

**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 3 DE
DONOSTIA - SAN SEBASTIAN(E)KO
ADMINISTRAZIOAREKIKO AUZIEN 3 ZK.KO EPAITEGIA**

TERESA DE CALCUTA-ATOTXA-JUST. JAUREGIA 2-3º PLANTA - C.P./PK: 20012

Tel.: 943-00.07.79
Fax: 943-00.43.69

N.I.G. / IZO: 20.05.3-11/000172

Proced.abreviado / Prozedura laburtua 57/2011

SENTENCIA Nº 74/2012

En DONOSTIA - SAN SEBASTIAN, a seis de marzo de dos mil doce.

El Sr. D. CARLOS COELLO MARTÍN, MAGISTRADO del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 3 de DONOSTIA - SAN SEBASTIAN ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 57/2011 y seguido por el procedimiento ABREVIADO, en el que se impugna: RESOLUCIÓN DICTADA EN FECHA 10 DE AGOSTO DE 2007, POR LA ADMON. GENERAL DEL ESTADO, SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN SORIA, POR LA QUE SE DECRETA LA EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL DE CON PROHIBICIÓN DE ENTRADA EN EL MISMO POR UN PLAZO DE TRES AÑOS..

Son partes en dicho recurso: como recurrente representada y dirigida por el Letrado GAIZKA GARZON BOLADO; como demandada la ADMINISTRACION DEL ESTADO (SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN SORIA), representada y dirigida por la ABOGACIA DEL ESTADO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Letrado Sr. GARZÓN BOLADO, en la representación que ostenta de la ciudadana de la república federativa de Brasil, se interpuso recurso contencioso-administrativo el 1 de febrero de 2011 recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Soria que fuere publicada en el BOP correspondiente al 31 de agosto de 2007, por la que se ordenaba la expulsión de la recurrente.

SEGUNDO.- Turnado que fue correspondió a este Juzgado incoándose el procedimiento abreviado **57/2011**.

1.- Admitido a trámite el recurso, se acordó reclamar a la Administración el expediente y convocar a las partes al acto del juicio, asistida la actora por la Letrada Sra. ALZA AROCENA.

2.- Ha comparecido en representación de la demandada la Abogacía del Estado.

TERCERO.- Se ha celebrado el acto del juicio el día 27 de Febrero de 2012 con la asistencia de las partes.

1.- La recurrente se ratificó en su escrito de demanda, formulando alegaciones complementarias y se opuso, la representación de la administración demandada alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimaron oportunos.

2.- La actora propuso la documental y el expediente administrativo, que fue interesado por la Abogacía de Estado.

3.- Se evacuó el trámite de resumen de prueba en relación con las pruebas documentales admitidas en el ramo de cada una de las partes.

4.- Se ha unido a las actuaciones la grabación del juicio en el soporte audiovisual.

CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

A los efectos de lo previsto en el nº 3 del art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se declaran los siguientes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se había advertido como cuestión previa que afectaba a la competencia objetiva y territorial de este Juzgado la discrepancia existente en lo relativo al domicilio de la actora.

En efecto, en el acta de otorgamiento del poder apud acta, la recurrente indica como domicilio el de la localidad de Ermúa, municipio perteneciente al Señorío de Vizcaya, hogaño Territorio Histórico de Bizkaia. Sin embargo acompañaba un certificado de empadronamiento expedido por la villa armera, Eibar, en el Territorio de Guipúzcoa.

1.-Se resolvió en el actor del juicio dar traslado al recurrente para que aclarare esta discrepancia aparente y acreditara el domicilio de su patrocinada dado que podía alterar la elección del fuero territorial toda vez que la resolución impugnada fue dictada por la Subdelegación del Gobierno en la ciudad por la que el Duero traza su curva de ballesta, Soria.

2.- La representación procesal de la actora formuló escrito del 1 de marzo de 2012

en la que señalaba que su domicilio era la localidad de Eibar.

3.- La cuestión de la competencia territorial es de orden público y sin que sea predeterminada por la admisión a trámite del recurso, como ha señalado una doctrina jurisprudencial y sin que sea invocable una subespecie de “acto propio procesal”, ni un género de sumisión tácita o expresa a determinado fuero territorial (ex artículo 5 y 14 de la LJCA).

4.- Precisamente por el carácter sancionador de la orden expulsión impugnada, carácter controvertido en el momento en que se dictó aquella, el actor puede acudir al fuero electivo del artículo 14 de la LJCA cuyo apartado segundo establece que en materia sancionadora, y otras, podrá elegir entre el Juzgado o Tribunal en cuya circunscripción tenga aquél su domicilio o se halle la sede del órgano autor del acto originario”; sin límite sobrevenido alguno por tratarse de una resolución de un órgano de la Administración periférica del Estado, en este caso la subdelegación del Gobierno en Soria.

