

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NUMERO 9 DE VALENCIA

PIEZA MEDIDA CAUTELAR DIMANANTE DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Actor: A

Letrado/ Procurador: ~~RICARDO VICENTE GRANTERO SANCHEZ~~

Demandado: DELEGACION DE GOBIERNO

Letrado/ Procurador: ABOGADO DEL ESTADO

Sobre: Extranjería

AUTO

ES COPIA

En VALENCIA, a 2 de enero de 2014

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Por la representación de [REDACTED] nacional de Pakistán, se solicitó la adopción de medidas cautelares instando la suspensión de la sanción de expulsión "con mantenimiento al demandante de los derechos de residencia y trabajo dimanantes de la autorización de residencia permanente de la que es titular". La Abogacía del Estado se opone a la suspensión.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El artículo 129.1 de la vigente Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1998 establece con carácter general que: "Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia". Por su parte, el artículo 130.1 de la misma Ley prevé: "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", y añade en el párrafo 2 que "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".

La medida cautelar podrá acordarse, por tanto, únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al Recurso, pudiendo denegarse la medida cautelar cuando de esta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de terceros que el Juez debe ponderar en forma circunstanciada, de la forma que según nuestra jurisprudencia puede resumirse en los siguientes términos:

PAPEL DE OFICIO



ADMINISTRACION DE JUSTICIA



GENERALITAT VALENCIANA



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

1. Necesidad de justificación o prueba, aun incompleta o por indicios, de aquellas circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar. El interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente que daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que sea suficiente una mera invocación genérica.
2. Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto. Las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulte irreparable la duración del proceso. De modo que la adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso. Como señala la STC 148/1993 "el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal" (Cfr. ATS de 20 de mayo de 1993).
3. El *periculum in mora*: el aseguramiento del proceso para la adopción de la medida cautelar, no se agota, en la fórmula clásica de la irreparabilidad del perjuicio, sino que su justificación puede presentarse, con abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta que de modo inmediato puede producirse una situación que haga ineficaz el proceso. Si bien se debe tener en cuenta que la finalidad asegurable a través de las medidas cautelares es la finalidad legítima que se deriva de la pretensión formulada ante los Tribunales.
4. La ponderación de intereses: Intereses generales y de tercero. El criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y ha sido destacado frecuentemente por la jurisprudencia.

La apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*): Dicha doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar. La jurisprudencia hace una aplicación matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta); y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz), pero advirtiendo de que su mera invocación no es admisible para fundar e integrar este elemento.

SEGUNDO.- Los argumentos que se exponen para apoyar su petición, son en síntesis, los siguientes:

– Arraigo en España: está residiendo desde 2005 en el mismo domicilio en Valencia habiendo trabajado de forma regular y cumplido con sus obligaciones fiscales.



GENERALITAT
VALENCIANA



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

- *Fumus boni iuris*: la resolución recurrida se funda en la condena a prisión al recurrente por un periodo de un año, sin tener en cuenta que el actor es titular de una Autorización de Residencia de Larga Duración.

- La no suspensión haría perder la finalidad legítima al recurso.

- Ausencia de perjuicios a los intereses generales por la suspensión de la ejecución.

- Gravedad de los perjuicios para el actor, pues le supondría el abandono forzoso de su proyecto de vida.

- Ausencia de "computabilidad económica" de los perjuicios.

- Desde el pasado 31/10/2013 está casado con una ciudadana española, lo que le hace merecedor de la protección que resulta del art. 2 R.D. 240/2007, como cónyuge de familiar de ciudadana española.

Asimismo se pone de manifiesto en la demanda que el actor va a solicitar por la vía del art. 105.1 Ley 30/92, la revocación de la orden de expulsión dada la condición sobrevenida de familiar de ciudadano de la Unión Europea.

De los antecedentes y "hechos probados" de la resolución impugnada se destacan los elementos siguientes: que le constan varias reseñas con distintas filiaciones; que le constan varias condenas "estando internado en el Centro Penitenciario de Picassent en virtud de la ejecutoria número del Juzgado de lo Penal nº ~~4~~ de Valencia una condena por lesiones a un año de prisión"; se dice en la resolución que ha sido condenado por conducta dolosa a pena "superior a un año". Y al tiempo se funda en el art. 57.2 de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, que prevé "2. Asimismo, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, 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.

