ADMINISTRACION DE JUSTICIA

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NÚMERO OCHO DE VALENCIA

icaV Ilustre Colegio de Abogados de Valencia Francisco Bernal Pascual Abogado Colegiado n.º 7576

PROCEDIMIENTO ABREVIADO n.º 152/2016
PIEZA SEPARADA MEDIDA CAUTELAR ART. 135 LJCA

AUTO

En VALENCIA, a QUINCE DE ABRIL de DOS MIL DIECISÉIS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Por elletrado de [redacted] se interpuso en fecha 15/04/2016 recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Oficina de Extranjeros de la Delegación del Gobierno en la Comunidad Valenciana de fecha 22/03/2016por la que acuerda la expulsión del territorio nacional del mismo y prohibición de entrada por un periodo de cinco años. Dando lugar al Procedimiento Abreviado n.º 152/2016

SEGUNDO.- En fecha de hoy 15/04/2016, se presenta escrito por el letrado de [redacted], solicitando la adopción de medida cautelarísima de suspensión de la resolución de expulsión recurrida, conforme al artículo 135 LJCA.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Dispone el artículo 135 de la LJCA

1. Cuando los interesados alegaran la concurrencia de circunstancias de especial urgencia en el caso, el juez o tribunal sin oír a la parte contraria, en el plazo de dos días podrá mediante auto:

a) Apreciar las circunstancias de especial urgencia y adoptar o denegar la medida, conforme al artículo 130. Contra este auto no se dará recurso alguno. En la misma resolución el órgano judicial dará audiencia a la parte contraria para que en el plazo de tres días alegue lo que estime procedente o bien convocará a las partes a una comparecencia que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes a la adopción de la medida. Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo en su caso o bien celebrada la comparecencia, el juez o tribunal dictará auto sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada, el cual será recurrible conforme a las reglas generales.

En cuanto se refiere a la grabación de la comparecencia y a su documentación, serán aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 63.

b) No apreciar las circunstancias de especial urgencia y ordenar la tramitación del incidente cautelar conforme al artículo 131, durante la cual los interesados no podrán solicitar nuevamente medida alguna al amparo del presente artículo.

2. En los supuestos que tengan relación con actuaciones de la Administración en materia de extranjería, asilo político y condición de refugiado que impliquen retorno y el afectado sea un menor de edad, el órgano jurisdiccional oirá al Ministerio Fiscal con carácter previo a dictar el auto al que hace referencia el apartado primero de este artículo.»

SEGUNDO.- En el supuesto enjuiciado, procede adoptar la medida cautelar interesada al concurrir los presupuestos exigidos en el artículo 135 de la LJCA para su adopción sin oír a la parte contraria.

En efecto, adquiere relevancia esencial en el presente caso la circunstancia, acreditada en las actuaciones, de que en efecto la ejecución de la orden de expulsión dictada en fecha 22/04/2016, resoluciónque constituyen objeto del presente Procedimiento Abreviado 152/2016, está prevista para el próximo día 19 de abrilde 2016, tal como se expone en la comunicación remitida al Juzgado por la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras en el día de hoy.

GENERALITAT VALENCIANA

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Consecuentemente, habida cuenta la fecha prevista para la ejecución de la orden de expulsión (01/03/2016), por la parte actora interesó la adopción de medida cautelar de suspensión, al concurrir el requisito de la especial urgencia requerido por el artículo 129 LJCA.

Consta en las actuaciones que el recurrente se encuentra en situación de prisión provisional preventiva acordada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de Valencia, no habiéndose por tanto celebrado juicio todavía, si bien lo cierto es que con la documental que consta aportada con el presente recurso se acredita que [redacted], gozade arraigo en territorio español, por cuanto tiene tres hijas menores de edad, MªBelen , Génesis [redacted] y Aitana Victoria [redacted] nacidas en España, teniendo las dos primeras la nacionalidad española, así como también se halla en territorio español, la madre del mismo Ana María Salazar Rodas, quien también posee la nacionalidad española, hallándoseel mismo empadronado en la ciudad de Valencia.