5.- Según la nueva alegación la actora sostiene que su domicilio es la localidad de Eibar donde convive *more uxorio*, según sus propias manifestaciones, con el Sr. Carabantes Rubio. Y así figura en el certificado de empadronamiento acompañado, extremo que aboca a declarar la competencia de este Juzgado para conocer del presente recurso.

SEGUNDO.- Como cuestión de previo pronunciamiento ha invocado la administración del Estado la causa de inadmisibilidad del artículo 69 e) de la LJCA, dado que la resolución sancionadora de expulsión fue publicada en el BOP de Soria de 31 de agosto de 2007.

Sin embargo, en una interpretación del principio pro actione no puede acogerse dicha causa de inadmisibilidad dado que no concurre en el expediente administrativo el presupuesto de los intentos de notificación personal que habilitan para proceder a la correspondiente notificación edictal.

TERCERO.- Si acudimos al expediente administrativo remitido por la

Subdelegación del Gobierno en Soria podemos señalar:

1.- Que de incoó un expediente sancionador derivado de un control conjunto de la Inspección de Trabajo y la Policía Nacional en el Club “*Start*” de Soria. Fue identificada la recurrente apreciándose que el único sello de entrada en el Territorio Schengen era de 12 de mayo de 2006 sin que constara que hubiere solicitado y obtenido autorización alguna de residencia.

2.- Se acordó la incoación del procedimiento por el trámite de preferente por la comisión del ilícito del artículo 53. a) de la LOEx.

2.1.- El acuerdo de incoación del expediente le fue notificado a la hogaño recurrente el 21 de junio de 2007 (página 4 del expediente administrativo).

2.2.- Se retuvo el pasaporte de la recurrente (folio 5 del expediente), comunicándose dicho extremo al Consulado de la República de Brasil mediante oficio del 21 de junio de 2007 (*vide* folio 6 del expediente).

2.3.- Se transformó el acuerdo en propuesta de resolución por la aplicación del procedimiento preferente al no haberse deducido alegaciones en el plazo establecido según lo dispuesto en el artículo 132 del Reglamento 2393/2004 de 30 de diciembre de desarrollo de la LOEx.

3.- Se dictó la Resolución de 10 de julio de 2007 por la que se resuelve el expediente y se acuerda la orden de expulsión, prohibición de entrada por un período de 3 años, manteniéndose la “*retirada de su pasaporte hasta la efectividad de la ejecución*”,

4.- Consta al folio 11 del expediente un Informe de la Policía en la que se señala que han sido infructuosas las actuaciones tendentes a la localización del sancionado (*vide* folio 11 del expediente) por lo que se resuelve publicar edictalmente la resolución en el BOP de Soria. La administración actuante únicamente había adoptado como medida la retención del pasaporte de la hogaño actora sin adoptar ningún otro género de medida cautelar (*ex articula* 140 y concordantes del Reglamento de la LOEx.)

4.1.- En el expediente administrativo no consta que se hubiere fijado o determinado un domicilio a efecto de notificaciones de la recurrente. Única y exclusivamente se consigna, “*sin domicilio conocido*” (vide folios 1 y 2, página 6) y sin que como queda, indicado, se adopte otra medida preventiva o cautelar que la retención del pasaporte - lo que transforma a la actora en indocumentada prima facie para cualquier control preventivo, rutinario o como consecuencia de infracción administrativa o penal”.

4.2.- De hecho se justifica la propuesta de resolución por “*carecer de domicilio conocido en España*” aun cuando se había incoado y tramitado por el procedimiento preferente.

CUARTO.- La actora sostiene su impugnación en diversos motivos: a) caducidad del procedimiento sancionador, b) infracción del derecho a la defensa y tutela judicial, c) la existencia de arraigo de la actora, d) la ausencia de motivación y falta de proporcionalidad en la sanción impuesta

1.- **No procede estimar la caducidad del expediente.** El acuerdo de incoación del expediente sancionador es del 21 de junio de 2007 y la Resolución por la que se concluye el expediente sancionador es de 10 de julio de 2007 publicándose edictalmente el 31 de agosto de 2007. Se encuentra dentro del plazo establecido en el artículo 121 del Reglamento de la LOEx. de 2004.

1.1.- No puede invocarse la prescripción de la orden de expulsión que lleva aparejada una consiguiente orden de prohibición de entrada en el Reino de España dado el cómputo del inicio del plazo prescriptorio.

2.- Alega la infracción del artículo 24 de la CE en relación con el artículo 22 de la LOEx.

