



Roj: STSJ AR 240/2013
Id Cendoj: 50297330012013100148
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Zaragoza
Sección: 1
Nº de Recurso: 338/2011
Nº de Resolución: 202/2013
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: JUAN CARLOS ZAPATA HIJAR
Tipo de Resolución: Sentencia

T.S.J.ARAGON CON/AD SEC.1

ZARAGOZA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

SECCIÓN PRIMERA

RECURSO DE APELACIÓN Nº 338/2011 INTERPUESTO FRENTE A LA SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 2011 DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 3 DE ZARAGOZA, DICTADA AL PROCEDIMIENTO ABREVIADO N º 68/2011

SENTENCIA NÚMERO /202/13

En Zaragoza a 22 de marzo de 2013, habiendo visto los presentes autos la Sección de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, constituida por los Ilmos. Sres:

Presidente.

D. Juan Carlos Zapata Híjar, ponente de esta resolución.

Magistrados.

D. Jesús María Arias Juana

Dª. Isabel Zarzuela Ballester

Dª. Nerea Juste Diez de Pinos

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO: Partes del recurso

Apelante D. Gabriel representado por la Procuradora Dª. María Angeles Prieto Sogo y defendido por la Letrado Dª. María Luisa García Peñafiel.

Apelada la Subdelegación del Gobierno en Zaragoza representada y defendida por el Abogado del Estado D. Rafael Santacruz Blanco.

SEGUNDO: Actuación administrativa recurrida.

Resolución de 2 de noviembre de 2010 del Subdelegado del Gobierno en Zaragoza que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de 10 de agosto de 2010 que acuerda la expulsión del territorio nacional del actor con prohibición de entrada en España de 3 años, por aplicación del art. 53.a) de la Ley de Extranjería . (exp. NUM000)

TERCERO: Resumen y parte dispositiva de la resolución judicial recurrida.

1) El recurrente fue presentado ante la Policía el 6 de mayo de 2010, sin documentación. El único dato negativo que consta es la falta de documentación y la detención por falsedad documental. Consta el pasaporte de Guinea con su número, empadronado desde diciembre de 2008 en Barcelona.

2) En el escrito de demanda alega vulneración del principio de proporcionalidad, dado que tiene arraigo.

3) En la Sentencia apelada se desestima el recurso indicando que la Resolución es conforme a derecho dado que no consta documentación y no es válida la presentada.

CUARTO: Cuantía.

Indeterminada.

QUINTO: Pretensiones de la parte apelante.

Se revoque y deje sin efecto la Sentencia recurrida y se revoque la sanción de expulsión.

Resumen de los motivos del recurso de apelación.

Reitera que la sanción de expulsión no es proporcionada y que debió haberse sustituido por multa.

SÉPTIMO: Procedimiento.

Se admitió la apelación el 5 de septiembre de 2011.

Se señaló para votación y fallo el 14 de marzo de 2013.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

PRIMERO : La sanción de expulsión del art. 53.a) de la Ley de Extranjería , la proporcionalidad de su imposición.

No cuestionándose la estancia irregular del actor, la cuestión que nuevamente se plantea ante este Tribunal es la proporcionalidad de la medida de la expulsión por estancia irregular y es imprescindible de conformidad al art. 1.6 del Código Civil , seguir la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ahora ya reiterada.

Esta doctrina está contenida en las Sentencias de 14 de diciembre de 2005 (RC 4464/2003) de 22 de diciembre de 2005 (RJ 2006/1336), dos de 27 de enero de 2006 (RJ 2006/350 y 354), 18 de enero de 2007 (RJ 2007/285), 25 de enero de 2007 (RJ 2007/1321) y dos de 28 de febrero de 2007 (RJ 2007/ 878 y 882). En estas últimas se indica:

"En la Ley Orgánica 7/85, de 1 de julio (RCL 1985\1591), 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 (RCL 2000\172, 209) (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 (RCL 2000\2963 y RCL 2001, 488) (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 (RCL 2001\1808, 2468), 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.

Pues bien en este caso el único dato negativo a valorar es la no documentación del recurrente. La simple detención, como ha dicho reiteradamente el Tribunal Supremo y esta Sala no puede tenerse en cuenta como hecho negativo pues vulneraría el principio de presunción de inocencia.

No se valora en Sentencia el Pasaporte por ser una fotocopia, ni el empadronamiento. Sin embargo estos dos datos, sin constar o sin presumir la falsedad de ninguno de los dos documentos oficiales, han sido considerado suficiente para acreditar la identidad en supuestos idénticos al presente.

El recurrente no está indocumentado, pues consta su Pasaporte con la interposición del recurso de alzada y está empadronado. No dudándose de la veracidad de ambos documentos aún cuando sean fotocopias. Su situación no es la equivalente a la que se plantea en las STS de 14 de junio de 2007 (RJ 6024 y 6026/2007), más bien se encuentra en la situación de documentación a que hace mérito la STS 12 de abril de 2007 (RJ 2007/3298) y ello por la sencilla razón de que el Tribunal Supremo entiende relevante esa falta de documentación para evitar la prueba de entrada irregular que aquí no se cuestiona. Debe tenerse en cuenta que el Tribunal Supremo en las indicadas Sentencias valora la situación de indocumentación para no sustituir la expulsión por multa, pero en supuestos de documentación del extranjero con Pasaporte, sin constar la entrada indica (STS de 19 de diciembre de 2007 (RJ 2007/9153) : "En el presente caso no hay en el expediente administrativo ningún otro dato o hecho relevante que no sea la pura y escueta permanencia ilegal de D. Jesús Luis en territorio español, quien no se hallaba indocumentado, toda vez que portaba pasaporte. En consecuencia, se trata de un caso en que ni en la resolución ni en el expediente administrativo existen específicamente las razones por las cuales la Administración impuso la sanción de expulsión y no la general de multa que prevé el ordenamiento jurídico. De suerte que obró conforme a Derecho la Sala de Baleares cuando estimó el recurso Contencioso-Administrativo y anuló la sanción impuesta. Y debe tenerse presente que la Administración no sancionó al demandante por entrada ilegal (cosa que, por cierto, no constituye infracción, sino sólo motivo de devolución) ni tampoco por no contar con documento que justificara su identidad, sino exclusivamente por permanencia ilegal en el territorio nacional [artículo 53-a) de la Ley Orgánica 4/2000 ".

Ha de anularse la sanción de expulsión y sustituirse por multa de 600 euros.

SEGUNDO: De conformidad a lo dispuesto en el art. 139.2 de la LRJCA , al ser estimado en su totalidad el recurso de apelación no han de imponerse las costas del mismo.

III. FALLO.



ESTIMAR EL PRESENTE RECURSO DE APELACIÓN.

REVOCAR LA SENTENCIA RECURRIDA.

ANULAR LA SANCIÓN DE EXPULSIÓN QUE SE SUSTITUYE POR MULTA DE 600 EUROS.

NO HACER EXPRESA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS DEL PRESENTE RECURSO.

Notifíquese esta Sentencia a las partes personadas, incorpórese al Libro de Sentencias de esta Sección y llévese testimonio al rollo de apelación.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, los Ilmos Sres. Magistrados D. Juan Carlos Zapata Híjar, D. Jesús María Arias Juana, D^a. Isabel Zarzuela Ballester y D^a. Nerea Juste Diez de Pinos de la Sección Primera de esta Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el día de su fecha, de lo que yo la Secretario doy fe en Zaragoza.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