Por todo lo expuesto se estima que, partiendo como premisa de la concurrencia en el presente caso de la especial urgencia requerida por el artículo 135 LJCA (pues la ejecución de la orden de expulsión está prevista para el próximo día 19/04/2016), y en aplicación de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que señala que en orden a las peticiones de suspensión de la ejecución de decisiones administrativas de expulsión de extranjeros del territorio nacional, dicha suspensión resulta procedente, entre otras circunstancias, cuando la expulsión puede comportar la imposibilidad o extrema dificultad para ejercitar el derecho de defensa encaminado a hacer valer el derecho del interesado a residir en España con plena efectividad, resulta que en el supuesto enjuiciado (y siempre partiendo como premisa de la existencia de la especial urgencia requerida por el artículo 135 LJCA) procede la adopción de lo solicitado, más aun tomando en consideración el criterio seguido actualmente por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en materia de medidas cautelares de órdenes de expulsión.

Todo ello, en aplicación de la precitada doctrina jurisprudencial, y desde la óptica de la tutela cautelar, supone motivación suficiente para la adopción de la medida solicitada, sin perjuicio de lo que resulte de la cumplimentación del resto de trámites previstos en el citado artículo 135 LJCA.

Vistos los preceptos citados y demás de aplicación

PARTE DISPOSITIVA

SE ACUERDA LA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN de la ejecutividad de la resolución de Expulsión del territorio nacional del ciudadano de Bolivia [redacted].

DÉSE AUDIENCIA A LA ADMINISTRACIÓN DEMANDADA para que en el plazo de TRES DÍAS alegue cuanto a su derecho convenga conforme al artículo 135.1.a) LJCA, y verificado dicho trámite se dictará Auto sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada.

Comuníquese a la BRIGADA PROVINCIAL DE EXTRANJERIA Y FRONTERAS y a la DELEGACION DE GOBIERNO DE VALENCIA..

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerda, manda y firma, MªBegoña Ortiz Navarro, Juez Sustituta del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 8 de Valencia.

GENERALITAT VALENCIANA

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NÚMERO OCHO DE VALENCIA

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

PROCEDIMIENTO ABREVIADO 152/2016
PIEZA SEPARADA MEDIDA CAUTELAR A. 135

AUTO Nº 105/16

En VALENCIA, a veinte de abril de dos mil dieciséis.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Por Auto de fecha 15/02/2016 se acordó en los términos del artículo 135.1.a) de la LJCA la suspensión de la ejecutividad de la resolución de expulsión del territorio nacional del ciudadano de Bolivia [redacted] dandoaudiencia a la administración demandada por plazo de 3 días conforme a dicho precepto.

SEGUNDO.- Por la ABOGACÍA DEL ESTADO se presenta escrito dentro de plazo con el contenido que consta en las actuaciones.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Dispone el artículo 135 de la LJCA:

1. Cuando los interesados alegaran la concurrencia de circunstancias de especial urgencia en el caso, el juez o tribunal sin oír a la parte contraria, en el plazo de dos días podrá mediante auto:

a) Apreciar las circunstancias de especial urgencia y adoptar o denegar la medida, conforme al artículo 130. Contra este auto no se dará recurso alguno. En la misma resolución el órgano judicial dará audiencia a la parte contraria para que en el plazo de tres días alegue lo que estime procedente o bien convocará a las partes a una comparecencia que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes a la adopción de la medida. Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo en su caso o bien celebrada la comparecencia, el juez o tribunal dictará auto sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada, el cual será recurrible conforme a las reglas generales.

En cuanto se refiere a la grabación de la comparecencia y a su documentación, serán aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 63.

b) No apreciar las circunstancias de especial urgencia y ordenar la tramitación del incidente cautelar conforme al artículo 131, durante la cual los interesados no podrán solicitar nuevamente medida alguna al amparo del presente artículo.

