por la eficacia del acto impugnado; y,
- c) en todo caso el juicio de ponderación que al efecto ha de realizar el Órgano jurisdiccional debe atender a las circunstancias particulares de cada situación, y exige una motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada.

TERCERO.- Resulta innegable que la ejecución de una medida tan drástica para la esfera personal del sancionado, como es su expulsión del territorio nacional, conlleva que la cabal efectividad de una posible sentencia estimatoria futura quede ciertamente comprometida. Dicho lo



cual, este periculum in mora no impone a los Jueces, en tales supuestos y con arreglo únicamente a tal canon, la suspensión cautelar. Así, por un lado, si bien a través de las medidas cautelares ha de paliarse de algún modo que el proceso judicial y su prolongación se conviertan en obstáculo para la tutela efectiva de derechos e intereses legítimos, al mismo tiempo debe evitarse que el mismo proceso se instrumentalice espuriamente en orden mantener una situación de ilegalidad; de ahí que el expulsado tenga que ofrecer un mínimo de apariencia de buen derecho para fundar su pretensión cautelar. Por otro lado, no pueden eludirse las exigencias del interés general, que quedarían gravemente comprometidas si las resoluciones administrativas de expulsión de extranjeros no se ejecutasen y si se mantuviese indefinidamente y para una generalidad de interesados una situación de dudosa legalidad; exigencias que, por lo demás, no descartan las excepciones que aconsejen determinadas circunstancias, como pudieran ser las demostrativas del particular arraigo del sancionado

CUARTO.- El Tribunal Supremo viene proclamando que la suspensión de la ejecución de determinaciones administrativas de expulsión de extranjeros del territorio nacional o mediante las que se impone el deber de abandonar el mismo 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 habría de producirle unos perjuicios de difícil reparación, que en parte afectarían a su esfera personal de sus derechos, por lo que en tales casos el perjuicio grave al interés general, que se aprecia cuando no concurren las circunstancias especiales de arraigo, debe ceder ante los perjuicios concretos que la inmediata expulsión producirían al extranjero..." (autos de 6 de Febrero de 1988, 17 de Septiembre de 1992, 28 de Septiembre de 1993, 11 de Julio de 1995 y sentencias de 15 de Enero de 1997, 28 de Septiembre y 25 de Noviembre de 1999 y 23 de febrero de 2000).

En el mismo sentido el T.S. en Sª de 23-3-99 niega que pueda otorgarse la medida cautelar cuando únicamente se alegue "la mera pendencia el recurso contencioso administrativo contra la resolución administrativa por lo que se acuerda la expulsión, demostrativa de que el abandono del territorio nacional pudiera determinar la indefensión del interesado o la dificultad grave o irreparable para hacer efectivo su derecho a la tutela judicial efectiva"

Así, en nuestra Sentencia de 31.07.2007 dictada en Apelación nº 109/2007 , sosteníamos:

"Efectivamente, la Ley Orgánica 4/2000 (modificada por la Ley Orgánica 8/2000), de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, establece en su art. 53 . a) como infracción grave "...Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido o tener caducada más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documentos análogos, cuando fueren exigibles, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentariamente....", estableciendo como sanción el art. 55 de la citada Ley la sanción de multa y el art. 57.1 la expulsión del territorio nacional "...Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c) d) y f) del art. 53 de esta Ley Orgánica , podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo....", los preceptos citados no resultan incompatibles, la ley establece como sanción la multa y, como hacen otras normas del ordenamiento jurídico no sólo tiende a sancionar sino al restablecimiento del ordenamiento jurídico conculcado y, este restablecimiento nos lleva a la expulsión; efectivamente, si la Administración



