

Roj: STSJ CL 4017/2012
Id Cendoj: 47186330032012100438
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Valladolid
Sección: 3
Nº de Recurso: 433/2012
Nº de Resolución: 1475/2012
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: FRANCISCO JAVIER PARDO MUÑOZ
Tipo de Resolución: Sentencia

**T.S.J.CASTILLA-LEON CON/AD
VALLADOLID C/ ANGUSTIAS S/N**

Sección 3ª

SENTENCIA: 01475/2012

N56820

N.I.G: 47186 33 3 2012 0101289

RECURSO DE APELACION 0000433 /2012

Sobre: EXTRANJERIA

De Palmira

Representación MARIA CONCEPCION DEL MAR CANO HERRERA

Contra OFICINA DE EXTRANJEROS DE VALLADOLID

Representación ABOGADO DEL ESTADO

Ilmos. Sres. Magistrados

Don AGUSTÍN PICÓN PALACIO

Don FRANCISCO JAVIER PARDO MUÑOZ

Don FRANCISCO JAVIER ZATARAÍN Y VALDEMORO

En Valladolid, a veintisiete de julio de dos mil doce.

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, integrada por los Magistrados expresados al margen, ha pronunciado en grado de apelación la siguiente

SENTENCIA NÚM. 1475/12

En el **recurso de apelación núm. 433/12** interpuesto contra la Sentencia de fecha 30 de marzo de 2012 dictada en el procedimiento abreviado 17/11 seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Valladolid, en el que son partes: *como apelante* **doña Palmira**, representada por la Procuradora Sra. Cano Herrera y defendida por la Letrado Sra. Sancho Casín; y *como apelada* **la Administración General del Estado (Subdelegación del Gobierno en Valladolid)**, representada y defendida por la Abogacía del Estado, sobre extranjería (expulsión).

Ha sido **ponente** el Magistrado don FRANCISCO JAVIER PARDO MUÑOZ, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento del que dimana esta apelación se dictó se dictó Sentencia de fecha 30 de marzo de 2012 por la que estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por doña Palmira , nacional de Brasil, contra la resolución de la Subdelegación de Gobierno de Valladolid de fecha 1 de diciembre de 2010 correspondiente al expediente sancionador nº NUM000 , en la que se acuerda Decretar la expulsión de la recurrente del territorio nacional y prohibición de entrada en el mismo y en el territorio Schengen por un plazo de tres años, declaró que el acto administrativo era conforme a Derecho a excepción del pronunciamiento referido a la prohibición de entrada en el territorio nacional y en el territorio Schengen por un plazo de tres años, que lo redujo a un año, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la resolución recurrida, todo ello sin que estableciese una especial condena en costas.

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia doña Palmira interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de instancia y, en su lugar, se dicte por la que se acuerde el archivo del expediente, sin sanción alguna, o subsidiariamente la imposición de la sanción de multa en su cuantía mínima.

TERCERO.- Admitido el recurso por el Juzgado y conferido el oportuno traslado, la Abogacía del Estado se opuso al mismo solicitando su desestimación, con imposición de costas a la parte recurrente.

CUARTO.- Transcurridos los plazos de los artículos 85.2º y 4º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , se elevaron los autos y el expediente administrativo a la Sala.

QUINTO.- Por Diligencia de Ordenación de 14 de junio de 2012 se acordó la formación y registro del presente rollo de apelación, designándose ponente, y señalándose para votación y fallo el día 26 de julio de 2012.

SEXTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado los trámites marcados por la LJCA, aunque no los plazos en ella fijados dado el volumen de trabajo y la pendencia que existe en la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Sentencia apelada y alegaciones de las partes.

La sentencia objeto de apelación estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo en su día interpuesto por doña Palmira , nacional de Brasil, contra la resolución de la Subdelegación de Gobierno de Valladolid de fecha 1 de diciembre de 2010 en la que se acordó Decretar su expulsión del territorio nacional y prohibición de entrada en el mismo y en el territorio Schengen por un plazo de tres años, declaró que el acto administrativo era conforme a Derecho a excepción del pronunciamiento referido a la prohibición de entrada en el territorio nacional y en el territorio Schengen por un plazo de tres años, que lo redujo a un año, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la resolución recurrida, todo ello por entender, en esencia, que la resolución recurrida concreta la causa de expulsión en la infracción del artículo 53.a) de la LOEx y especifica las razones por las cuales la Administración impuso la sanción de expulsión y no la general de multa que prevé el ordenamiento jurídico, y lo hace acudiendo a la situación de irregularidad que ha venido manteniendo la recurrente desde su entrada en territorio español -desconociéndose tanta la fecha como el lugar por donde entró-, siendo evidente que carecía de la documentación necesaria para ello estando su conducta tipificada al haber excedido el periodo de tres meses de permanencia legal y sin que conste que haya intentado regularizar su situación, no constando tampoco existencia de arraigo ni familiar ni laboral o social, no bastando la mera permanencia continuada e ininterrumpida en territorio español; que como señala la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Castilla y León con sede en Valladolid de fecha 20 de febrero de 2009 , otra solución, como la pretendida por la parte recurrente, vendría a establecer un régimen para ella igual al de otras personas que, aún estando irregularmente en territorio nacional, sin embargo han demostrado la existencia de una mayor voluntad de integración, como la asistencia de cursos oficiales de idiomas, trabajos realizados, mantenimiento de relaciones estables con nacionales; y que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 58 de la de la L.O. 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su reforma operada por L.O. 2/2009, realizando una adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes, procede reducir el periodo de prohibición de entrada en territorio español al periodo de un año, coincidiendo con el criterio mantenido por diversos Tribunales Superiores de Justicia, y entre ellos el de Castilla y León, Sala de Valladolid, citando entre otras su sentencia de 22 de marzo de 2011 .

