



S/PA. BUENACA CASTANEDA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANTABRIA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

19 MAYO 2011

SENTENCIA

358/11

Iltmo Sr. Presidente:

Don Rafael Losada Armada

Iltmas. Sras. Magistradas:

Doña María Teresa Marijuan Arias

Doña Esther Castanedo García

En la Ciudad de Santander, a nueve de mayo de dos mil once. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria ha visto el recurso de apelación número 343/10 interpuesto por ~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~ representado por la Procuradora Doña Felicidad Buenaje y defendido por el Letrado Don Andrés de Ceballos Cabrillo contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Santander de fecha 21 de junio de 2010,



siendo parte apelada la DELEGACION DE GOBIERNO EN CANTABRIA representado y defendido por la Letrada de sus Servicios Jurídicos. Es ponente la Ilma. Sra. Doña María Teresa Marijuan Arias, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El recurso de apelación se interpuso el día 19 de julio de 2010 contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº1 de Santander de fecha 21 de junio de 2010 cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "

Desestimo el presente recurso contencioso-administrativo, declarando ajustada a Derecho la resolución recurrida. Sin costas".

SEGUNDO: Contra la referida Sentencia se interpuso recurso de apelación en fecha 19 de julio de 2010 dándose traslado a efectos de poder formular su oposición a la parte apelada.

TERCERO: En fecha 1 de septiembre de 2010 se dictó diligencia de ordenación elevando 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, señalándose para la votación y fallo el día 28 de abril de 2011, en que se deliberó, votó y falló.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIAFUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se debate en el presente proceso la conformidad a Derecho de la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº1 de Santander de fecha 21 de junio de 2010 cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "

Desestimo el presente recurso contencioso-administrativo, declarando ajustada a Derecho la resolución recurrida. Sin costas"

SEGUNDO: Como reiteradamente ya señalado esta Sala en supuestos análogos, entre los que cabe citar a título ejemplificativo, entre las múltiples Sentencias recaídas en procesos de idéntico objeto, la dictada en el recurso de apelación 176/05:

"Por lo que hace referencia a la proporcionalidad de la sanción de expulsión impuesta y la elección preferente de ésta frente a la multa contemplada igualmente por la Ley Orgánica de Extranjería 8/2000 como posible sanción frente a la infracción de estancia irregular en España esta Sala ha señalado reiteradamente, entre otras en la Sentencia recaída en el recurso 370/04:

"CUARTO: Según el artículo 57.1, en los casos de infracciones muy graves o graves

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

de las previstas en el apartado a) del artículo 53, en lo que aquí nos interesa, podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo

QUINTO: La motivación esencial en la que se funda el presente recurso es la violación del principio de proporcionalidad que debe imperar en toda resolución sancionadora, considerando la parte que, dados los términos de la conducta infractora, lo adecuado hubiera resultado la imposición de una sanción pecuniaria y no la expulsión del territorio nacional, dados los términos en que, como antes expusimos, se encuentra redactado el artículo 57.1 de la Ley.

SEXTO: La respuesta que debemos dar en el presente recurso ha de responder a la naturaleza jurídica que atribuyamos a la medida de expulsión, debiendo remitirnos para ello a lo que señalamos en nuestra sentencia de 1 de octubre de 2001, cuando afirmamos que:





"TERCERO: El Tribunal Supremo en su Sentencia de 7 de abril de 1997, afirmó que : "El principio de presunción de inocencia (artículo 24.2 de la Constitución), aunque en un principio se entendió que debía presidir la adopción de cualquier resolución administrativa o judicial que se basase en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para las mismas «o limitativo de sus derechos», ha ido depurando su significado jurídico, de modo que debemos considerar que es aplicable, en su verdadero sentido y alcance, a la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales o administrativas, siendo doctrina uniforme estimar que debe limitar su ámbito exclusivamente a la imposición de sanciones en el campo del Derecho penal o del Derecho administrativo (sentencia del Tribunal Constitucional 30/1.992, de 9 de marzo). En este



orden de ideas la expulsión del territorio nacional de un súbdito extranjero por no hallarse legalmente en territorio español no constituye, por su naturaleza, la imposición de una sanción, sino la adopción de una medida administrativa limitativa de derechos que debe ajustarse al principio de legalidad, dada la trascendencia que alcanza en relación con los derechos fundamentales de los extranjeros en España (artículo 13.1 en relación con el 19 de la Norma Fundamental)".

CUARTO: A pesar de tan clara doctrina la nueva Ley sitúa claramente la expulsión dentro del Título III, bajo la rúbrica "De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador.", al tiempo que aplica a tal medida instituciones típicas del derecho sancionador como la prescripción de las infracciones y



sanciones en el art. 52.2, o la reincidencia en el art. 53.2, de lo que puede defenderse y deducirse el verdadero carácter sancionador de la medida de expulsión y consecuentemente la aplicación a tales supuestos de los principios generales de la potestad sancionadora recogidos en el art. 127 y ss de la LRJPAC, entre otras el de retroactividad de la norma más favorable."

SEPTIMO: Resulta consecuentemente aplicable al presente caso el principio de graduación y proporcionalidad en la imposición de las sanciones, criterio que encuentra su expresión en el propio artículo 55.3 de la Ley.

OCTAVO: Respecto de la graduación de las sanciones, el art. 131 de la LRJ-PAC, establece que "En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del





hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción....".

