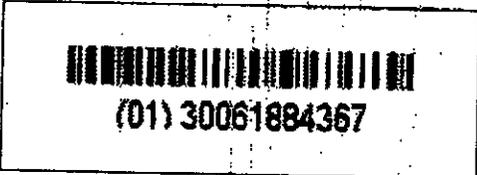


Tribunal Superior de Justicia de Madrid  
Sala de lo Contencioso-Administrativo  
Sección Segunda C/ General Castaños, 1 - 28004  
33010310  
NIG: 28.079.00.3-2012/0014521



**RECURSO DE APELACIÓN 1.752/2012**

**SENTENCIA NÚMERO 436**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID  
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO  
SECCION SEGUNDA**

**Ilustrísimos señores:**

**Presidente.**

D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez

**Magistrados:**

D. José Daniel Sanz Heredero

D<sup>a</sup>. Elvira Adoración Rodríguez Martí

D. Miguel Ángel García Alonso

D<sup>a</sup>. Fátima Blanca de la Cruz Mera

D. Francisco Bosch Barber

En la Villa de Madrid, a diez de abril de dos mil trece.

Vistos por la Sala, constituida por los Señores del margen, de este Tribunal Superior de Justicia, los autos de recurso de apelación número 1.752/2012, interpuesto por D. \_\_\_\_\_, representado por el Sr D. José Luis Pérez Saiz, contra el Auto dictado el 7 de junio de 2012 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 9 de los de Madrid, recaído en la Pieza Separada de Suspensión del Procedimiento Abreviado núm. 85/2012. Ha sido parte apelada la Administración General del Estado (Delegación del Gobierno en Madrid) asistida y representada por el Abogado del Estado.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Notificado el Auto que ha quedado descrito en el encabezamiento de la presente resolución, se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del recurrente, en el plazo de los quince días siguientes, que fue admitido en ambos efectos por providencia en la que también se acordó dar traslado del mismo a las demás partes para que, en el plazo común de quince días, pudieran formalizar su oposición.

**SEGUNDO.-** Formuladas alegaciones por la parte apelada, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo elevó los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, a la Sala de lo Contencioso-administrativo.

**TERCERO.-** Recibidas las actuaciones se acordó dar a los autos el trámite previsto en los artículos 81 y siguientes de la Ley 29/1.998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa; y no habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista o la presentación de conclusiones, se señaló para la deliberación y fallo del presente recurso de apelación el día 4 de abril de 2013, en cuyo acto tuvo lugar su celebración.

**CUARTO.-** En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

**VISTOS.-** Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. José Daniel Sanz Heredero.

## **FUNDAMENTO DE DERECHO**

**PRIMERO.-** El presente recurso de apelación tiene por objeto el Auto dictado el 7 de junio de 2012 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 9 de los de Madrid, recaído en la Pieza Separada de Suspensión del Procedimiento Abreviado núm. 85/2012, por el que no se accede a la suspensión cautelar de la ejecutividad de la resolución de 12 de diciembre de 2011, dictada por la Delegación del Gobierno en Madrid, por la que se acuerda la expulsión del territorio nacional del recurrente-apelante.

**SEGUNDO.-** El art. 129.1 de la LJCA establece que “los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la

sentencia”, añadiendo el art. 130.1 del mismo texto legal 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 precisando en el apartado 2 del mencionado precepto 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”.

Interpretando estos preceptos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2004 (rec. cas. núm. 6491/2001) ha señalado que se deben destacar dos aspectos: “en primer término, la apuesta del legislador por el criterio o presupuesto legal del denominado *periculum in mora* como fundamento de las innominadas medidas cautelares; y, en segundo lugar, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero.

La exégesis del art. 130 de la Ley 29/1998 conduce a las siguientes conclusiones:

- a) la adopción de la medida 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;
- b) aun 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; y,
- c) 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.

Como aportación jurisprudencial al sistema que se expone, debe dejarse constancia de que la conjugación de los dos criterios legales de precedente cita (*periculum in mora* y ponderación de intereses) debe llevarse a cabo sin prejuzgar el fondo del litigio, ya que, por lo general, en la pieza separada de medidas cautelares se carece todavía de los elementos bastantes para llevar a cabo esa clase de enjuiciamiento, y por que, además, se produciría el

efecto indeseable de que, por amparar el derecho a la tutela judicial efectiva cautelar, se vulneraría otro derecho, también fundamental e igualmente recogido en el artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba.