2.1.- No puede acogerse, *prima facie*, dicha vulneración toda vez que consta que en el acto de notificación del acuerdo de incoación del expediente sancionador, notificado a la hogaño recurrente el 21 de junio de 2007, aparece la firma del Letrado del Colegio de Abogados de Soria

que intervino en el turno de oficio colegial correspondiente.

3.- La cuestión del arraigo no puede ser acogida, atendiendo al principio *perpetuatio iurisdictionis*. La resolución sancionadora es del año 2007 y los hechos determinantes del arraigo que se invocan son, en su mayor y más relevante parte, posteriores a la orden de expulsión acordada por la Subdelegación del Gobierno de Soria.

QUINTO.- La cuestión básica es analizar la orden de expulsión acordada que corona un expediente sancionador por infracción de la legislación de extranjería según los cánones establecidos por la doctrina del TJCE, el Tribunal Constitucional y la doctrina legal del TS así como la jurisprudencia menor consolidada. Se da la circunstancia de ese factor de distorsión que es el mero transcurso del tiempo desde que fuere dictada la resolución de expulsión de 2007

1.- En el caso que nos ocupa, según se colige del expediente administrativo, se incoó expediente administrativo como consecuencia de la detención de la recurrente en un control efectuado en la localidad de Soria.

2.- Se incoa el correspondiente expediente y se resuelve la expulsión y consecuente orden de prohibición de entrada por el período indicado por la Subdelegación del Gobierno en Soria.

3.- La causa de la expulsión es la detención del hogaño recurrente por la policía en la ciudad de Soria sin que figure en el expediente ningún dato relevante referido a las diligencias penales que en su caso se hubieren incoado ni si se ha dirigido en relación con la recurrente la acción penal correspondiente, ni constan documentados previos antecedentes penales o policiales, ni aparece relacionada actividad alguna que afecte al "*orden público*", en el sentido estricto del término, pues como toda norma sancionadora ha de ser además, interpretada restrictivamente, alicortando la vis expansiva y creciente de ese "cláusula de orden público".

4.- Conviene recordar que la STJCE de 31 de enero de 2006 [(asunto C-503/03:

Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España, que tuvo por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto con arreglo al artículo 226 CE, el 27 de noviembre de 2003, Comisión de las Comunidades Europeas (agentes: Sra. C. O'Reilly y Sr. L. Escobar Guerrero) contra el Reino de España], se dictó un fallo cuyo tenor literal era el siguiente: *1) Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 1 a 3 de la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública, al denegar la entrada en el territorio de los Estados Partes en el Acuerdo relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 14 de junio de 1985, al Sr. Farid, así como al denegar un visado para entrar en ese territorio a los Sres. Farid y Bouchair, nacionales de un Estado tercero y cónyuges de nacionales de un Estado miembro, por la sola razón de estar incluidos en la lista de no admisibles del Sistema de Información de Schengen, sin haber comprobado previamente si la presencia de esas personas constituía una amenaza real, actual y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad.*

5.- No basta con la concurrencia, como en el caso que nos ocupa, de la “*estancia irregular*” sin título habilitante, sea esta hija de una entrada irregular, pérdida o revocación de la autorización de residencia y trabajo.

5.1.- Si la mera estancia irregular no es motivo suficiente para acordar “*deus ex machine*” la orden de expulsión ha de analizarse si en el expediente administrativo y en la resolución impuesta se acredita la concurrencia de otros hechos determinantes que por su entidad y relevancia, por que afecten a bienes jurídicos públicos y universales protegidos (orden público etc.) permitan determinar la concurrencia de otros hechos que justifican la sanción de expulsión adoptada (SSTS de 28 de febrero, de 9 de marzo y 29 de marzo de 2007).

5.2.- Señala la doctrina legal indicada que 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 ha de motivar de forma expresa por qué acude a la sanción de expulsión

ya que la permanencia ilegal, en principio, se sanciona con multa, sin perjuicio de que en el expediente administrativo se haya acreditado la concurrencia de otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, y esos datos sean de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justifican la orden de expulsión no deja ésta de estar motivada porque no se haga mención de ellos en la propia resolución sancionadora.

5.3.- Los hechos negativos que justifiquen, en su caso, la adopción de la medida de expulsión no pueden ser elementos que integran el propio ilícito administrativo. La estancia irregular de la recurrente integra y subsume en el tipo la estancia y permanencia irregular o ilegal en el territorio del Reino de España. Empero no se puede invocar como causa concurrente que no haya intentando regularizar su situación, porque sabido es que un ciudadano extranjero que se encuentra en esa situación no acude a la comisaría de policía más cercana para "regularizar" su situación so pena de que sea detenido por la propia policía cuando vaya a interesar regularizar su situación, salvo aquellos supuestos de regularizaciones periódicas derivadas de convocatorias extraordinarias.