NOVENO: La proporcionalidad es un principio que despliega sus efectos en el momento de la aplicación concreta de la norma sancionadora, siendo un principio que debe inspirar tanto la imposición de sanciones por parte de la Administración, como el criterio de los Tribunales en vía de revisión jurisdiccional. Conforme establece el Tribunal Supremo en su sentencia de 11-6-1992: "Este Tribunal con reiteración viene manteniendo la procedencia de concretar las sanciones administrativas en contemplación de la infracción cometida, graduándolas con el adecuado criterio de proporcionalidad insito en los principios ordenadores del Derecho sancionador, sopesando a tal fin las circunstancias concurrentes en el hecho constitutivo de la infracción sancionada, correspondiendo a la actividad jurisdiccional, no tan solo la facultad de subsumir la conducta del infractor en un determinado tipo legal,





sino también por paralela razón adecuar la sanción al hecho cometido, ya que en uno y otro caso se trata de la aplicación de criterios jurídicos plasmados en la norma escrita e inferibles de principios informadores del Ordenamiento jurídico sancionador, como son los de congruencia y proporcionalidad entre la infracción y la sanción."

DECIMO: La fórmula de control judicial de la proporcionalidad en la imposición de las sanciones, viene dada por una especial exigencia del requisito de la motivación, de forma tal que resulta exigible a la Administración que exteriorice los motivos por los que ha optado por adoptar una de las soluciones de entre las varias posibles, en este caso, debe la Administración motivar porque ha decidido optar por la medida de expulsión en lugar de la sanción pecuniaria, motivación totalmente ausente en el presente caso, por lo que consecuentemente procede la declaración de nulidad de la resolución del impugnada y la estimación del recurso."



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

TERCERO: La resolución sancionadora fundamenta la orden de expulsión en la estancia irregular del recurrente en nuestro país, pero contiene igualmente la motivación acerca de la opción por dicha medida en lugar de la de multa, ya que no sólo se realiza una referencia genérica al art. 57.1 de la LO 8/2000 sino que indica que para la elección de la misma se hace referencia a las circunstancias personales del infractor, como son el hecho de carecer de arraigo social o económico de importancia en nuestro país, por lo que la sanción de expulsión debe ser confirmada, a juicio de la Sentencia de instancia, al resultar debidamente motivada.

CUARTO: Como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de abril de 2007:

"QUINTO.- En segundo lugar, alega el Sr. Abogado del Estado la aplicación indebida del artículo 57-1 de la Ley Orgánica 4/2000 EDL 2000/77473, pues del simple examen del expediente administrativo se deduce la motivación adecuada de la resolución que se impugna.

Estimaremos el motivo, por las razones que apuntaremos a continuación.





En la Ley Orgánica 7/85, de 1 de julio EDL 1985/8753 , 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 EDL 2000/77473 (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 EDL 2000/88847 (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:

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 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.

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."



QUINTO: El actor, a la sazón ciudadano saharauí, como consta en el documento nº3 de los acompañados con el escrito de demanda, no se encuentra indocumentado, ya que obra su certificación de ciudadanía, pero lo cierto es que se encuentra actualmente en situación de estancia irregular en España, donde reside y se encuentra empadronado desde el 10 de septiembre de 2008, percibiendo una renta social básica de la Diputación Foral de Vizcaya que asciende a 640'64 euros, amén de habitar en una vivienda en régimen de subarriendo por la que satisface la renta correspondiente.

Por tanto, debemos plantearnos si a la luz de las especiales circunstancias que concurren en el supuesto de autos, resulta proporcionada la sanción de expulsión o si, por el contrario, el reproche sancionador debe reducirse a la imposición de una multa, todo ello en atención a que el recurrente tiene medios económicos suficientes para hacer frente a sus necesidades de este tipo, lo que evidencia un arraigo económico, sin que pueda, sin embargo considerarse acreditativo de dicho arraigo el hecho de estar empadronado en Baracaldo, pues ello pone de manifiesto tan sólo que el recurrente reside en España desde la fecha del empadronamiento.

SEXTO: En contra de lo que afirma la Delegación de Gobierno en Cantabria en el acto de la vista, no podemos considerar que existan datos adicionales negativos que justifiquen la imposición de la sanción de expulsión, pues reiteradamente





viene señalando esta Sala que no pueden considerarse como tales los meros antecedentes policiales, sin que por otra parte exista condena por Sentencia firme, la cual no obra en el expediente administrativo ni ha sido acompañada por la Administración demandada, y buena prueba de ello es que no se hace referencia alguna a la misma en el escrito de oposición a la apelación, sin que sea al efecto suficiente la mera referencia que se realiza en la misma en el expediente sancionador, sin indicar los hechos por los que presuntamente fue condenado el apelante ni la referencia a la Sentencia condenatoria firme.

Dado que la Sentencia de instancia fundamenta de forma exclusiva la imposición de la sanción de expulsión en la concurrencia de dicho dato adicional negativo de existencia de una previa condena penal, la cual, como hemos señalado, no resulta mínimamente acreditada, debemos concluir afirmando que no existiendo datos adicionales negativos y sí, por el contrario, arraigo económico por las razones antedichas, no existe proporcionalidad entre la infracción cometida y la sanción de expulsión que se impone al recurrente, revocándose, por ello, la Sentencia de instancia, con imposición de una sanción de multa de 301 euros.

SEPTIMO: De conformidad con el artículo 139.2, no ha lugar a la imposición de costas.



EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY

F A L L A M O S

Que debemos estimar y estimamos el presente recurso de apelación promovido por la [REDACTED] representado por la Procuradora Doña Felicidad Buenaje y defendido por el Letrado Don Andrés de Ceballos Cabrillo contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº1 de Santander de fecha 21 de junio de 2010 cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "

Desestimo el presente recurso contencioso-administrativo, declarando ajustada a Derecho la resolución recurrida. Sin costas".

Que debemos revocar y revocamos dicha Sentencia por ser contraria a Derecho, con anulación de la orden de expulsión y sustitución por la de multa de 301 euros.

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, remítase testimonio de la misma, junto con el expediente administrativo, al lugar de origen de éste.

