

NOT. 24/9/2012



JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 1
Calle Sol 28
Santander
Teléfono: 942367323
Fax.: 942367325
Modelo: TX901

Proc.: **PROCEDIMIENTO ABREVIADO**
Nº: **000029/2012**
NIG: 3907545320120000070
Materia: Extranjería
Resolución: Sentencia 000466/2012

Intervención:	Intervieniente	Procurador:	Abogado:
Demandante			
Ddo.admon.estado	DELEGACION DEL GOBIERNO EN CANTABRIA		

SENTENCIA nº 000466/2012

En Santander, a 12 de septiembre de dos mil doce.

Vistos por D. Juan Varea Orbea, Juez del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 1 de Santander los autos del procedimiento abreviado 29/2012 en materia de extranjería, en el que actúa como demandante doña [redacted] representada y defendida por la Letrado Sra. Villegas Rey siendo parte demandada la Delegación del Gobierno en Cantabria, representada y defendida por el Letrado del Estado, dictó la presente resolución con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Letrado Sra. Villegas Rey presentó, en el nombre y representación indicados, demanda de recurso contencioso administrativo contra la Resolución de la Delegación del Gobierno en Cantabria de 8-11-2011 en la que se imponía sanción de expulsión con prohibición de entrada en España.

SEGUNDO.- Admitida a trámite, se dio traslado al demandado, citándose a las partes, con todos los apercibimientos legales, a la celebración de la vista el día 11 de septiembre de 2012.

TERCERO.- El acto de la vista se celebró el día y hora señalados, con la asistencia del demandante y del demandado. La parte demanda formuló su contestación oponiéndose a la pretensión. A continuación, se fijó la cuantía del procedimiento en indeterminada y se recibió el pleito a prueba. Tras ello, se practicó la prueba



propuesta y admitida, esto es, la documental. Practicada la prueba, se presentaron conclusiones orales, manteniendo el actor las pretensiones de la demanda, en tanto que, los demandados reiteraron sus alegaciones iniciales y solicitaron la desestimación de la pretensión de la actora.

Terminado el acto del juicio, el pleito quedó visto para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto de la demanda lo constituye la Resolución de la Delegación del Gobierno en la que se resolvió imponer al actor la sanción de expulsión del territorio español con la prohibición de entrada por tiempo de 3 años por infracción tipificada en el art. 53. a) de la LODLE 4/2000 en relación al art. 57.1.

Opone el demandante como motivo de su pretensión la de proporcionalidad en la sanción impuesta, solicitando se sustituya por multa en grado mínimo. La demandada defiende la resolución combatida aduciendo que existen datos negativos en la conducta del responsable que implican un plus de antijuridicidad que justifican la sanción.

SEGUNDO.- Existe una consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia, especialmente en relación al elemento aquí debatido de la proporcionalidad de la sanción de expulsión a extranjeros que se encuentra irregularmente en nuestro país, y que aparece expuesta, entre otras en la **STS de 19 de julio de 2007** y más recientemente en **STS de 24-6-2008** que se expresa de la siguiente forma:

"Tercero.- 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^o 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 trascendencia".

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."

Actualmente, esta doctrina es aplicable al régimen del Reglamento aprobado en RD 2393/2004 y al nuevo RD 557/2011 de 20 abril (BOE 30-4-2011, con entrada en vigor a los dos meses) que deroga el anterior.

TERCERO.- La parte actora comienza alegando la nulidad de la resolución por la indebida tramitación del expediente que debió seguir el cauce del procedimiento ordinario. Lo cierto es que, la inadecuación del procedimiento y la inobservancia del trámite preceptivo solo motivaría la nulidad de la resolución en caso de que se hubiese prescindido totalmente de todo procedimiento (que no es el supuesto) o se hubiese generado indefensión material, entendida como pérdida real de una oportunidad e defensa. En el presente caso, nos e acredita tal daño al derecho de defensa de forma que la alegación debe ser desestimada.

Pues bien, en el presente caso, el argumento de la resolución es que el sancionado ha sido objeto de previa sanción económica por estancia irregular, incurriendo en reiteración de la conducta típica y que ya se le había denegado una autorización. La defensa, opone sobre todo, su arraigo familiar y social. Así, consta probado que está documentada, ha entrado en España por punto habilitado, reside en territorio nacional desde 2007, ha intentado regularizar su situación, convive con un ciudadano español que es su pareja (testifical y documental) y está integrada en su entorno social (informe del ayuntamiento).

Analizando las presentes circunstancias que concurren en el sancionado, se entiende que la expulsión es desproporcionada, según los criterios del art. 55. 3 y 4 LODLE y 119.3 RD 2393/2004. Lo cierto es que el único dato negativo que consta es una previa sanción por los mismos hechos. Tal simple hecho negativo, con las



circunstancias del caso, no puede llevar a motivar la sanción máxima. En relación a las alegaciones de la demandada en la vista, ha de decirse que la gradación de la sanción exige una ponderación de las circunstancias del caso que, atiende, como es lógico, a la antijuridicidad de la conducta, lo cual supone analizar los denominados datos negativos que puedan suponer un plus pero también otras circunstancias que minoren esa antijuridicidad como causas de justificación. Pero, además de este elemento, se valora la culpabilidad (agravantes y atenuantes) y se persigue la individualidad de la sanción para adaptarla a las circunstancias del caso y del autor. Y en este juicio, no se toman en consideración circunstancias, como el arraigo, impuestas por la doctrina o la jurisprudencia, sino por la misma norma. De igual forma, señalar que realmente no hay un arraigo sobrevenido pues del expediente y de la testifical resulta que la convivencia y relación de pareja ya existía y lo que se produce es una acreditación a posteriori de un dato previamente alegado.

Es por ello que, constatada la infracción, que no se discute y concurriendo el tipo, el Juzgador ha de moderar, en virtud del principio de proporcionalidad, la sanción impuesta. Tal sanción es la de multa conforme al art. 55.1 b de 501 a 10000 euros. En la graduación de la sanción, dice el apartado 3 del precepto que se atenderá a los criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad, daño producido, riesgo derivado de la infracción y su trascendencia. Y el apartado 4 señala que para la determinación de la cuantía de la sanción se atenderá especialmente, que no exclusivamente, dando entrada a otros factores ponderativos, a la capacidad económica del infractor. A su vez, el art. 222. 3 RD 557/2011 (art. 119.3 RD 2393/2004), añade que se valorarán, también, las circunstancias de la situación personal y familiar. En el presente caso, se valoran las circunstancias ya dichas, como la reincidencia, así como, la capacidad económica manifestada en el expediente y señalada antes. Es por ello que se entiende proporcionada sanción de multa de 900 euros.

CUARTO.- De conformidad con el art. 139 LJ, las costas se imponen a la demandada.

FALLO

SE ESTIMA ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por la Letrado Sra. Villegas Rey, en nombre y representación de doña [redacted] contra la Resolución de la Delegación del Gobierno en Cantabria de 8-11-2011 y, en consecuencia **SE ANULA** parcialmente en el exclusivo sentido de sustituir la sanción impuesta por la de multa de 900 euros.