



Roj: **STSJ CV 1571/2019 - ECLI:ES:Tsjcv:2019:1571**

Id Cendoj: **46250330052019100157**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Valencia**

Sección: **5**

Fecha: **06/02/2019**

Nº de Recurso: **1226/2018**

Nº de Resolución: **106/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Contencioso**

Ponente: **FERNANDO NIETO MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA  
COMUNITAT VALENCIANA  
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN QUINTA**

En la ciudad de Valencia, a seis de febrero de 2019.

La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana, compuesta por los Ilmos. Sres. D. FERNANDO NIETO MARTÍN, presidente, D. JOSÉ BELLMONT MORA, D. MIGUEL ÁNGEL NARVÁEZ BERMEJO y D. ANTONIO LÓPEZ TOMÁS, magistrados, ha pronunciado la siguiente:

**S E N T E N C I A NÚMERO 106/2019**

En el recurso de apelación número 1226/2018.

Es parte apelante DON Celso , representado por la procuradora D<sup>a</sup> María del Carmen Martínez Navas y defendido por la letrada D<sup>a</sup> Mariana Ivanov Yordanova.

Es parte apelada la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por la Sra. abogada del Estado.

Constituye el objeto del recurso el auto 204/2018, de 27 de septiembre, que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Alicante ha dictado en la pieza separada de medidas cautelares del proceso 532/2018.

El Juzgado no accede a suspender un acuerdo de 15 marzo 2018 de la Subdelegación del Gobierno - confirmado, en reposición, el 20 de abril de ese año -, que expulsa al Sr. Celso de España, con una subsiguiente prohibición de entrada.

Ha sido magistrado ponente el Sr. D. FERNANDO NIETO MARTÍN.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- El auto 204/2018, de 27 de septiembre, dictado por el Ilmo Sr. magistrado-juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 3 de Alicante , en los autos seguidos por los trámites del procedimiento abreviado y de los que trae causa el presente rollo de apelación, decía literalmente en su parte dispositiva:

"1º) Denegar la medida cautelar de suspensión instada por la parte actora (...) 2º) Mantener (...) la plena ejecutividad y ejecutoriedad de la resolución administrativa impugnada en esta pieza separada de medidas cautelares".

**SEGUNDO** .-Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación en plazo y forma por la parte demandante y, admitido en ambos efectos, sin que ninguna de las partes propusiese la práctica de prueba, siendo seguido el recurso con arreglo a los trámites de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, quedando los autos conclusos para dictar sentencia.

Se ha señalado para la votación y fallo del recurso el día veintinueve de enero de 2019.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** D. Celso cuestiona, en la segunda instancia, la adecuación a derecho del auto 204/2018, de 27 de septiembre, que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Alicante ha dictado en la pieza separada de medidas cautelares del proceso 532/2018.

El Juzgado no accede a suspender un acuerdo de 15 marzo 2018 de la Subdelegación del Gobierno - confirmado, en reposición, el 20 de abril de ese año -, que expulsa al Sr. Celso de España, con una subsiguiente prohibición de entrada.

Este resultado parte de los siguientes hechos y fundamentos jurídicos:

"... relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (...) se han valorado las circunstancias de carácter personal, familiar y social del expedientado".

"... resulta que a las condenas en virtud de ejecutoria 58/17 de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 2ª, de 3 años y 5 meses de prisión por un delito de tráfico de drogas grave daño a la salud ( art. 368 C.P .) y en virtud de ejecutoria 43/17 de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 2ª, de 2 años de prisión por un delito de tráfico de drogas grave daño a la salud".

"... No acredita arraigo laboral desde 2002. Solo ha estado de alta en el Sistema de la Seguridad Social 7 años y 4 meses, no habiendo realizado actividad laboral desde el año 2013" (resolución de 20 abril 2018).

**SEGUNDO.-** La decisión judicial *a quo* no despliega actividad alguna tendente al examen de los hechos determinantes que aparecen en el proceso 532/2018, pieza separada de medidas cautelares, desde estas perspectivas: - perfiles que presenta, en concreto, el incumplimiento legal que dio lugar a la medida de expulsión; - caracteres que ofrece, en su caso, el arraigo familiar, social y/o laboral del solicitante de la tutela cautelar con el territorio español.