Además se dice que habrían quedado extinguidos los permisos de residencia al amparo de lo previsto en el art. 57.4 de la misma L.O.

Pues bien, alega el actor que la interpretación que se desprende de la resolución en torno a la "pena privativa de libertad superior a un año" de referencia es contraria a la doctrina judicial que cita.

Para el análisis de las cuestiones suscitadas, debe tenerse en cuenta lo siguiente:



GENERALITAT
VALENCIANA



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

- Se alega por el recurrente que el mismo era titular de un permiso de residencia permanente aportándose como documento nº 2 la tarjeta correspondiente con vigencia hasta el 21/11/2014. Ha de tenerse en cuenta por ello lo dispuesto en el art. 57. 5 b) lo que no consta que haya sido valorado por la Administración.

El mencionado precepto establece que *“La sanción de expulsión no podrá ser impuesta, salvo que la infracción cometida sea la prevista en el artículo 54, letra a) del apartado 1, o suponga una reincidencia en la comisión, en el término de un año, de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos:... b) Los residentes de larga duración. Antes de adoptar la decisión de la expulsión de un residente de larga duración, deberá tomarse en consideración el tiempo de su residencia en España y los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que va a ser expulsado”*.

- De otro lado, se alega el arraigo aunque en relación con el mismo solo se aporta el certificado de empadronamiento y la relativa a la nueva situación que se deriva de su reciente matrimonio con ciudadana española (documento 4).

Pues bien, los argumentos del recurrente, a la vista de la resolución impugnada y de los documentos que se señalan son suficiente motivación para la medida que se propone, atendida la legislación referida y el juicio *prima facie* que se deriva de la pretensión deducida a la vista de las alegaciones de la parte actora y de la doctrina judicial que se alega y que se indicará.

Por un lado, debe precisarse que las alegaciones en torno al arraigo tienen un soporte relativo teniendo en cuenta la documentación aportada, y ello sin perjuicio de la virtualidad que eventualmente pueda desplegar el reciente matrimonio del Sr. Shakeel.

Pero, por otro lado, y, sobre todo, debe tenerse en cuenta en primer lugar que, que aunque la resolución de expulsión se funda en el art. 57.2 de la Ley de Extranjería, de la propia resolución se deduce que la pena impuesta es inferior a un año: entiende esta juzgadora que la interpretación ha de referirse a la “pena efectivamente impuesta”, no a la “pena legal” (sentencias 19/2012, de 16/01, del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, la n2010/2012 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -sede Sevilla. Y la de 30/03/2007, Sección 2ª del Tribunal Superior de Justicia de Aragón); y en segundo lugar que el recurrente en efecto era titular de un permiso de larga duración con la virtualidad que eventualmente habrá que valorar a propósito de la motivación de la resolución de expulsión, aspecto que es destacado especialmente tanto en la demanda como al fundamentar la petición de suspensión.

A mayor abundamiento cabe citar la doctrina que se desprende del auto de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sección 4ª, cuando dice en sede de tutela cautelar en su fundamento 3º lo siguiente:



GENERALITAT
VALENCIANA



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

“TERCERO .- Sin entrar a examinar si existe o no el arraigo necesario para obtener la suspensión según la reiterada doctrina del TS, ni a analizar ni valorar la prueba de la forma señalada por el juez de instancia, es doctrina reiterada del Tribunal Supremo [Sentencia de 14 de octubre de 2.005 , por todas] que la adopción de una medida cautelar 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 (periculum in mora). Aún 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. 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.