Como segunda aportación jurisprudencial -y no obstante la ausencia de soporte normativo expreso en los preceptos de referencia-sigue contando con singular relevancia la doctrina de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), la cual permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar. Ahora bien, como ha declarado en repetidas ocasiones el Tribunal Supremo -entre otras muchas, Sentencias de 14 de abril de 2003 (casación 5020/99), 17 de marzo de 2008 (casación 1021/06) y 30 de marzo de 2009 (casación 790/08), donde se citan otras anteriores de 27 de julio de 1996, 26 de febrero de 1998, 21 de diciembre de 1999, 22 de enero, 26 de febrero, 22 de julio y 23 de diciembre de 2000, 2 de junio y 24 de noviembre de 2001, 15 de junio y 13 de julio de 2002 y 22 de febrero de 2003 -, la doctrina sobre el *fumus boni iuris* requiere una prudente aplicación para no prejuzgar, al resolver el incidente de medidas cautelares, la decisión del pleito, pues, de lo contrario, se quebrantaría el derecho fundamental al proceso con las debidas garantías de contradicción y prueba (artículo 24 de la Constitución), salvo en aquellos supuestos en que se solicita la nulidad del acto administrativo dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente. En la misma línea se expresa la sentencia de 18 de mayo de 2004 (casación 5793/01), donde, citando resoluciones anteriores de la propia Sala Tercera (autos de 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y sentencia de 14 de enero de 1997, entre otros), se pone de manifiesto que la jurisprudencia hace una aplicación matizada y restrictiva de la doctrina de la apariencia del buen derecho.

**TERCERO.-** El acto objeto del recurso está constituido por la Resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid que impuso al recurrente la sanción de expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada en España por plazo de tres años, al estimar la concurrencia de la infracción prevista en el artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

El apelante discrepa de la valoración que de los hechos concurrentes se hace en el Auto recurrido en apelación. En concreto alega que está debidamente documentado, que tiene arraigo social y que de llevarse a cabo la expulsión se producirían perjuicios de difícil reparación.

A la hora de enjuiciar las órdenes de expulsión y su posible suspensión es necesario tener en cuenta la nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre la proporcionalidad de dicha sanción contenida en las últimas sentencias dictadas por Tribunal Supremo ( Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de . de 9 de febrero de 2007 -recurso nº 9591/2003-, 22 de febrero de 2007 -recurso nº 9560/2003-, 28 de febrero de 2007 -recurso nº 10263/2003-, 28 de febrero de 2007 -recurso nº 8772/2003-, 28 de febrero de 2007 -recurso nº 10263/2003-, 28 de febrero de 2007 -recurso nº 10260/2003, 9 de marzo de 2007 -recurso nº 9887/2003 -), en materia de extranjería donde se establecen los siguientes criterios sobre la proporcionalidad de dicha medida. En la Ley Orgánica 7/85, de 1 de Julio, la expulsión del territorio nacional no era considerada una sanción, y así se deduce de una interpretación conjunta de sus artículos 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 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero (artículos 49-a), 51-1-b) y 53-1 ), en regulación mantenida por la reforma operada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de Diciembre (artículos 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 artículo 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 que el encontrarse ilegalmente en España (una vez transcurridos los noventa días previstos en el artículo 30-1 y 2 de la Ley Orgánica 4/2000 , reformada por la Ley Orgánica 8/2000 , ya que durante los primeros noventa días no procede la expulsión sino la devolución), repetimos, ese encontrarse ilegalmente en España, según el artículo 53 -a), y el encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida, según el artículo 53 -b), pueden ser sancionados o con multa o con expulsión . Por su parte, el Reglamento 864/2001, de 20 de Julio, expresamente habla de la elección entre multa o expulsión, pues prescribe en

su artículo 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.

