



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA
SEVILLA

SENTENCIA

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:
D. EDUARDO HERRERO CASANOVA
D. JOSE SANTOS GOMEZ
D. LUIS G. ARENAS IBÁÑEZ

En la ciudad de Sevilla, a treinta de Septiembre de dos mil diez.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo con sede en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se expresan, ha visto el recurso de apelación número 384/2010 interpuesto por la SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN SEVILLA, representada por el Abogado del Estado, contra el Auto de 19 de Abril de 2010 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número seis de Sevilla dictado en Procedimiento Abreviado num. 14/10, siendo parte D. [REDACTED], representado por la Letrada Sra. Luna Macías.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. DON LUIS ARENAS IBÁÑEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante Auto de 19 de Abril de 2010 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número seis de Sevilla recaído en el proceso indicado se adoptó la medida cautelar solicitada por el recurrente consistente en que se suspendiera la ejecución de la Resolución impugnada por la que se acordaba su expulsión del territorio nacional.

SEGUNDO.- Contra dicho Auto se presentó en tiempo y forma recurso de apelación por el Abogado del Estado, habiendo expuesto las partes sus alegaciones, que quedan unidas.

TERCERO.- No se ha abierto la fase probatoria en esta instancia.

CUARTO.- Señalado día para votación y Fallo, tuvo éste lugar con arreglo a lo que a continuación se expresa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Art. 129 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dispone que los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia, y el Art. 130 de la misma Ley dispone que, previa valoración de las circunstancias 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, y que 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. Así las cosas la pérdida de la finalidad legítima del recurso, con el consiguiente aseguramiento del efectivo cumplimiento de la sentencia que recaiga en el proceso y la evitación de daños y perjuicios de difícil o imposible reparación, se erigen, de acuerdo con dichos preceptos, como criterio para ponderar la procedencia o no de la adopción de la medida instada, y la perturbación grave de los intereses generales o de tercero como criterios de denegación.

SEGUNDO.- A través del Auto apelado se adopta la medida cautelar solicitada consistente en que se suspenda la ejecución de la Resolución de 10 de Noviembre de 2009 de la Subdelegación del Gobierno en Sevilla por la que se acordó la expulsión del recurrente del territorio nacional con prohibición de entrada en España y en los territorios de los demás países en que es de aplicación el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen por un periodo de diez años

Sostiene en síntesis la apelante que el demandante no acredita siquiera indiciariamente su situación de arraigo, constando documentado que está en prisión por la comisión de un delito continuado de amenazas en el ámbito familiar en presencia de menores con la agravante de reincidencia que le impone también el alejamiento, de modo que no consta una indiciaria situación de arraigo familiar suficiente para suspender la orden de expulsión; y que en estas circunstancias de falta de arraigo la adopción de la medida cautelar causaría una grave perturbación a los intereses generales e incluso para terceros, condenando además al recurrente a la indigencia y marginalidad por carecer de medios económicos para hacer frente a sus necesidades y no poder trabajar por no tener permiso de trabajo

Estas alegaciones no desvirtúan sin embargo los razonamientos expuestos por la Magistrada de instancia que, junto a los que seguidamente expresamos, justifican la desestimación del recurso de apelación.

En efecto, es de aplicación la doctrina del Tribunal Supremo en materia de suspensión de ejecutividad de las órdenes de expulsión de extranjeros, según la cuál una suspensión cautelar generalizada de dichas órdenes podría conllevar graves consecuencias para los intereses generales; pero correlativamente también puede sostenerse aquél otro criterio jurisprudencial por el que debe accederse a la medida cautelar en el caso de arraigo familiar o laboral en España del destinatario de la orden de expulsión (Sentencia y Auto de esta Sala de fechas 14-10-2002 y 28-1-2000, respectivamente)