SEXTO.- Conforme a la doctrina del TS arriba indicada, la procedencia o no de la expulsión dependerá de la concurrencia de "*otros datos de conducta negativos*" que junto a la simple estancia ilegal sean determinantes para el acuerdo de expulsión.

1.- En el caso que nos ocupa del expediente se colige que la actora fue detenida en una actuación llevada a cabo por la Policía en la localidad de Soria en una actuación conjunta con la inspección de trabajo.

2.- La razón argüida para justificar la expulsión sustancialmente no es otra que encontrarse irregularmente en territorio español, según se colige de la fundamentación de la resolución impugnada. Es exigible, conocida la doctrina constitucional y legal vigente, que la Administración justifique de modo adecuado la orden de expulsión sin que sea causa eficiente o bastante la mera invocación de la estancia irregular del actor, cuestión que es clara y distinta sobre la que no hay discusión y sin que las propias circunstancias que determinan la permanencia ilegal puedan ser invocadas como hechos negativos que justifiquen la decisión adoptada.

SÉPTIMO.- La STJCE (Sala Tercera) de 22 de octubre de 2009 resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia [María Julia Zurita García (asunto C-261/08), Aurelio Choque Cabrera (asunto C-348/08)/Delegado del Gobierno en la Región de Murcia] en cuyo fallo se establece:

Los artículos 6 ter y 23 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado el 19 de junio de 1990 en Schengen, en su versión modificada por el Reglamento (CE) n o 2133/2004 del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, sobre la obligación, para las autoridades competentes de los Estados miembros, de proceder al sellado sistemático de los documentos de viaje de los nacionales de terceros países en el momento de cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros, y por el que se modifican a tal efecto las disposiciones del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y el Manual común, así como el artículo 11 del Reglamento (CE) n o 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), deben interpretarse en el sentido de que, cuando un nacional de un tercer país se encuentra en situación irregular en el territorio de un Estado miembro porque no cumple o ha dejado de cumplir los requisitos relativos a la duración de la estancia aplicables en él, dicho Estado miembro no está obligado a adoptar contra él una resolución de expulsión.

1.- La doctrina del Tribunal Constitucional reflejada en la STC 140/2009 de 15 de junio, sigue esa línea interpretativa.

2.- Esta resolución no impide que pueda acordarse la expulsión del recurrente por otras de las causas legalmente previstas en el orden administrativo o en el penal que en su caso se dicte.

OCTAVO.- Procede anular la resolución impugnada que deberá ser sustituida por la multa correspondiente.

En cuanto a la cuantía de la multa y siguiendo la doctrina legal y en la jurisprudencia menor no corresponde a los Juzgados y a los Tribunales sustituir el criterio discrecional de la administración, a quien le incumbe la imposición de la sanción. Los órganos jurisdiccionales valoran la proporcionalidad de las sanciones, pero no entra en sus competencias sustituir las que

corresponden a la administración.

Con el punto de partida de todo lo anterior, ha de precisarse también que si el Tribunal considera desproporcionada la sanción ha de anularla, pero no tiene que sustituirla por otra. En efecto, el alcance del principio de proporcionalidad no puede ser la sustitución de la discrecionalidad administrativa por la discrecionalidad judicial sino que se ciñe a la corrección del exceso legal en que hubiese incurrido la Administración al aplicar la sanción, razón por la que al orden jurisdiccional contencioso le incumbe excluir la solución desproporcionada pero no la indicación de la sanción más adecuada posible; multa de la que se hará cargo la madre del recurrente según sus propias declaraciones en el acto del juicio.

NOVENO.- No se aprecian causas o motivos que justifiquen realizar un especial pronunciamiento impositivo sobre costas procesales causadas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general aplicación,

FALLO:

Se acuerda ESTIMAR parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto a instancias del recurrente contra la resolución impugnada y en consecuencia:

1º) Se anula la Resolución impugnada.

2º) Se ordena retrotraer las actuaciones hasta el momento de dictarse la resolución sancionadora anulada, conservando el resto de las actuaciones del procedimiento sancionador y dictándose la sanción de multa que proceda.

3º) sin hacer expresa imposición de las costas procesales causadas a ninguna de las partes.

Notifíquese esta sentencia haciendo saber que la misma no es firme y contra la misma cabe recurso de apelación.

MODO DE IMPUGNAR ESTA RESOLUCIÓN: mediante RECURSO DE APELACIÓN EN AMBOS EFECTOS, por escrito presentado en este Juzgado en el plazo de QUINCE DÍAS, contados desde el siguiente a su notificación (artículo 81.1 de la LJCA), y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito), con nº 3834-0000-94-0057 11 código de recurso 22, de un **depósito de 50 euros**, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

Así por esta mi Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr. MAGISTRADO que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.