La conclusión se sustenta en que:

"... estamos (...) ante un supuesto de expulsión automática "ex lege" (art. 57.2 LOEX) como consecuencia de la comisión de un delito"

"... sino ante la comisión de un delito de tráfico de drogas con grave daño a la salud declarado por una sentencia firme del orden penal, explicitada en el acto administrativo impugnado. Por ello, las argumentaciones de la parte actora no pueden condicionar ni ser tenidas en cuenta para resolver esta pieza de medida cautelares" ( auto de 27/09/2018 ).

**TERCERO.-** El escrito de apelación se atiene, en primer término ( **a** ), a la existencia de un muy relevante arraigo familiar con el territorio español, al:

"... aportar (se aportaron) los certificados de matrimonio y convivencia de D. Celso y su esposa (...) tiene dos hijos menores de nacionalidad española con los que convive y que dependen totalmente de él aportando las certificaciones de nacimientos de ambos menores así como sus certificados escolares" (página 5ª).

Además, la Sala habría de visualizar otros hechos que exhiben el importe arraigo social y laboral del apelante con el territorio español (b):

- lleva residiendo en España, de forma legal, desde hace muchos años;
- ha sido titular, por ello, de varios permisos de residencia y trabajo en España, contando en el momento de decretarse la expulsión de uno de larga duración;

Los perjuicios que ( **c** ) la puesta en práctica de la medida de expulsión van a ocasionar a los intereses legítimos de D. Celso cuentan con más peso intrínseco que aquellos que produce la suspensión a los intereses que representa y defiende la Administración del Estado.

**CUARTO.-** Accedemos a la revocación del auto de 27/09/2018 .

La decisión del tribunal tiene en cuenta que:

**1.- "...3 años y 5 meses de prisión por un delito de tráfico de drogas (...) y en virtud de ejecutoria 43/17 (...) de 2 años de prisión por un delito de tráfico de drogas"** (resolución de 20 abril 2018).

Es importante, desde luego, cuál haya sido la razón determinante de la salida obligatoria del territorio español de la persona que solicita una medida de índole preventiva.

En el caso de que ese motivo tenga que ver con su *estancia ilegal* en España, el abanico de posibilidades que se abren en este ámbito (medida cautelar) es más amplio que en el caso de que comisión de un ilícito penal.

Los intereses públicos dañados por la suspensión de la medida de expulsión cuentan con un *relieve inferior* en el caso de que la salida obligatoria se adscriba a la falta de tenencia de un título para la residencia legal en el país.

Esta constatación es esencial, por cuanto que como anota el artículo 130.2 de la Ley Jurisdiccional :

"2. 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".

**b.-** El otro polo viene constituido por los perjuicios que la ejecutividad del acto administrativo genera al demandante.

Aquí lo básico es visualizar, *in situ* con el mayor detalle posible , cuáles son los rasgos que presenta el arraigo del solicitante de la tutela cautelar.

Como es muy conocido, ese arraigo tiene diversas vertientes: *familiar; social; laboral*.

En el supuesto sobre el que incide el recurso de apelación 1226/2018, la decisión judicial *a quo* no analizó siquiera los caracteres que ofrece el arraigo familiar, social y laboral alegado por el Sr. Celso .

**2.- "... residente de larga duración (...) tiene dos hijos menores de nacionalidad española con los que convive"** (página 5ª, escrito de apelación).

**a.-** Éste fue el sustrato justificativo básico de la solicitud cautelar presentada en el marco del proceso 532/2018, del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo nº 3 de Alicante.

A la vista de la documentación acompañada a esa solicitud, consta la veracidad de tales afirmaciones. Así:

- se acompañó junto al escrito de demanda, como documento nº 3, el *permiso de residencia de larga duración* de D. Celso . Por lo demás, los propios actos administrativos que resuelven su salida obligatoria de España así lo reconocen:

"... De conformidad con las exigencias jurisprudenciales y los artículos (...) relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración" (fundamento de derecho segundo, acuerdo de 20 abril 2018).

