



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANTABRIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

S E N T E N C I A n° 877/10

Ilmo. Sr. Presidente

D. RAFAEL LOSADA ARMADÀ

Ilmos. Sres. Magistrados

Dª MARIA TERESA MARIJUAN ARIAS

D. JUAN PIQUERAS VALLS

En la Ciudad de Santander, a diez de diciembre de dos mil diez. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria ha visto el **recurso de apelación n° 187/10**, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° Uno de Santander, de fecha 5 de febrero de 2010 por
 siendo la parte apelada **DELEGACION DEL GOBIERNO**. Es ponente el Ilmo. Sr. D. Juan Piqueras Valls, quien expresa el parecer de la Sala.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El recurso de apelación se interpuso el día 8 de marzo de 2010, contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº Uno de Santander, dictada en fecha 5.02.10, que en el fallo dice: "Procede desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Letrado Sra. Uria [REDACTED], en nombre y representación de [REDACTED], y en consecuencia se declara ajustada a derecho la resolución recurrida, todo ello sin expresa condena en costas.

SEGUNDO: Del recurso de apelación se dio traslado a la parte demandada quien solicita se acuerde desestimar el recurso de apelación con imposición de costas a la parte recurrente.

CUARTO.- En fecha 1 de junio de 2010 se elevaron las actuaciones a esta Sala y no habiéndose solicitado la apertura de período probatorio, ni celebración de vista o conclusiones por escrito, se declaró el recurso concluso para sentencia, quedando unidos documentos aportados por el apelante y valorándose en sentencia la validez de los mismos y señalándose para la votación y fallo el día 2 de diciembre de 2010, en que efectivamente se deliberó, votó y falló.





FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los antecedentes y los Fundamentos de la sentencia apelada en lo que no se opongan a los siguientes y

PRIMERO.- [REDACTED] interpone recurso de apelación frente a la sentencia dictada, en fecha de 5 de febrero de 2010, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de los de Santander y solicita que se dicte sentencia por la que se estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto y se declare no conforme a Derecho la resolución de la Delegación del Gobierno en Cantabria de fecha 18 de noviembre de 2008, (fecha de registro 21 de noviembre de 2008), notificada el 12 de diciembre de 2008, que resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la resolución sancionadora de 8 de julio de 2008, notificada el 31 de julio de 2008, que impuso al recurrente la sanción de expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada por tres años.

El apelante [REDACTED] articula las pretensiones que formula a través del presente recurso de apelación sobre los motivos siguientes:

- 1) La sentencia apelada obvia que, en el acto del juicio, la parte actora, dada la ejecución de la expulsión, mantuvo la solicitud de nulidad de la resolución sancionadora en lo que se refiere a la sanción accesoria de prohibición de





entrada en territorio nacional por un período de 3 años (hasta el 2 de julio de 2012). La abogada del Estado solicitó subsidiariamente que se redujera el periodo de prohibición de entrada a un año, aplicándose el artículo 58 de la LOEX reformado con carácter retroactivo.

- 2) La sentencia apelada incurre en un error de valoración y no aplica la jurisprudencia de T.S. al justificar la aplicación del art. 55.3 de la LOEX y excluir el arraigo y
- 3) La sentencia apelada aplica la anterior redacción del art. 58 de la LOEX, a pesar de que la actualmente vigente debe aplicarse retroactivamente por ser mas beneficiosa para el sancionado.

SEGUNDO.- La Administración apelada se opone al recurso de apelación y solicita que se dicte sentencia desestimándolo, confirmando la sentencia de instancia e imponiendo las costas al apelante.

La Administración articula su oposición a las pretensiones formuladas por la parte apelante sobre los motivos siguientes:

- 1) El recurrente se limita a reproducir sus alegaciones y no impugna concretamente la sentencia. En todo caso la sentencia es conforme a Derecho al declarar que la resolución impugnada está motivada cuando menos por remisión al expediente administrativo y
- 2) La sentencia apelada es también conforme a Derecho al pronunciarse sobre la proporcionalidad de la sanción y al aplicar el art. 58.1 de la L.O 4/2000.





TERCERO.- Como cuestión previa al examen del recurso, y con el fin de delimitar la controversia, la Sala debe precisar que en el acto del juicio en la instancia, el recurrente, alegando que la expulsión había sido ejecutada, redujo el suplico de su demanda a la nulidad de la prohibición de entrada en territorio español.