2. En los supuestos que tengan relación con actuaciones de la Administración en materia de extranjería, asilo político y condición de refugiado que impliquen retorno y el afectado sea un menor de edad, el órgano jurisdiccional oirá al Ministerio Fiscal con carácter previo a dictar el auto al que hace referencia el apartado primero de este artículo.»

Correlativamente, el artículo 129.1 de la LJCA 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 señala que: "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".

Ilustre Colegio de Abogados de Valencia
Francisco Bernal Pascual
Abogado Colegiado nº 7579

GENERALITAT VALENCIANA

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

SEGUNDO.-En el presente caso, ala vista de los antecedentes que quedaron expuestos en el Auto dictado en fecha 15/04/2016 (en especial, la circunstancia de que el fundamento de la expulsión radica exclusivamente en la situación irregular del extranjero -art. 53.a LO 4/2000-, así como que el mismo alega y acredita indiciariamente que goza de arraigo en territorio español, por cuanto tiene tres hijas menores de edad nacidas en España, hallándose también en territorio español la madre del mismo, que tiene la nacionalidad española, procede mantener la medida cautelar pretendida por el recurrente.

Mas aun tomando en consideración el actual criterio mantenido en esta materia por la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJCV. En efecto, cabe citar la Sentencia nº 70/2014, de 20 de febrero, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Recurso de Apelación nº 198/2013), que, en sus Fundamentos de Derecho Tercero a Quinto, señala:

TERCERO.- 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.

CUARTO.- En el caso de este recurso, la parte apelante invoca como motivo fundamental de su impugnación la existencia de buen derecho en su pretensión o fumus boni iuris, en cuanto existe abundante doctrina jurisprudencial que sienta la nulidad de las órdenes de expulsión por falta de proporcionalidad. Efectivamente, no puede desconocerse en cuanto abordamos la cuestión relativa a la existencia o no de "fumus" y pérdida de la finalidad del recurso, que la orden de expulsión precisa de una motivación específica, de donde resulte que se han valorado otras circunstancias de mayor entidad que la simple estancia irregular.

El Tribunal Supremo [Sentencias de 18 y 25 de enero, 9 y 28 de febrero y 29 de marzo de 2.007], ha declarado que parece obligado recordar que, como ya se ha señalado en recientes

Ilustre Colegio de Abogados de Valencia
Francisco Bernal Pascual
Abogado Colegiado n.º 7579
ICAV

GENERALITAT VALENCIANA

PAPEL DE OFICIO

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

sentencias de esta Sala, en la Ley Orgánica 7/85, la expulsión del territorio nacional no era considerada una sanción, y así se deduce de una interpretación conjunta de sus arts. 26 y 27, al establecerse como sanción para las infracciones de lo dispuesto en la Ley la de multa y prescribirse que las infracciones que den lugar a la expulsión no podrían ser objeto de sanciones pecuniarias. Quedaba, pues, claro en aquella normativa que los supuestos en que se aplicaba la multa no podían ser castigados con expulsión. La L.O. 4/2000 [arts. 49 a), 51.1 b) y 53-1], en regulación mantenida por la reforma operada por la L.O. 8/2000 [arts. 53 a), 55-1 b) y 57-1], cambia esa concepción de la expulsión, y prescribe que en el caso de infracciones muy graves y graves de las letras a), b), c), d) y f) del art. 53 "podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español", e introduce unas previsiones a cuyo tenor "para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerlas (sic) se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su transcendencia".

De esta regulación se deduce: 1º.- Que el encontrarse ilegalmente en España (una vez transcurridos los noventa días previstos en el art. 30-1 y 2 de la L.O. 4/2000, reformada por la L.O. 8/2000, ya que durante los primeros noventa días no procede la expulsión sino la devolución), repetimos, ese encontrarse ilegalmente en España, según el art. 53 a), puede ser sancionado o con multa o con expulsión. No sólo se deduce esto del art. 53 a) sino también del art. 63-2 y 3, que expresamente admite que la expulsión puede no ser oportuna (art. 63-2) o puede no proceder (art. 63-3), y ello tratándose, como se trata, del caso del art. 53 a), es decir, de la permanencia ilegal.