Doña Palmira alega en apelación infracción del artículo 55 de la Ley de Extranjería y del principio de proporcionalidad en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que requiere la concurrencia de datos negativos en el ciudadano extranjero para optar por la sanción de expulsión, fundándose únicamente la resolución recurrida en el desconocimiento del lugar y la fecha de entrada, es decir, únicamente en la estancia irregular, lo que supone la imposición de multa y no de expulsión; y que la sentencia ha incurrido en error en

apreciación de la prueba ya que declaró que había entrado en España el 13 de octubre de 2010 , por lo que estando acreditado que el 19 de julio se encontraba en Portugal, es claro que cuando fue detenida no habían transcurrido 90 días de estancia irregular, por lo que no ha cometido infracción alguna.

La Abogacía del Estado se opone a la apelación alegando que nada nuevo se ha aportado en alzada respecto de los argumentos que utilizó la actora en la instancia, por lo que da por reproducidas su contestación a la demanda.

SEGUNDO.- Sobre el principio de proporcionalidad. Justificación suficiente en la imposición de la sanción de expulsión. Tipicidad. Desestimación de la apelación.

Sobre esta cuestión, esta Sala viene aplicando la reiterada doctrina del Tribunal Supremo sobre el particular -citada en la sentencia de instancia- (por todas, STS de 29 de noviembre de 2008), en cuya virtud " Hemos dicho en multitud de sentencias, de ociosa cita por su reiteración, que 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), 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".

Con base en estos argumentos, el propio Tribunal Supremo ha declarado que son hechos o circunstancias que constituyen motivación suficiente para justificar la imposición de la sanción de expulsión y no la de multa en los casos de estancia irregular en España, los siguientes: estar indocumentado el extranjero y por tanto sin acreditar su identificación y filiación, ignorándose cuándo y por dónde entró en territorio español (Sentencias de 30 de junio de 2006 , 31 de octubre de 2006 , 29 de marzo de 2007 y 31 de enero de 2008); inactividad en orden a la legalización de la estancia o residencia (STS 20 noviembre 1990); haber sido detenido por su participación en un delito, hecho por el que se siguieron diligencias penales ante un Juzgado de Instrucción (Sentencia de 19 de diciembre de 2006), carecer de domicilio y arraigo familiar y estar además indocumentado (Sentencia de 28 de febrero de 2007); dictarse con carácter previo a la expulsión una orden de salida obligatoria del territorio nacional que tendría que haberse hecho efectiva sin haber intentado legalizar su situación en España (Sentencia de 22 de febrero de 2007).

Pues bien, esto último es lo que ocurre en el presente caso en que a la permanencia ilegal en España de la parte apelante se une la circunstancia subrayada en la resolución impugnada -y en la sentencia de instancia- de que no ha intentado regularizar su situación, lo que por sí sólo revela la voluntad de permanecer en dicha situación irregular y de no integrarse en nuestra comunidad, encontrándose indocumentada y careciendo de cualquier tipo de arraigo en nuestro país (que " *no puede deducirse en modo alguno de la pura permanencia ilegal en España*" STS de 22 de diciembre de 2005), y de medios de vida, debiendo significarse que el arraigo de tipo familiar, social o económico y la tenencia o no de medios adecuados de vida, que habrán de ser suficientes, regulares y permanentes, o al menos no esporádicos, y que deberán cubrir el sustento del extranjero y, en su caso, de las personas a su cargo, deben ser probados por el extranjero, lo que aquí no ha ocurrido.

