

ROLLO DE APELACION Núm. 100/11



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

COPIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA
COMUNIDAD VALENCIANA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

SENTENCIA Núm. 473/11

Presidente

D. José Martínez-Arenas Santos

Magistrados

D. Miguel Angel Olarte Madero

D^a Amalia Basanta Rodríguez

En Valencia a diecisiete de junio de dos mil once:

Visto el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado contra el Auto de 29 de noviembre de 2.010, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N^o 10 de Valencia en el Recurso N^o 643/10, siendo parte apelada [REDACTED] representado y defendido por el letrado Sr. Solans Puyuelo.

Ha sido Ponente el Magistrado D. José Martínez-Arenas Santos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado N^o 10 de Valencia dictó Auto en el recurso N^o 643/10 declarando haber lugar a la medida cautelar de suspensión del acto recurrido, la Resolución de 9 de diciembre de 2.009, dictada por el Subdelegado del Gobierno en Valencia. Notificado el mismo, el Abogado del Estado interpuso recurso de apelación solicitando la revocación del Auto y la denegación de la medida cautelar solicitada en su momento por el recurrente.

El actor en la instancia y apelado evacuó el trámite de formalización de la oposición al recurso solicitando la desestimación del mismo y la confirmación del Auto apelado.

GENERALITAT
VALENCIANA



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

SEGUNDO.- Cumplidos los trámites del art. 85 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y no habiéndose discutido la admisión del recurso ni solicitado el recibimiento a prueba quedaron los autos pendientes de votación y fallo.

TERCERO.- Se señaló para la votación y fallo del recurso de apelación el día 16 de junio de 2.011, teniendo lugar la misma el citado día.

CUARTO.- Se han cumplido las prescripciones legales en ambas instancias.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan los Hechos del Auto apelado en lo que se refieren a antecedentes y tramitación.

Se aceptan, igualmente, los Fundamentos de Derecho en lo que no se opongan a los de esta Sentencia.

SEGUNDO.- El objeto del recurso lo constituye el examen de la adecuación a derecho del Auto apelado en virtud del cual se declaró haber lugar a la medida cautelar de suspensión del acto recurrido, la Resolución de 9 de diciembre de 2.009, dictada por el Subdelegado del Gobierno en Valencia en virtud de la cual se expulsa del territorio nacional al recurrente en la instancia, súbdito de Bangla Deseh, con prohibición de entrada por un periodo de 3 años en los territorios del espacio del Acuerdo de Schengen, siempre que no exista causa judicial que lo impida.

El Auto basa su fundamentación en la aplicación estricta de la doctrina de esta Sala y Sección Cuarta sobre medidas cautelares en casos de expulsión.

El Abogado del Estado apelante alega en defensa de los intereses públicos que carece de arraigo en España, además de que los intereses públicos sufrirían un grave perjuicio, dado que la estancia en España es ilegal y que el Auto no tiene especial motivación, debiéndose interpretar restrictivamente las normas sobre suspensión de resoluciones administrativas.

El recurrente apelado alegó en la demanda la falta de motivación de la resolución recurrida.

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



GENERALITAT
VALENCIANA



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

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, el Abogado del Estado apelante no invoca como motivo fundamental de su impugnación la inexistencia de buen derecho o falta de *fumus boni iuris*, por lo que debe seguirse aplicando la 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 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.



GENERALITAT
VALENCIANA



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

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 específica, 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 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, como el Auto recurrido expone en sus fundamentos al basarse en la doctrina de esta Sala, y así se deduce de la resolución recurrida.

QUINTO.- Por lo expuesto procede desestimar el recurso de apelación y confirmar el Auto recurrido, por ser conforme a derecho al declarar haber lugar a la medida cautelar solicitada en su momento.

GENERALITAT
VALENCIANA



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

SEXTO.- Las costas de esta segunda instancia no se imponen al Abogado del Estado recurrente, pese a haber sido desestimadas sus pretensiones, pues entiende la Sala que concurren circunstancias especiales que así lo aconsejan, conforme al art. 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al tratarse de una medida cautelar referente a la permanencia en España del extranjero recurrente y que afecta directamente a la esfera personal de éste.

VISTOS los preceptos legales citados, los concordantes y demás de general aplicación

FALLAMOS

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado contra el **Auto de 29 de noviembre de 2.010, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N° 10 de Valencia en el Recurso N° 643/10**. No se hace especial imposición de costas en ninguna de las instancias.

Esta Sentencia es firme y contra ella no cabe recurso.

Unase certificación de esta Sentencia al rollo de apelación y al recurso, que se devolverá al Juzgado de procedencia.

Así por esta nuestra Sentencia, juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- La anterior Sentencia ha sido leída por el Magistrado Ponente el día de su fecha estando celebrando audiencia pública esta Sala, de lo cual yo, como Secretario de la misma, certifico.



GENERALITAT
VALENCIANA