Por su parte, el Reglamento 864/2001, expresamente habla de la elección entre multa o expulsión, pues prescribe en su art. 115 que "podrá acordarse la expulsión del territorio nacional, salvo que el órgano competente para resolver determine la procedencia de la sanción de multa", (Dejemos de lado ahora el posible exceso del Reglamento, que, en este precepto y en contra de lo dispuesto en la Ley, parece imponer como regla general la expulsión y como excepción la multa). Lo que importa ahora es retener que en los casos de permanencia ilegal, la Administración, según los casos, puede imponer o bien la sanción de multa o bien la sanción de expulsión.

2º.- En el sistema de la Ley, la sanción principal es la de multa, pues así se deduce de su art. 55-1 y de la propia literalidad de su art. 57-1, a cuyo tenor, y en los casos, (entre otros) de permanencia ilegal, "podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio nacional".

3º.- En cuanto sanción más grave y secundaria, la expulsión requiere una motivación especifica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal, ya que ésta es castigada simplemente, como hemos visto, con multa. Según lo que dispone el art. 55-3 (que alude a la graduación de las sanciones, pero que ha de entenderse que resulta aplicable también para elegir entre multa y expulsión), la Administración ha de especificar, si impone la expulsión, cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y, en general, añadimos nosotros, cuáles son las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la expulsión y prohibición de entrada, que es una sanción más grave que la de multa.

4º.- Sin embargo, resultaría en exceso formalista despreciar esa motivación por el hecho de que no conste en la resolución misma, siempre que conste en el expediente administrativo.

En efecto: a) Tratándose de supuestos en que la causa de expulsión es, pura y simplemente, la permanencia ilegal, sin otros hechos negativos, es claro que la Administración habrá de motivar de forma expresa por qué acude a la sanción de expulsión, ya que la permanencia ilegal, en principio, como veíamos, se sanciona con multa. b) Pero en los supuestos en que en el expediente administrativo consten, además de la permanencia ilegal, otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, y esos datos sean de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justifiquen la expulsión, no dejará ésta de estar motivada

Ilustre Colegio de Abogados de Valencia
Francisco Bernal Pascual
Abogado Colegiado nº 75...

GENERALITAT VALENCIANA

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

porque no se haga mención de ellos en la propia resolución sancionadora".

En el caso de este recurso no existe constancia de la concurrencia de dato alguno negativo en la conducta del apelante que sirva para sustentar la existencia de un "plus" sobre la mera estancia irregular del súbdito extranjero, que justificara la imposición de la sanción de expulsión adoptada y no la simple multa.

QUINTO.- Por lo expuesto procede estimar el recurso de apelación y revocar el Auto recurrido por no ser conforme a derecho al declarar no haber lugar a la medida cautelar solicitada, la cual procede.

Haciendo aplicación del criterio mantenido de forma constante y reiterada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, procede acordar la medida cautelar solicitada por la parte recurrente.

Vistos los preceptos citados y demás de aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

SE ACUERDA EL MANTENIMIENTO DE LA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN de la ejecutividad de la resolución de Expulsión del territorio nacional del ciudadano de Bolivia[redacted], acordada en Auto de este Juzgado de fecha 15 de abril de 2016, hasta tanto recaiga resolución definitiva en este procedimiento. Lo que se participará a la OFICINA DE EXTRANJEROS DE LA DELEGACION DEL GOBIERNO EN LA COMUNIDAD VALENCIANA para su efectividad

Comuníquese a la BRIGADA PROVINCIAL DE EXTRANJERIA Y FRONTERAS y a la DELEGACIÓN DE GOBIERNO.