Destaca también el Tribunal Supremo [Sentencia de 10 de noviembre de 2.003] que "la finalidad legítima del recurso es, no sólo, pero sí prioritariamente, la efectividad de la sentencia que finalmente haya de ser dictada en él, de suerte que el instituto de las medidas cautelares tiene su razón de ser, prioritaria, aunque no única, en la necesidad de preservar ese efecto útil de la futura sentencia, ante la posibilidad de que el transcurso del tiempo en que ha de desenvolverse el proceso lo ponga en riesgo, por poder surgir, en ese espacio temporal, situaciones irreversibles o de difícil o costosa reversibilidad. La pérdida de la finalidad legítima del recurso es, así, la causa que legitima la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas, suficientes y no excesivas, para evitarla en el caso en concreto, valorando para ello, de manera circunstanciada, esto es, atendiendo a las circunstancias del caso, todos los intereses en conflicto. De ahí, también, que no quepa entender vedada, en esa valoración y para apreciar si concurre o no aquella causa, la atención, en la medida de lo necesario, al criterio del fumus boni iuris o apariencia de buen derecho, pues los intereses en conflicto no pueden dejar de contemplarse, en un proceso judicial, dentro del marco jurídico por el que se rigen.

La doctrina precedente nos obliga a analizar la existencia del fumus boni iuris esgrimido implícitamente por el actor, manteniendo que en virtud de 57. de la Lo 4/2000, en el caso de autos no cabe imponer sin más razonamientos la expulsión.

Efectivamente, consta en autos que el actor fue condenado y se encuentra cumpliendo la privativa de libertad de 9 años y 12 meses en CP de Castellon por un delito abuso sexual, corrupción de menores y amenazas condicionales y tenía concedida autorización permanente de residencia hasta el 31 de enero de 2.012, sin que conste en el expediente la revocación de tal permiso.

Partiendo de tales hechos y siendo la causa de expulsión la infracción del art 57.2 de la ley citada, es evidente que el art 57.5 de la misma al señalar "5. La sanción de expulsión no podrá ser impuesta, salvo que la infracción cometida sea la prevista en el art. 54, letra a) del apartado 1, o suponga una reincidencia en la comisión, en el término de un año, de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos:

b) Los residentes de larga duración. Antes de adoptar la decisión de la expulsión de un residente de larga duración, deberá tomarse en consideración el tiempo de su residencia en España y los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los



GENERALITAT
VALENCIANA



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

vinculos con el país al que va a ser expulsado", impide aplicar de plano tal sanción, como hace la resolución sancionadora sin ponderar las circunstancias que señala dicho precepto.

Con lo argumentado es evidente que el recurso debe ser estimado sin analizar el resto de los motivos de apelación planteados

En consecuencia, se considera que partiendo de la naturaleza del acto impugnado, y el juicio jurídico *prima facie* sobre la razonabilidad jurídica del recurso, dados los intereses en conflicto, ha lugar a adoptar la medida cautelar interesada de suspensión del acto administrativo impugnado con el contenido solicitado por la parte actora.

Vistos los preceptos citados y demás de aplicación.

ES COPIA

PARTE DISPOSITIVA

HA LUGAR A ADOPTAR la medida cautelar de suspensión interesada por la parte actora D. ~~XXXXXXXXXXXX~~.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de apelación en un solo efecto de conformidad con lo establecido en el art. 80 LJCA debiendo constituirse, en su caso, el depósito de 50 € en la cuenta de depósitos de este Juzgado, no admitiéndose sin el mismo, todo ello conforme a lo establecido en Ley Orgánica 1/09, de 3 de noviembre.

Así lo acuerda, manda y firma, Ana Pérez Tórtola, Magistrada del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 9 de Valencia.



GENERALITAT
VALNCIANA



ES COPIA

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO
DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL
ESTADO

ABOGACIA DEL ESTADO EN VALENCIA

**AL JUGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
NÚMERO NUEVE DE VALENCIA**

La Letrada habilitada sustituta del Abogado del Estado, en la representación que ostenta por ministerio de la Ley, en el procedimiento abreviado número ~~40443~~, interpuesto por D. ~~FRANCO GILHUELA~~, **en pieza separada de suspensión**, contra resolución de la Delegación de Gobierno en la Comunidad Valenciana, ante el Juzgado comparece y como mejor proceda en Derecho, **DICE**:

Que se ha recibido Diligencia de Ordenación notificada el 28 de noviembre por la que se nos da traslado para presentar alegaciones sobre la suspensión de ejecución de la resolución administrativa de expulsión del territorio nacional instada de contrario, viniendo a realizar las siguientes:

ALEGACIONES

PRIMERA. El acto recurrido en el presente caso es el decreto de expulsión de 1 de agosto de 2013 impuesto al amparo del art. 57.2 de la LO 4/00.

