

Lela: M^a PAZ SA CASADO

**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N^o
2 DE DONOSTIA - SAN SEBASTIAN(e)ko
ADMINISTRAZIOAREKIKO AUZIETAKO 2 ZK.KO
EPAITEGIA**

TERESA DE CALCUTA-ATOTXA-JUST. JAUREGIA 1-3^o PLANTA - C.P./PK: 20012

Tel.: 943-000778

N.I.G. / IZO: 20.05.3-12/000047

Procedimiento / Prozedura: **Proced.abreviado / Prozedura laburtua 16/2012**

SENTENCIA N^o 138/2013

En DONOSTIA - SAN SEBASTIAN, a veintiuno de junio de dos mil trece.

VICTOR MORA GASPAR, MAGISTRADO del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 2 de DONOSTIA - SAN SEBASTIAN ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 16/2012 y seguido por el procedimiento abreviado, en el que se impugna: RESOLUCION DE 13 DE DICIEMBRE DE 2011 DEL SUBDELEGADO DEL GOBIERNO EN GIPIZKOA, POR LA QUE SE ACUERDA LA EXPULSION DE NI DEL TERRITORIO NACIONAL POR UN PERIODO DE TRES AÑOS..

Son partes en dicho recurso: como recurrente il y ,representado/a y dirigido/a por el Letrado/a M^a PAZ SA CASADO ; como demandada SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN GUIPUZCOA-EXTRANJERIA, representado/a y dirigido/a por la Abogada del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el presente contencioso se impugna la resolución reseñada en el encabezamiento que precede, solicitándose su nulidad por no hallarla conforme al Ordenamiento Jurídico, según los razonamientos que luego serán objeto de estudio.

SEGUNDO.- La representación procesal de la parte demandada se opone a todo ello sustentando la legalidad del acuerdo impugnado, siguiendo la línea marcada por la resolución combatida en vía administrativa y en atención a las razones que da en el acto del juicio, que constan a disposición de las partes y analizaremos a continuación.

TERCERO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales correspondientes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Objeto del procedimiento

PRIMERO.- Acto administrativo impugnado.

Constituye el objeto del presente procedimiento la Resolución de fecha 13 de diciembre de 2011, dictada por la Subdelegación de Gobierno en Guipúzcoa, por la que se acuerda la expulsión del demandante.

II. Pretensiones de las partes

SEGUNDO.- Pretensiones del actor.

Se alza el recurrente frente a dicho acuerdo pretendiendo su nulidad o subsidiariamente la sustitución de la sanción de expulsión por la de multa. Fundamenta el recurso en la desproporcionalidad de la sanción.

TERCERO.- Oposición de la Administración.

La Administración demandada se opone al recuso basándose en la proporcionalidad de la sanción de expulsión, dadas las circunstancias concurrentes.

III. Examen del recurso.

CUARTO.- En el expediente administrativo consta que el 18 de julio de 2011, en virtud del Acuerdo de Readmisión Hispano-Francés, la policía francesa entregó al recurrente a la policía española, el cual viajaba a pie procedente de Irún con destino a Hendaya, y carecía de documentación alguna que acreditase tanto su identidad como el hecho de hallarse legalmente en España, motivo por el cual se acuerda iniciar el procedimiento sancionador.

La parte actora viene a sostener, como argumento principal de su demanda, que la Ley Orgánica 8/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, cuyo artículo 53.a) califica como grave encontrarse irregularmente en territorio español, determina, en su artículo 55.1.b), que las infracciones graves se sancionarán con multa, por lo que la sanción de expulsión resulta desproporcionada al no preverse la misma sino en los supuestos en que concurran especiales circunstancias que la justifiquen.

La cuestión que ahora nos ocupa ha de resolverse a la luz de la jurisprudencia. Nuestro Tribunal Supremo, que ha tenido ocasión de pronunciarse sobre

supuestos análogos al aquí enjuiciado en numerosas sentencias, ha sentado la doctrina que se recoge, entre otras, en la sentencia de 29 de marzo de 2007, en la que se dice 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), 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 desprestigiar 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, esto último es lo que ocurre en el presente caso en que a la permanencia ilegal en España del actor se une la circunstancia de que no sólo se encontraba irregularmente en España, sino que estaba indocumentado, y, por lo tanto, sin acreditar su identificación y filiación, y, además, se ignoraba cuándo y por dónde entró en territorio español. Así lo constata la sentencia de instancia en su fundamento jurídico tercero, al considerar acreditada la carencia de documentación del interesado, y de hecho este, en el curso del expediente, formuló alegaciones comprometiéndose a aportar esa documentación, que decía poseer, lo que nunca hizo”.