La Sala debe, por tanto y dado el ámbito objetivo del recurso de apelación, delimitar previamente el objeto de la presente resolución, ya que:

- De una parte el principio de congruencia no permite a los Tribunales pronunciarse sobre lo no solicitado y
- La prohibición de entrada en territorio español es una sanción accesoria a la de expulsión (art. 58.1 de la L.O 4/2000).

De todo lo expuesto se infiere que, en virtud del principio constitucional de derecho a la tutela judicial efectiva, la Sala deberá pronunciarse sobre la validez, o invalidez, de la resolución administrativa impugnada en función de la totalidad de su contenido, todo ello sin perjuicio de los efectos que, en su caso, pudieran derivarse de la misma al haberse excluido del suplico los pronunciamientos referentes a las consecuencias de la expulsión ya ejecutada.



CUARTO.- El recurrente alega, a través del primero de los motivos de su recurso, que la sentencia apelada infringe el art. 53.a en relación con el art. 55.3º LOE por aplicación



indebida, y los arts 31.3 y 45.b del mismo texto legal, por inaplicación, ya que:

- Solo se le reprocha estancia irregular en España.
- Tiene arraigo económico social en nuestro país, que no se ha considerado.

La Sala debe, por tanto, determinar si la resolución impugnada se fundamenta exclusivamente en la nueva estancia irregular en España (tesis del recurrente) o, por el contrario, concurren otros elementos que integran un plus de antijuricidad o culpabilidad, a los efectos de la imposición de una de las sanciones, multa y expulsión, que contempla la infracción en cuestión.

El examen del expediente administrativo evidencia que:

- El recurrente ha sido sancionado con la expulsión del territorio nacional y prohibición de entrada en el mismo por 3 años, en aplicación de lo dispuesto en el art. 57.1 de la L.O. 4/2000 en relación con los arts. 53.a y 58 del mismo texto legal, por estancia irregular en España, y
- El recurrente había estado previamente implicado en otros dos expedientes sancionadores, uno incoado el 3/9/06 y archivado el 22/6/07, y otro en el que, con fecha 16 de agosto de 2007, en la Delegación del Gobierno en Madrid, recayó una propuesta de expulsión, sin que conste que haya sido resuelto definitivamente.



QUINTO.- Los hechos anteriores se configuran como hechos negativos que integran un plus de culpabilidad, pues el



recurrente, consciente de que se habían incoado ya dos expedientes sancionatorios contra él, no abandonó el país, ni trató de regularizar su situación ilegal. Consecuentemente, se rechaza el motivo de impugnación examinado, a tenor de la doctrina de la Sala que: en relación con la materia examinada el T.S. viene declarando, de forma reiterada, que la simple estancia irregular no puede, por sí sola, ser sancionada con la sanción de expulsión ya que el T.S. en Sentencias de 20/4/2007 y 14/6/07, al declarar En numerosas Sentencias hemos recordado que 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 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 la 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 "podrán 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 es 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 artículo 30-1 y 2 de la Ley 4/2000, reformada por la Ley 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), puede ser sancionado o con multa o con expulsión. No sólo se deduce esto del artículo 53-a) sino también del artículo 63-2 y 3, que expresamente admite que la expulsión puede no ser oportuna





(artículo 63-2) o puede no proceder (artículo 63-3), y ello tratándose, como se trata, del caso del artículo 53-a), es decir, de la permanencia ilegal.

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.

2º En el sistema de la ley 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".

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

SEXTO.- El recurrente cuestiona, por último, los pronunciamientos de la sentencia que confirman la duración de la prohibición de entrada en territorio español, alegando que la sentencia de instancia incurre en un error normativo al declarar que la Administración ha aplicado la duración media, pues:

- La resolución fija la prohibición de entrada en 3 años.
- El art. 58.1 de la L.O. 4/2000 reformado por L.O. 2/2009, fija la vigencia de la referida prohibición en un máximo de 5 años y
- Consecuentemente, hay que aplicar retroactivamente la nueva normativa, pues la Administración fijó en esta sanción en el mínimo legal (de 3 a 10 años) a la sazón vigente.

La Sala estima que este motivo de impugnación ha de ser parcialmente acogido, ya que:

- Las disposiciones sancionadoras más beneficiosas han de aplicarse retroactivamente.





Así, por esta nuestra sentencia, que se notificará a las partes con expresión de los recursos que en su caso procedan frente a ella, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Intégrese esta Resolución en el Libro correspondiente. Una vez firme la sentencia, devuélvase las actuaciones recibidas y el expediente administrativo al órgano judicial de procedencia, junto con un testimonio de esta sentencia.