Contra el presente auto cabe interponer recurso de apelación ante este Juzgado en el plazo de 15 días hábiles siguientes a su notificación, a tenor de lo dispuesto en los artículos 80 en relación con el 81.1 y 85 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y de conformidad con la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J., previo depósito en la Cuenta de Consignaciones de este Juzgado abierta en la entidad BANCO DE SANTANDER con nº 4578-0000-85-0152-16 de la cantidad de 50 Euros, bajo el apercibimiento de que si no se verifica dicho depósito se tendrá por no interpuesto el recurso de apelación, continuando el transcurso del plazo para interponerlo.

Así lo acuerda, manda y firma, Mª BEGOÑA ORTIZ NAVARRO, Magistrada del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 8 de Valencia.

Ilustre Colegio de Abogados de Valencia
Francisco Bernal Pascual
Abogado Colegiado n.º 7579

GENERALITAT VALENCIANA

961929371 ES COPIA

ABOGACÍA DEL ESTADO EN VALENCIA

En el Juzgado:
Procedimiento Abreviado 152/2016 – Pieza Separada Medida Cautelar art. 135 LJCA

En la Abogacía del Estado:
CA 1545/16

AL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 8 DE VALENCIA

EL ABOGADO DEL ESTADO, en la representación y defensa que legalmente ostenta, ante el Juzgado comparece en los autos al margen referenciados y, como mejor proceda en Derecho, **DICE:**

Que se ha notificado a esta representación el auto de 15 de abril pasado por el que estima la solicitud de medida cautelar previa de suspensión formulada por la parte actora.

Que, en el mismo auto, se daba traslado para que alegase lo que estime procedente sobre el mantenimiento o levantamiento de la medida cautelar previa y que, evacuando el traslado conferido, vengo por medio del presente escrito a formular **oposición a la medida cautelar previa de suspensión** en virtud de las siguientes

ALEGACIONES

PRIMERA.- El artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (la **"LJCA"**) señala los requisitos para la adopción de una medida cautelar, requisitos que por remisión expresa del art. 135 deben cumplirse también en el caso de las medidas cautelares previas o "cautelarísimas". Su tenor literal es el siguiente:

Artículo 130.

1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la

CORREO ELECTRÓNICO:
aevalencia@mjusticia.es

C/ COLON, 60 – 7ª PLANTA – Puerta D
46004 VALENCIA
TEL.: 963 522 579 – 96 374 51 54
FAX: 963 940 278 – 96 333 86 51

aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso.

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.

A estos requisitos la jurisprudencia añade, como es sabido, el del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho. Pues bien, como se expondrá a continuación, ninguno de tales requisitos se cumple en el presente caso.

SEGUNDA.- En primer lugar, no se puede decir que la ejecución de la resolución recurrida pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso. Y ello porque no genera ninguna situación de difícil o imposible reparación, pues en contra de lo afirmado de contrario el regreso es perfectamente posible.

Y es que la mera invocación de los perjuicios que supondría la salida del territorio nacional no puede considerarse suficiente: primero, porque, siendo no discutida la situación irregular del extranjero, no cabe hablar de un derecho a la permanencia en España; y, segundo, porque si la mera invocación de tal perjuicio hubiera de suponer necesariamente la suspensión de la salida, ello determinaría una completa alteración del sistema jurídico regulador de la extranjería, lo que, como es obvio, no es el propósito ni la intención del legislador.

TERCERA.- La ponderación circunstanciada de todos los intereses en conflicto tampoco arroja un resultado favorable a la suspensión.

En efecto, debe contrapesarse de un lado el interés del extranjero en permanecer en España en tanto no se resuelva sobre la impugnación de la resolución de expulsión en vía judicial; y de otro lado el interés público en expulsar a quien se

encuentra incurso en causa para ello según la Ley Orgánica 4/2000, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (la "**LOEX**").