Como punto de partida para analizar la suspensión instada de contrario debemos señalar que el principio general es la plena ejecutividad de los actos administrativos desde que los mismos se perfeccionan. De este modo y siendo este el principio general, a continuación el legislador tanto desde la Ley 30/90 como desde la Ley de la Jurisdicción reconoce la posibilidad de solicitar la suspensión de la ejecución del acto y acordarse por parte del Juzgado cuando, tal y como establece el artículo 130.1, su ejecución pueda hacer perder su legítima finalidad al recurso, reconociendo así mismo en su apartado segundo que podrá denegarse si pudiera causar perjuicio al interés general.

Entendemos que los elementos negativos quedan sobradamente reconocibles puesto que estamos ante un supuesto que contempla la expulsión como consecuencia de haber sido condenado el extranjero por una conducta dolosa que esté sancionada en nuestro país con pena de prisión de más de un año constando acreditado en este senti-



do que el mismo se encuentra ingresado en prisión cumpliendo la pena impuesta de un año por un delito de lesiones. Además desde esa misma vertiente negativa que entendemos además incide en la conducta antisocial del recurrente debemos señalar que le constan otras condenas

Debemos señalar que la redacción del art. 57.2 liga la conducta descrita con la expulsión como única medida a imponer de modo que en el presente caso no existe alternativa alguna.

Sobre la situación del recurrente vemos que el mismo tenía un permiso de residencia permanente que queda extinguido en la propia resolución al dictado del apartado cuatro del citado art. 57.

Y entrando a valorar los intereses presentes en juego vemos que por un lado está el interés general que defiende esta parte y que se concreta en el marco de la política de la política de extranjería, de modo que daña al interés público perseguido admitir la suspensión de la expulsión.

Y por otro lado tenemos el interés personal del extranjero que concreta en el hecho de haber contraído matrimonio con una ciudadana española el 31 de octubre de 2013, fecha por tanto posterior a la resolución aquí combatida de modo que entendemos que estos hechos posteriores no pueden tener ninguna relevancia en el presente caso dado el carácter revisor de la presente vía pero es que más allá del hecho de aportar documentación que advere la existencia del vínculo no concurre la existencia de una verdadera convivencia pues se aporta en este sentido certificado de empadronamiento que es una presunción de domicilio que en el caso queda destruida al encontrarse el extranjero en prisión cumpliendo la pena impuesta por el delito de lesiones de forma que se quiebran los presupuestos exigidos por la doctrina de la Sala para entender acreditado el arraigo por circunstancias familiares.

Así mismo nos oponemos al entender que el *fomus bonis iuris* asiste a esta parte pues según la doctrina del Tribunal Supremo recogida en el Auto de 16 de Abril del 2009 (110/2009) "A estos efectos no está de más añadir que aunque la introducción jurisprudencial



dencial de la doctrina del "fumus bonis iuris" desbordando el marco que fijaba la LJCA de 1956 supuso un gran avance en la materia cautelar, sin embargo la jurisprudencia más reciente, tras la entrada en vigor de la LJCA de 1998 " hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta ATS 14 de abril de 1997 ; de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz), pero advirtiendo, al mismo tiempo, de los riesgos de la doctrina" (ATS 15 de marzo de 2004 , entre otros)."

Para finalizar y en apoyo de nuestras pretensiones citar las sentencias del **TSJ C. Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), sentencia núm. 909/2010 de 7 julio. la núm. 259/2010 de 15 marzo, la 316/11 de 15 de abril y las número 723/11 de 4 y 728/11 de 10 de mayo.**

Por todo lo expuesto,

AL JUZGADO SOLICITA que tenga por formulada oposición a la adopción de las medidas cautelares instadas y acuerde **DESESTIMAR** la solicitud instada por la parte recurrente.

Es justicia que pido en Valencia, a 13 de diciembre de 2013,