



Roj: STSJ CLM 640/2012  
Id Cendoj: 02003330012012100127  
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso  
Sede: Albacete  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 321/2010  
Nº de Resolución: 50/2012  
Procedimiento: Recurso de Apelación  
Ponente: MANUEL JOSE DOMINGO ZABALLOS  
Tipo de Resolución: Sentencia

**T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.1**

**ALBACETE**

**SENTENCIA: 00050/2012**

**Recurso de Apelación nº 321/10**

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Guadalajara

**SALA DE LO CONTENCIOSO**

**ADMINISTRATIVO. SECCIÓN 1ª**

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. José Borrego López

Magistrados:

D. Mariano Montero Martínez

D. Manuel José Domingo Zaballos

D. Mª Belén Castelló Checa

**S E N T E N C I A Nº 50**

En Albacete, a veintisiete de Febrero de dos mil doce.

Vistos por la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, el recurso de apelación interpuesto por la Subdelegación del Gobierno en Guadalajara, representada por el Sr. Abogado del Estado, contra la Sentencia, de fecha 19 de Abril de 2010, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Guadalajara en el procedimiento abreviado nº 550/09 , y como parte apelada Dª Azucena , representada por la Procuradora Dª Mª Victoria Arcas Martínez y dirigida por la Letrada Dª Nuria Domínguez Soria. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Manuel José Domingo Zaballos.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Dicho Juzgado dictó Sentencia con la siguiente parte dispositiva: *"QUE ESTIMANDO PARCIALMENTE EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 550 DE 2009 INTERPUESTO POR DOÑA Azucena (N.I.E. NUM000 ), REPRESENTADO Y DIRIGIDO POR LA LETRADA DOÑA NURIA DOMINGUEZ SORIA CONTRA LA RESOLUCION DE LA SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN GUADALAJARA DE FECHA 1 DE OCTUBRE DE 2009 QUE CONFIRMA LA RESOLUCION DE 11 DE FEBRERO DE 2009 QUE ACUERDA LA EXPULSION DEL TERRITORIO ESPAÑOL DE DOÑA Azucena , NACIONAL DE NIGERIA, POR UN PERIODO DE 5 AÑOS, EN LO QUE SE REFIERE A LA SANCIÓN DE EXPULSIÓN, QUE DEBERÁ QUEDAR SIN EFECTO, SUSTITUYÉNDOSE ÉSTA POR LA DE MULTA DE 301 #, MANTENIENDO EL RESTO DE LA RESOLUCIÓN EN SU INTEGRIDAD. SIN COSTAS."*

**Segundo.-** Notificada la resolución a las partes interesadas, la parte demandada interpuso recurso de apelación dentro de plazo. Admitido a trámite por el Juzgado, se dio traslado a la parte demandante para que hiciese alegaciones, trámite que cumplimentó en legal forma.

**Tercero.-** Elevados los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, se formó el correspondiente rollo de apelación. No habiéndose solicitado por las partes personadas la celebración de vista, ni considerándose necesaria la misma por este Tribunal, se señaló para votación y fallo el día 23 de Febrero de 2012.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero .-** Se alza el Abogado del Estado frente a la sentencia de instancia, pretendiendo se dicte otra por esta Sala que estime su recurso de apelación y declarando conforme a Derecho la resolución administrativa impugnada, confirmando la originaria por la que la Subdelegación del Gobierno de Guadalajara había resuelto la expulsión de D<sup>a</sup> Azucena del territorio nacional y prohibición de entrada en España por período de cinco años.

Se reprocha de la sentencia que la fundamentación precedente a su pronunciamiento omite tomar en consideración que, aparte de la estancia irregular en España, la Administración ignoraba la manera en que la apelada realizó la entrada en el territorio español, toda vez que no figuraba en su pasaporte sello de entrada alguno en territorio español por puesto habilitado al efecto; de ahí que -concluye- conforme a la doctrina del Tribunal Supremo (se cita la STS DE 30 de Junio de 2006 ) había elementos fácticos acreditados para optar por la sanción de expulsión y no solo por la de multa.

Se ha opuesto a las pretensiones de contrario la representación de la ciudadana nigeriana abundando en lo que constituye la fundamentación de la sentencia apelada.

**Segundo.-** Viene reiterando esta Sala a propósito de la misma problemática que nos ocupa, por ejemplo, en Sentencia de esta Sección 1<sup>a</sup> de 28 de Mayo de 2007 (R.A. 88/2006 ), lo siguiente:

*" Segundo. Las anteriores consideraciones, aplicables también al caso que nos convoca, nos mueven a desestimar la apelación entablada, porque ya en el acuerdo de inicio de expediente, se mencionaba la posibilidad de imponer sanción de expulsión, y se pudo analizar la procedencia de una sanción y no de otra, para el caso de tener que adoptarse alguna. Además, no puede hablarse de indefensión material -único supuesto en que el defecto formal podría provocar la nulidad del acto- porque se conoció desde el principio la dirección que presentaba la Administración en cuanto a la posible sanción a imponer, debidamente notificada y advertida en la propuesta de resolución, llevada luego a dicho acto, que dio lugar al directamente combatido. Aunque, formal y detalladamente, no conste una motivación concreta por la que la Administración escogió la sanción de expulsión y no la de multa, tenemos repetidamente dicho que formalmente la Ley Orgánica 4/2000, art. 55.1.b ), parece imponer la sanción de multa para las infracciones graves, como la que nos ocupa; pero ello no queda nada claro si lo comparamos con el art. 57, que para los supuestos de estancia ilegal, entre otros, permite imponer la sanción de expulsión del territorio nacional; obsérvese, en ese sentido, que el texto legal dice "podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español", no "podrá sustituirse", o expresiones análogas. La alternatividad real que plantea la legislación de extranjería, pues, permite que en este caso la Administración cumpliera con las previsiones legales. (...)*

*Cuarto. Como nos viene diciendo desde diciembre de 2005 el más Alto de nuestros Tribunales, así y entre otras varias, en Sentencia de treinta de junio de 2006 , EDJ 2006/98831, [" 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 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: primero, 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. Segundo. 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".