En cuanto a lo primero, el arraigo invocado no es tal. Resulta cuando menos sorprendente que se pretenda fundamentar un arraigo familiar del extranjero cuando el mismo tiene un proceso penal abierto por violencia de género *por el que está en prisión preventiva*. Por otra parte, habrá de convenirse en que expulsión no produciría perjuicio para su familia, más allá de la afectación propia de toda resolución sancionadora, pues dos de sus tres hijas tienen nacionalidad española y en todo caso pueden permanecer en España a cargo de su abuela, que también goza de la misma nacionalidad. Hay que destacar asimismo que se aporta certificado de empadronamiento del recurrente pero no se desprende del mismo que haya estado empadronado junto a sus hijas ni la madre de éstas, sin que por lo demás conste el cumplimiento efectivo de los deberes inherentes a la patria potestad.

Pues bien, a este respecto debemos citar el **Auto de 29 de julio de 2011** de nuestra Sala de lo Contencioso, que señala *"en la actualidad el concepto jurídico indeterminado de arraigo familiar puede ser complementado con el contenido del art. 45.2 del RD 2393/04, de manera que son necesarios vínculos familiares con otros extranjeros residentes, entendiendo como tales los referidos exclusivamente a los cónyuges, ascendientes y descendientes en línea directa, precisándose en la interpretación de los Tribunales que no constituye arraigo familiar el hecho de tener uno o más hijos nacidos en España ya que el arraigo deriva de la convivencia estable y continuada con español o con extranjero residente legal en España y, en el caso de hijos, exige el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, a lo que deben unirse otras circunstancias que evidencien la integración real y efectiva en nuestro país pues de los contrario la permanencia ilegal en España de personas unidas por vínculos familiares nunca podría ser sancionada con expulsión, lo que no ha sido el propósito del legislador"*.

En este mismo sentido destaca la **sentencia el TSJCV Sección Primera número 718/14 de 11 de julio** que sobre el arraigo familiar declara que para su concurrencia se deben probar unos lazos de parentesco cualificados (recordando en este sentido que el parentesco colateral no prueba la existencia de arraigo familiar) con españoles o extranjeros residentes legales y la existencia de una convivencia pacífica y estable que a juicio de la Sala constituye un requisito determinante de modo que si la misma no existe bajo el mismo techo no se entiendo probada la existencia de arraigo familiar.

En cuanto al segundo elemento que debe ponderarse –el interés público–, es evidente que reviste suma importancia para la comunidad el cumplimiento del régimen de extranjería, evitando la permanencia en España de ciudadanos extranjeros que no cumplen los requisitos fijados para ello en la legislación. Y para tutelar este interés público es necesaria la pronta ejecución de las resoluciones administrativas en tal sentido, según el principio de eficacia administrativa del art. 103.1 de la Constitución.

En un caso como el presente, en que el extranjero no acredita arraigo digno de tal nombre, resulta claro que la balanza se inclina de este segundo lado, el del interés público.

CUARTA.- Tampoco puede decirse que haya *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho. Partiendo de una situación de estancia irregular no discutida y sentado, como se ha hecho, que no hay arraigo, una valoración indiciaria sobre el fundamento de la pretensión impugnatoria sólo puede concluir que ésta tiene escasas probabilidades de prosperar.

Más escasas aún si tenemos en cuenta la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015, asunto C-38/14 ("Zaizoune") según la cual es contraria al Derecho de la Unión Europea una normativa nacional que permite sancionar la estancia irregular con multa, siendo la expulsión la única sanción conforme

con aquél. El principio de primacía del Derecho Comunitario conduce pues a inaplicar la posibilidad de multa del art. 57.1 LOEX. Lo que en el presente caso tiene como consecuencia que la única sanción posible es la expulsión y por tanto, que se desactiva una de las posibles vías para impugnar la resolución administrativa –a saber, afirmar que lo procedente es la multa.

Por lo expuesto, al Juzgado

SUPLICO que, teniendo por presentado este escrito con su copia, se sirva admitirlo, teniendo por formuladas las anteriores alegaciones en tiempo y forma y, en su virtud, acuerde levantar la suspensión acordada "inaudita parte" en este procedimiento por Auto de 15 de abril de 2016.

Es Justicia que pido en Valencia, a diecinueve de abril de dos mil dieciséis.

EL ABOGADO DEL ESTADO

Fdo.: Borja A. Araújo Arce