En el sistema de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, según la redacción establecida por la Ley Orgánica 8/2000 de 22 diciembre la sanción principal es la de multa, pues así se deduce de su artículo 55-1 y de la propia literalidad de su artículo 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". 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 artículo 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. 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, o la realización de una actividad profesional sin haber obtenido las autorizaciones pertinentes, 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 tales comportamientos, en principio, como veíamos, se sancionan con multa. B) Pero en los supuestos en que en el expediente administrativo consten, además de la permanencia ilegal o la realización sin las debidas autorizaciones de una actividad profesional, 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 resumen, la permanencia ilegal en territorio español, sin otros hechos negativos, no es suficiente para acordar la expulsión del extranjero, debiendo la Administración motivar de forma expresa por qué aplica la sanción de expulsión en vez de la de multa. Ahora bien, si en

el expediente administrativo, además de la permanencia ilegal, constan otros datos negativos sobre la conducta del interesado, datos que deben tener entidad suficiente para justificar la expulsión, dicha medida no dejará de estar motivada por el hecho de que dichas circunstancias no consten en la resolución sancionadora.

En el caso presente, y si bien en la resolución administrativa impugnada se alude a la existencia de una serie de hechos negativos como motivadores de la expulsión decretada ("*no consta que se halle pendiente de resolver ninguna solicitud de residencia o trabajo*", "*no acreditándose ... tenga un especial arraigo familiar o social en nuestro país*" y "*encontrándose en el momento de su detención indocumentado, y, por lo tanto, sin acreditar su identificación y filiación, ignorándose cuando y por donde entró en territorio español*"), los mismos, a los solos efectos de resolver la presente pieza de suspensión, se consideran de por sí insuficientes a los efectos de considerar adecuada la expulsión del territorio español en lugar de la imposición de una multa en cuanto que los hipotéticos hechos negativos, en realidad, no lo son, como por ejemplo, la no pendencia de resolver ninguna solicitud de residencia o trabajo (que de existir impediría, en buena lógica, la expulsión) o carecer de arraigo familiar o social (el cual nada obsta a la imposición de la multa). O a lo sumo son meras circunstancias concurrentes en el momento de la detención, como el hallarse indocumentado. Lo esencial, a los efectos valorativos de la procedencia o improcedencia de la expulsión, es estar o no indocumentado y sobre ello nada se dice en la resolución administrativa. Más aún, de la documental presentada con el escrito de demanda consta una fotocopia del pasaporte, hecho o circunstancia que, en principio, viene a contradecir la apreciación de indocumentación efectuada por la Administración sancionadora.

Por tanto, en base a la doctrina anteriormente expuesta, cabe apreciar la existencia de apariencia de buen derecho, toda vez que siendo la sanción principal la sanción pecuniaria, la opción por otro tipo de sanción precisa de una justificación en la resolución sancionadora, acorde con la doctrina del Tribunal Supremo, sin que la resolución impugnada contenga al respecto motivación alguna, por lo que procede acceder a la medida cautelar solicitada. En consecuencia, el recurso de apelación habrá de ser estimado.

**CUARTO.-** Según lo dispuesto en el apartado primero del artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, procede no hacer expresa imposición de las costas causadas en esta segunda instancia.

**VISTOS.-** Los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

### FALLAMOS

Que con ESTIMACIÓN del recurso de apelación interpuesto por D. Z, representado por D. José Luis Pérez Saiz, contra el Auto dictado el 7 de junio de 2012 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 9 de los de Madrid, recaído en la Pieza Separada de Suspensión del Procedimiento Abreviado núm. 85/2012, ACORDAMOS haber lugar a la suspensión de la Resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid que impuso a la recurrente la sanción de expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada en España por plazo de tres años; y todo ello, sin hacer expresa imposición de las costas causadas en esta segunda instancia.

Notifíquese la presente resolución a las partes en legal forma, haciéndoles saber que contra la misma no cabe interponer recurso alguno; y verificado, remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de su procedencia.

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

D. Juan Francisco López De Hontanar

D. José Daniel Sanz Heredero

D<sup>a</sup>. Elvira Adoración Rodríguez Martí

D. Miguel Ángel García Alonso

D<sup>a</sup>. Fátima Blanca de la Cruz Mera

D. Francisco Bosch Barber

**RECURSO DE APELACIÓN 1752/2012**

**LA SECRETARIA DE LA SECCIÓN SEGUNDA DE LA SALA DE LO  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE  
JUSTICIA DE MADRID CERTIFICA:**

Que la anterior fotocopia, compuesta de 8 folios, es fiel reflejo de la sentencia original firmada por los Magistrados que figuran en la misma, la cual ha sido publicada y entregada a esta Secretaría en el día de hoy y, una vez expedida la presente certificación para su unión al rollo y copias para su notificación, ha quedado archivado el original para su unión al libro de sentencias originales. Madrid a dieciocho de abril de 2013.