Por tanto, sería el arraigo familiar, económico o laboral del recurrente en España lo que justificaría la suspensión pedida (en el mismo sentido SSTS 4-2-99, 30-6-98, 22-5-98, 13-2-98 o 15-1-1997, entre otras). Más concretamente establece esta última Sentencia que "la jurisprudencia, en diversas resoluciones relativas a los acuerdos de suspensión de la

ejecución de decisiones administrativas de expulsión de extranjeros del territorio nacional, 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 inmediata de la orden de expulsión habría de producirle unos perjuicios de difícil reparación, que en parte afectarían a su esfera personal (AA 6 febrero 1988, 17 septiembre 1992, 28 septiembre 1993 y 11 julio 1995, entre otros)". Y añade "de la expresada doctrina, a "contrario sensu", se infiere que la expulsión, aun cuando vaya acompañada, como prevé la ley, de la orden de no regresar durante un determinado periodo de tiempo, no es por sí determinante, si no se acredita la concurrencia de circunstancias similares a las expresadas, de perjuicios de difícil reparación y, en consecuencia, no puede llevar aparejada por sí misma la suspensión".

Lo cierto es que el recurrente acredita prima facie, a los sólo efectos de esta pieza, su arraigo en España, mediante la aportación de un principio de prueba documental con la demanda a tenor de la cuál el demandante está casado con ciudadana de nacionalidad española (certificado de inscripción del matrimonio); ambos tienen dos hijos menores de edad también de nacionalidad española (certificados de inscripción de nacimiento); y hasta el día 25-5-2009, en que caducó, el recurrente ha sido titular de tarjeta de residencia permanente (tarjeta de residencia en régimen comunitario y propuesta de resolución)

Es verdad que en lo que respecta al vínculo matrimonial a que aludimos debe ser puesta en duda su trascendencia a los efectos de valorarlo como arraigo, pues aunque ciertamente no consta separación o divorcio queda documentado en el Acuerdo de inicio y en la propuesta de resolución del procedimiento de expulsión -aportados por el propio recurrente con su demanda- que el demandante se encuentra cumpliendo condena en el centro penitenciario Sevilla 2 en virtud de Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Málaga que le condenó como autor de un delito continuado de amenazas en el ámbito familiar en presencia de menores concurriendo agravante de incidencia a un año de prisión, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de tres años y costas y prohibición de aproximarse a su cónyuge ~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~, a su domicilio o lugar de trabajo, en una distancia no inferior a 500 metros, así como a comunicarse con ella por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual por tiempo de tres años

Sin embargo esta circunstancia, que afecta a la relación cónyuges y a la efectividad del vínculo matrimonial, no debe hacernos olvidar que el recurrente es también padre de dos hijos menores de edad de nacionalidad española, vinculación familiar de primer grado que se mantiene en nuestro territorio; y a este respecto debe recordarse que la Constitución Española establece como principio rector de la política social el de la protección integral de los hijos (artículo 39.2), que en consecuencia con ello el artículo 11.2 de la Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, dispone que serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos la supremacía del interés del menor y su integración familiar y social, y que estos derechos tienen sus reflejos en concretos preceptos del ordenamiento jurídico (v.g., artículo 110 del Código Civil, que obliga al padre y a la madre, aunque no ostenten la patria potestad, a velar por sus hijos y prestarles alimentos; artículo 143-2º del propio Código, que obliga recíprocamente a los ascendientes y descendientes a darse alimentos; artículo 154, que impone a los padres el deber (y les reconoce el derecho) de velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, etc.).

De lo expuesto se desprende que la salida del recurrente del territorio nacional y la consiguiente prohibición de entrada que lleva aparejada, que no olvidemos alcanza los diez años, suponen para el mismo perjuicios de muy difícil reparación al comportar la

desarticulación o grave afectación de los vínculos familiares de primer grado que mantiene en nuestro territorio al verse separado de sus hijos menores de edad, imposibilitando la eficacia plena de los derechos y deberes que integran las relaciones paterno filiales

TERCERO- Conforme al art. 139.2 de la Ley de la Jurisdicción, procede la imposición de las costas de esta instancia a la parte apelante.

VISTOS los preceptos legales de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado contra el Auto de 19 de Abril de 2010 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número seis de Sevilla, a que se ha hecho referencia, debemos confirmarlo y lo confirmamos. Se imponen las costas de esta instancia a la parte apelante.

Háganse las anotaciones pertinentes y devuélvanse los autos y el expediente administrativo al órgano remitente para su debido cumplimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.