se limitase a imponer la sanción de multa estaría permitiendo que una persona que no cumple los mínimos requisitos legales permaneciera en España de modo ilegal, la única forma de restablecer la legalidad es acordando la expulsión del territorio nacional y con ello cumplir las previsiones de la Ley, máxime cuando no se ha acreditado el arraigo para permanecer en el territorio nacional tal como lo entiende el Tribunal Supremo (Sala Tercera-Sección Sexta) en su sentencia, entre otras, 14.6.2001 nos dirá sobre el arraigo a los efectos de suspensión cautelar "...El TS confirma el auto que no apreció arraigo alguno de la solicitante que permita acceder a la suspensión que interesa, pues la doctrina relativa a la falta de arraigo de la recurrente está en consonancia con la establecida, entre otras, en las STS de 7 noviembre 1999 , en la que se concibe el arraigo como aquellos intereses familiares, económicos y sociales que, en un caso concreto, pueden justificar la permanencia en España, lo que no acontece en las presentes actuaciones, pues se trata de una ciudadana rumana que entró en España en agosto de 1998, no acreditando medios de vida, soltera y siendo la documentación presentada posterior al inicio del expediente...", incluso en la de 16.1.2001 nos dirá "...Estimación del motivo que conlleva el examen por el TS de la procedencia o no de la suspensión de una orden de expulsión fundada en la estancia ilegal del recurrente en nuestro país y la carencia de medios lícitos de vida. Examen sobre el fondo y confirmación de la no suspensión, al no existir auténticas circunstancias subjetivas de arraigo y vinculación del extranjero en nuestro país no siendo suficiente para ello su integración social con sus costumbres consolidadas, el ofrecimiento de un puesto de trabajo y su regular entrada en España...".

Ninguna de las circunstancias que podrían hacer variar su decisión a esta Sala se dan en el presente caso, se trata de un ciudadano extranjero, sin permiso de trabajo ni residencia que carece de medios de vida sin que a la fecha de inicio del expediente haya intentado regularizarse. En consecuencia, procede desestimar el recurso".

QUINTO.- En el presente caso, no han quedado acreditados suficientemente los motivos que pudieran provocar los perjuicios de imposible o difícil reparación que conllevaría la denegación de la medida cautelar, que tal y como requiere la doctrina consolidada del TS, se refieren a las circunstancias determinantes del arraigo. Pues el apelante se limita simplemente a alegar la doctrina citada, sin acreditar que tenga domicilio en territorio español y cuente con ingresos regulares del trabajo, es decir, no acredita en modo alguno ninguna de las dos circunstancias referidas de modo que pudiera constatarse que efectivamente se le irrogarían los perjuicios aducidos que tan siquiera cita. Por otro lado la ejecutividad de la sanción de expulsión no limita las posibilidades de defensa que asisten al interesado en el proceso judicial: en efecto, los meros inconvenientes de no encontrarse en España no son asimilables a una imposibilidad o extrema dificultad en el ejercicio del derecho de defensa, siendo que el legislador ha previsto la representación y asistencia de Letrado, incluso desde la fase administrativa, que es de oficio cuando el extranjero carece de medios económicos.

Así las cosas y con las perspectivas resultantes de la doctrina recogida en la motivación anterior, resulta manifiestamente carente de fundamento la suspensión interesada del acto impugnado en la vía contenciosa, pues es evidente, en contemplación de las actuaciones obrantes en los autos e incluso de las alegaciones formuladas, que no concurren los requisitos que repetidamente se vienen exigiendo para decretar la suspensión cuestionada, habida cuenta que no existen auténticas circunstancias subjetivas y personales o elementos objetivos, demostrativos del arraigo y vinculación del extranjero en nuestro país, por intereses económicos o familiares, esto es el arraigo que exigimos para decretar la suspensión en supuestos como el presente, el cual 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 como la revelada falta de ingresos y de medios económicos según resulta de los hechos declarados probados en la resolución impugnada que no han sido desvirtuados por la recurrente, por lo que procede desestimar el recurso.

SEXTO.- De conformidad con el art. 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, procede hacer imposición de costas en la presente apelación al haber sido desestimado el recurso a la parte apelante si bien se limita su importe a unos honorarios de 375 euros por el concepto de defensa y 133,75 euros por la representación, salvo que el condenado a su pago sea titular del derecho de asistencia jurídica gratuita, en cuyo caso estará obligado en los términos previstos en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

Vistos los artículos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Desestimar el recurso de Apelación interpuesto por don Aquilino, contra el Auto núm. 80/07, de fecha 24 de mayo de 2007, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de nº 7 de Valencia acordando no haber lugar a la suspensión de la resolución de la Delegación del Gobierno de Valencia de fecha 11 de enero de 2007 por la que se impone la sanción de expulsión del territorio nacional y prohibición de entrada por tres años, confirmándolo en todos sus extremos. Haciendo expresa imposición de las costas causadas en el presente expediente a la parte apelante si bien se limita conformidad con lo expuesto en el fundamento de derecho sexto.

A su tiempo y con certificación literal de la presente, devuélvanse los autos al Juzgado de lo Contencioso Administrativo de procedencia, para el cumplimiento y ejecución de la presente sentencia.

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

PUBLICACION.-

Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente del presente recurso, estando celebrando Audiencia Pública esta Sala, de la que, como Secretaria de la misma, certifico.