Tercero. Que 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.

Cuarto. 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". "

A título de ejemplo, el Tribunal Supremo viene entendiendo como circunstancias que habilitan la imposición de la sanción de expulsión que el extranjero "esté indocumentado y por lo tanto sin acreditar su identificación y filiación, y además se ignore cuando y por dónde entró en territorio español" (STS JUR 2006\139376 y 2006\72731), o la "utilización de documentación de tercero" (STS JUR 2006\104017), o "haber sido detenida por un delito de hurto y ser conocida por dedicarse al hurto al descuido" (STS JUR 2006\94602), o la condena en procedimiento penal, no siendo suficiente la detención policial, STS de 27 de abril de 2007, Recurso nº 9812/2003.

**Tercero.-** La sentencia apelada se detiene pormenorizadamente en plasmar las normas de aplicación al caso litigioso- comenzando por el artículo 53 a) de la Ley Orgánica 4/2000 en relación con los artículos 55 y 57 del mismo cuerpo legal, así como de su desarrollo reglamentario. Y plasma también el criterio del Tribunal Supremo manifestado en sentencias como la de 30 de Junio de 2006 a propósito de la obligada proporcionalidad en la elección de la sanción por conductas constitutivas de infracción administrativa así tipificadas en la legislación sobre extranjería.

Pues bien, proyecto al caso enjuiciado la Sentencia, sigue acertando el juzgador a quo con el razonamiento recogido en el FJ 5, dos últimos párrafos de la Sentencia sometida a enjuiciamiento de legalidad:

"En el supuesto sometido a enjuiciamiento no puede sino afirmarse la total inexistencia de hecho negativo alguno, distinto al que supone la permanencia ilegal del recurrente en España sin que se justifique la adopción de la sanción de expulsión al concurrir circunstancias consistentes en ser madre de tres menores nacidos en España y convivir en España con su esposo quién tiene permiso de residencia. Los menores, como personas no emancipadas, se encuentra por disposición legal bajo la tutela de patria potestad de la actora a velar por dicha menor, tenerla en su compañía, alimentarla, educarla y procurarle una formación integral,

por lo que procede la anulación de la resolución impugnada. Tanto el Art. 2 de la Ley Orgánica 1/96 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor de modificación parcial del Cc y de la LEC, como el art. 4 de la Ley 3/2005 de 18 de febrero, de Atención y Protección a la infancia y adolescencia, disponen que el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y la protección de sus derechos deben ser el principio inspirador básico de las decisiones y actuaciones que a su respecto adopten y apliquen los padres y madres, tutores y guardadores. Dispone en este sentido el art. 48 a) de la Ley 3/2005 de 18 de febrero, que entre los principios rectores de la actuación administrativa: "se respetará entre todas las actuaciones, el principio de primacía del interés superior de los niños, niñas y adolescentes y la protección de sus derechos en orden a garantizar su desarrollo sobre cualquier otro interés legítimo concurrente".

La opción entre las sanciones de multa y expulsión requiere necesariamente atender a los criterios de proporcionalidad, valoración del grado de culpabilidad, daño producido o riesgo derivado de la infracción y su trascendencia. Resulta más proporcionada, en atención a las circunstancias concurrentes expuestas, su sustitución por la de multa de 301 #."

Frente a tales razonamientos plasmados en la sentencia a partir de hechos probados, no puede prosperar el alegato del Abogado del Estado aunque no quede probado en las actuaciones la tesis sostenida por la ciudadana nigeriana ya en vía administrativa: que entró por vía férrea en España en Septiembre de 1999 procedentes de Francia "espacio Schengen" de forma regular por puesto habilitado y vuelve a insistirse con esa versión en el escrito de oposición al recurso de apelación. Siendo cierto que no consta acreditado documentalmente en las actuaciones si la entrada en España aconteció como explica la apelada, no puede orillarse que D<sup>a</sup> Azucena no estaba indocumentada, como acreditó solo dos días después de que se incoara el expediente sancionador acompañando pasaporte nigeriano válido hasta el 7 de Agosto de 2013. Así pues está acreditado la convivencia con el padre de los hijos comunes nacidos en España, residiendo en vivienda arrendada en Azuqueca de Henares siendo inquilina la apelada y su pareja D. Antonio con contrato laboral a tiempo completo e indefinido por cuyos rendimientos de trabajo tributa, circunstancias que, a mayor abundamiento de los particulares recogidos en la Sentencia, refuerzan la corrección de su pronunciamiento estimatorio parcial.

**Tercero.-** Por imperativo legal, art. 139.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la parte apelante que vea íntegramente desestimadas sus pretensiones abonará las costas procesales.

Vistos los artículos citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación

## FALLAMOS:

Que **DESESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por la Subdelegación del Gobierno en Guadalajara contra la Sentencia, de fecha 19 de Abril de 2010, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Guadalajara en el procedimiento abreviado nº 550/09; con expresa imposición a la parte apelante de las costas de esta alzada.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará certificación literal a los autos originales y la que se notificará con expresión de que contra ella no cabe recurso ordinario, la pronunciamos, mandamos y firmamos.