- y, como documentos números 4 y 6:

- certificaciones de nacimiento de sus *hijos* Fidela ( NUM001 /2001) y Leovigildo ( NUM000 /2011), que cuentan con la *nacionalidad española* ;

- *certificado de convivencia* expedido por el Ayuntamiento de DIRECCION000 . En éste aparece la madre de los niños y esposa del solicitante de la tutela judicial: Dª Marina .

También se aportaron certificados de la escolarización de los menores (documento 5, demanda).

Éste es un arraigo de la máxima importancia. Frente a él solo puede prevalecer el interés público de poner en práctica la medida de expulsión cuando sea muy grande la necesidad de lograr la expulsión vigente la controversia judicial.

En el supuesto sobre el que incide el recurso de apelación 1226/2018, ese interés es, desde luego, de gran relevancia visto que existen aquí dos condenas por un delito grave: el tráfico de drogas. A ello ha de adionarse la proximidad temporal existente entre las decisiones judiciales y la emisión del acuerdo de expulsión de España del padre de Leovigildo y Fidela .

Pero, y a la hora de *comparar* los intereses en juego, la Sala estima que ha de dar prevalencia a aquél que afecta a los intereses de menores de edad de nacionalidad española. Y ello incluso aunque, como se verá en el punto b), el Sr. Celso no cumpla una de las exigencias que la Sala (Sección 5ª) pide para la concesión de medidas cautelares, de orden positivo, en el seno de la extranjería cuando el litigio guarda vinculación con solicitudes de residencia y trabajo.

El supuesto sobre el que incide la apelación 1226/2018 es, en cambio, la de expulsión.

**b.-** La Sala estima suficiente los rasgos de arraigo con los que cuenta D. Celso , considerando - en función de su presencia - que cabe acceder a la medida cautelar de suspensión de las resoluciones de 15 marzo y 20 abril 2018 por más que esta parte procesal no haya acreditado una de las afirmaciones que incluye en su escrito de apelación frente al auto de 27 septiembre 2018 :



"... produciría graves perjuicios en la familia de mi mandante, ya que la estabilidad económica de la misma depende en exclusiva del sueldo de mi cliente" (página 3ª, escrito de apelación).

Al encontrarnos aquí ante una medida de expulsión, estimamos suficiente:

- la convivencia con los menores de edad de nacionalidad española;
- disponer de un título de residencia de larga duración,

aunque falte la garantía de que el peticionario de la suspensión es quien en medida amplia/mayoritaria satisface las necesidades de alimentación y mantenimiento de Fidela y Leovigildo .

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 Ley Jurisdiccional , no procede efectuar imposición de las costas procesales causadas en el rollo 1226/2018 a ninguno de los litigantes.

## FALLAMOS

**1.- ESTIMAR** el recurso de apelación interpuesto por D. Celso frente al auto 204/2018, de 27 de septiembre, que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Alicante ha dictado en la pieza separada de medidas cautelares del proceso 532/2018.

El Juzgado no accede a suspender un acuerdo de 15 marzo 2018 de la Subdelegación del Gobierno - confirmado, en reposición, el 20 de abril de ese año -, que expulsa al Sr. Celso de España, con una subsiguiente prohibición de entrada.

**2.- REVOCAR** esta resolución judicial.

**3.- ACCEDER A LA MEDIDA CAUTELAR** que el Sr. Celso pidió en el recurso 532/2018.

En consecuencia, suspender la puesta en práctica de las resoluciones de 15/03 y 20/04/2018 mientras se encuentre vigente la controversia judicial.

**4.- NO EFECTUAR** imposición de costas procesales.

Esta sentencia no es firme y contra ella cabe, conforme a lo establecido en los artículos 86 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa , recurso de casación ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo o, en su caso, ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

Dicho recurso deberá prepararse ante esta Sección en el plazo de treinta días a contar desde el siguiente al de su notificación, debiendo tenerse en cuenta respecto del escrito de preparación de los que se planteen ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo los criterios orientadores previstos en el Apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE número 162 de 6 de julio de 2016).

Así por esta nuestra sentencia de la que quedará testimonio en autos para su notificación, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por el magistrado de esta Sala Sr. D. FERNANDO NIETO MARTÍN que ha sido ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. La Sra. letrada de la Administración de Justicia, rubricado.