Jurisprudencia que ha matizado la anterior doctrina del Tribunal Supremo que, en sentencias como la de 29 de septiembre de 2006, ya apuntaba que “(...) 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”.

En ese mismo sentido se pronuncia también la más reciente doctrina, como se aprecia en las SSTs de 20 y 26 de diciembre de 2007 y 9 de enero de 2008.

QUINTO.- El requisito de la motivación ha de ser puesto en relación, pues, con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que acaba de mencionarse.

No es suficiente, por tanto, en esta materia con salvar la cuestión de la motivación acudiendo a la clásica doctrina que se recoge en las SSTs de 25 de febrero y 7 de marzo de 1991, por todas, y que se sintetiza en la conocida frase que dice *“no cabe confundir la brevedad y la concisión de los términos con la falta de motivación”*, de la que puede inferirse que el requisito de la motivación se entiende cumplido si se explicitan de forma suficiente, aunque de forma breve y concisa, las razones de la imposición de la sanción de expulsión. Así, el artículo 53 de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tipifica como infracción grave el supuesto contemplado por la resolución recurrida, ya que su apartado a) se refiere a *“Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiese solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente”*.

Sentado lo anterior, del expediente administrativo se infiere que en el momento del inicio del procedimiento sancionador la parte actora se encontraba irregularmente en territorio español, supuesto incardinado en el aludido artículo 53.a) de la Ley de Extranjería. En la resolución recurrida se indica que el actor *no disponía de autorización o permiso que le habilite para permanecer en España, (...) no acredita poseer los requisitos exigidos por el artículo 45.2 b) del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre para obtener una autorización de residencia por arraigo (...). El interesado ni siquiera aporta certificado de empadronamiento. En cuanto a la supuesta solicitud de autorización por arraigo, basta señalar que la misma no consta en ningún registro público de extranjería*. Pues bien, de un análisis pormenorizado de la prueba practicada se acredita la concurrencia de circunstancias excepcionales de arraigo que aconsejan la sustitución de la sanción impuesta por una multa. En este sentido obran en autos certificados de empadronamiento en los Ayuntamientos de Zaragoza y Valencia, contratos de trabajo suscritos por el recurrente en los años 2005 y 2010, certificado del Aula de Adultos de Almonacid de la Sierra (Zaragoza) donde consta que el recurrente siguió un curso de español para extranjeros, tiene número de la Seguridad Social y

solicitó una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales con fecha de 21 de diciembre de 2011.

Así la ausencia total de motivos y pruebas de cargo que lleven a la Administración a acordar la expulsión, llevan a la estimación del presente recurso, acogéndome a la citada doctrina jurisprudencial, y por ello, procede la anulación del acuerdo de expulsión, y la imposición de una multa, que dada que no constan circunstancias agravantes deberá imponerse en su grado mínimo.

SEXTO.- De conformidad con el artículo 139.1 de la L.R.J.A., las costas han de ser impuestas a la parte demandada, al haber visto rechazadas sus pretensiones.

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente aplicación,

FALLO

Que debo estimar y estimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de [redacted], contra la Resolución de fecha 13 de diciembre de 2011, dictada por la Subdelegación de Gobierno en Guipúzcoa, por la que se acuerda la expulsión del demandante, que anulo por ser contraria al ordenamiento jurídico, procediendo una sanción de multa en su grado mínimo. Con expresa condena en costas a la parte demandada.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso ordinario de apelación, ante este Juzgado, en el plazo de quince días a contar desde su notificación, mediante escrito debidamente razonado.

Para interponer el recurso será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) con el número 1886 0000 94 0016 12, consignación que deberá ser acreditada al preparar el recurso (DA 15ª de la LOPJ).