Debemos recordar que en la actualidad el concepto jurídico indeterminado de arraigo (que " *no puede deducirse en modo alguno de la pura permanencia ilegal en España*" STS de 22 de diciembre de 2005) puede complementarse con el contenido en el artículo 124 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril , por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, referido al arraigo: 1) laboral -permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de dos años, sin antecedentes penales y relación laboral cuya duración no sea inferior a seis meses, presentando una resolución judicial que la reconozca o la resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que la acredite-; 2) social - permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de tres años, careciendo de antecedentes penales, contando con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud para un periodo que no sea inferior a un año, y tenencia de vínculos familiares con otros extranjeros residentes, entendiéndose referidos exclusivamente a los cónyuges o parejas de hecho registradas, ascendientes y descendientes en primer grado y línea directa o por integración social en virtud de informe emitido por la Comunidad Autónoma en cuyo territorio tengan su domicilio habitual, en el que conste el tiempo de permanencia del interesado en su domicilio habitual, en el que deberá estar empadronado, los medios económicos con los que cuente, los vínculos con familiares residentes en España, y los esfuerzos de integración a través del seguimiento de programas de inserción sociolaborales y culturales-; y 3) familiar -que se trate de padre o madre de un menor de nacionalidad española, siempre que el progenitor solicitante tenga a cargo al menor y conviva con éste o esté al corriente de las obligaciones paternofiliales respecto al mismo, o que se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles-, sin que sea suficiente a los efectos de apreciar el arraigo el mero empadronamiento en un municipio del territorio español (STS de 27 de mayo de 2008), ni la mera existencia de una oferta de trabajo es en sí misma relevante a los efectos de acreditar el arraigo, ya que " *ha de tenerse en cuenta que la oferta "per se" no denota una vinculación laboral, pues el arraigo ya es expresión de una vinculación, aún fáctica con el mercado de trabajo, y la oferta en sí misma solo es denotativa de una vocación futura de vinculación de llegar a materializarse la misma. Tal oferta, por otro lado, debe, en su caso, utilizarse para la obtención del permiso de trabajo en régimen ordinario, mas no es en sí misma, conceptualmente, expresiva de la situación de arraigo*" (STS de 24 de mayo de 2007), pues no debemos olvidar que lo relevante no es la vocación de arraigo, que por sí sola no tiene ninguna virtualidad, ya que los requisitos que configuran la situación de arraigo no pueden cumplirse de vísperas, porque se quiere arraigar, sino porque ya se ha arraigado.

Sobre los supuestos de indocumentación, como el que aquí nos ocupa, y como ya hemos apuntado, la STS de 14 de junio de 2007 señala que " *en la propia resolución administrativa constaba que en el momento de los hechos el actor estaba completamente indocumentado, y esta circunstancia ha sido tomada en cuenta en*

reiteradas sentencias como suficiente para justificar la procedencia de la opción administrativa por la expulsión y no por la multa (v.gr. sentencias 30 de junio y 30 de octubre de 2006) ", y la STS de 26 de diciembre de 2007 reitera dicha doctrina en un supuesto en que la parte recurrente " además estaba indocumentada, y, por lo tanto, sin acreditar su identificación y filiación, ignorándose lógicamente cómo y por dónde entró en territorio español ", añadiendo que " La permanencia ilegal y la ausencia de documentos de identificación son motivación suficiente para justificar la imposición de la sanción de expulsión y no la de multa ", y en igual sentido la STS de 31 de enero de 2008 , desconocimiento del que se deriva la falta de acreditación de su alegada entrada en territorio español justo el día anterior al de su detención.

Y Sobre la inactividad en orden a la regularización la citada STS de 22 de diciembre de 2005 señala que " El arraigo (como causa que podría moderar la sanción) no puede deducirse en modo alguno de la pura permanencia ilegal en España. Hubiera requerido una prueba de las actividades y relaciones del actor en España, que no se ha hecho, sin que tampoco haya acreditado su intento de regularización en España", y la jurisprudencia sobre la proporcionalidad ha considerado un elemento subjetivo de importancia el que el extranjero haya realizado o no alguna gestión idónea con el fin de mantener la regularidad administrativa, confirmando la expulsión cuando aprecia la inactividad en orden a la legalización de la estancia o residencia (STS 20 noviembre 1990 , entre otras).

En fin, la permanencia ilegal y estos hechos que constan en el expediente administrativo y en la resolución impugnada son motivación suficiente para justificar la imposición de la sanción de expulsión y no la de multa, de forma que ni la Administración ha desconocido el principio de proporcionalidad ni ha dejado de exponer las razones por la que expulsó a la parte actora del territorio nacional, considerándose, por lo demás, acertada la aplicación retroactiva de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, efectuada en la sentencia de instancia -siguiendo el criterio de nuestra sentencia de 25 de febrero de 2011 - determinando la reducción de la prohibición al plazo de un año.

TERCERO.- Costas procesales de la apelación.

De acuerdo con el criterio objetivo del vencimiento que se establece en el artículo 139.2 de la LJCA , procede imponer las costas de esta segunda instancia a la parte apelante, al haber sido totalmente desestimadas sus pretensiones impugnatorias, con el límite de 300 #.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por doña Palmira contra la Sentencia de 30 de marzo de 2012 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Valladolid , que se confirma en su integridad, condenando al apelante a las costas de alzada en la cuantía de 300 #.

Devuélvanse los autos originales y el expediente al órgano judicial de procedencia, acompañando testimonio de esta sentencia, y dejando el original en el libro correspondiente.

Así por esta nuestra sentencia, que es firme, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Publicada ha sido la anterior sentencia en el día de su fecha, de lo que doy fe.