



Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 2
C/ Aurea Díaz Flores, nº 5 Edificio Barlovento
Santa Cruz de Tenerife
Teléfono: 922 29 42 09/20 90 95
Fax : 922 20 02 04

Sección: LS

Procedimiento: Procedimiento abreviado
Nº Procedimiento: 0000.../2014

NIG: 3803845320140000914
Materia: Extranjería
Resolución: Sentencia 000064/2015
IUP: TC2014007703

Intervención:
Demandante
Demandado

Interviniente:
Subdelegación de Gobierno

Abogado:
Abogacía del Estado en
SCT

Procurador:

SENTENCIA

COPIA

En Santa Cruz de Tenerife, a 12 de marzo de 2015.

Visto por el Ilmo. Sr. D. Francisco Úbeda Tarajano, Magistrado-Juez en funciones de sustitución del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 2, el presente Procedimiento abreviado 0000.../2014, tramitado a instancia de D. ... representado y asistido por el abogado **D. Airam Pérez China** y como demandada la SUBDELEGACIÓN DE GOBIERNO, representada y asistida por la ABOGACÍA DEL ESTADO, versando sobre Extranjería .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la indicada representación se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de fecha 2 de Mayo de 2014, que acuerda imponer la sanción de expulsión del territorio nacional prohibición de entrada por período de dos años. Admitido a trámite el recurso, se acordó reclamar a la Administración el correspondiente expediente y convocar a las partes al acto del juicio.

SEGUNDO.- Celebrado el acto del juicio, con la asistencia de las partes mencionadas en el acta, el recurrente se ratificó en su escrito de





demanda, y se opuso la Administración demandada, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, practicándose la prueba que fue declarada pertinente, con el resultado que obra en autos, tras lo cual, previas conclusiones de las partes, se declararon conclusos para Sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la recurrente se solicita el dictado de una Sentencia por la que se declare la nulidad del acto impugnado. Por el contrario, la Administración interesa la desestimación del recurso por considerar que la resolución dictada es ajustada a derecho.

SEGUNDO.- Para resolver el presente recurso hay que señalar, ante todo, que cuando el extranjero fue detenido no tenía en su poder la documentación acreditativa de su estancia legal en España, habiéndose puesto de manifiesto durante la tramitación del expediente de expulsión que estaba en situación irregular por carecer de la documentación requerida para permanecer en territorio nacional, comprobación realizada por el Instructor a través de las bases de datos policiales, de modo que el recurrente ha cometido la infracción tipificada en el art. 53.a) de la mencionada Ley Orgánica, por lo que la decisión recurrida no es arbitraria ni vulnera el derecho a la presunción de inocencia, ya que este derecho tiene carácter "iuris tantum" y puede quedar desvirtuado con una actividad probatoria de la que se deduzca la existencia de la infracción, prueba que concurre en este caso.



TERCERO.- En cuanto a la invocada falta de motivación y desproporción de la sanción de expulsión, hay que destacar que en concreto, y por lo que se refiere al régimen sancionador en materia de extranjería y a la posibilidad prevista legalmente en el art. 57 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, de que en los casos de comisión de determinadas infracciones se puede imponer, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio nacional, el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto que la imposición de la sanción de expulsión no depende de la absoluta discrecionalidad de la Administración, cuya actuación se encuentra condicionada, de una parte, por la existencia de una conducta tipificada como infracción grave y, por otra, por la concurrencia de los criterios para la aplicación de las sanciones, establecidos tanto en el art. 55.3 de la Ley Orgánica 4/2000, como en el art. 50 de esa misma norma, que remite a lo establecido en el art. 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) , de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, en concreción del principio de proporcionalidad y de los criterios de graduación de la sanción a aplicar en el curso de un procedimiento administrativo que deberá acomodarse a las exigencias del art. 20.2 de la citada Ley Orgánica 4/2000 (SSTC 212/2009, de 26 de noviembre, 260/2007, de 20 de diciembre , F. 4, 140/2009, de 15 de junio , F. 3). En esta línea, las sentencias más recientes de la Sala Tercera del Tribunal Supremo vienen proclamando lo siguiente:

1º) El extranjero que se encuentra ilegalmente en España puede ser sancionado con multa o con expulsión.





2º) En el sistema de la Ley Orgánica 4/2000 , reformada por Ley Orgánica 8/2000, la sanción principal es la de multa, pues así se deduce de su art. 55.1 y de la propia literalidad de su art. 57.1 , a cuyo tenor, en los casos 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 con multa.

4º) Sin embargo, resultaría en exceso formalista desprestigiar esa motivación por el hecho de que no figure en la resolución misma, siempre que conste en el expediente administrativo.

5º) Así, tratándose de supuestos en que la causa de expulsión es, pura y simplemente, la permanencia ilegal, sin otros hechos negativos, la Administración habrá de motivar de forma expresa por qué acude a la sanción de expulsión. 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 y 29 de marzo de 2007); haber sido detenido por su participación en un delito, hecho por el que se siguieron diligencias penales en 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); existir en contra del extranjero una prohibición de entrada en el espacio Schengen (sentencia de 4 de octubre de 2007).

Además, la sentencia del Tribunal Constitucional 212/2009, de 26 de noviembre , recordando lo ya afirmado en su sentencia 140/2009, de 15 de junio , declara en su FJ4 que el "deber de motivación en el ámbito sancionador incluye no sólo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la sanción a imponer, pues sólo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad. Deber de motivación que se satisface con una motivación por remisión siempre que queden debidamente exteriorizados los elementos de juicio sobre los que se basa la decisión y su fundamentación jurídica resulte una aplicación no irracional, arbitraria o manifiestamente errónea de la legalidad". Y añade que en materia de extranjería "la imposición de la sanción de expulsión no depende de la absoluta discrecionalidad de la Administración, cuya actuación se encuentra condicionada, de una parte, por la existencia de una conducta tipificada como infracción grave y, por otra, por la concurrencia de los criterios para la aplicación de las sanciones, ...".

Por su parte, el artículo 27, apartado 2, de la Directiva 2004/38 (LCEur 2004, 2226) destaca que la conducta personal del interesado debe





constituir una amenaza real y actual que afecte a un interés fundamental de la sociedad o del Estado miembro afectado, que la existencia de condenas penales anteriores no puede constituir por sí sola una razón para adoptar medidas por razones de orden público o seguridad pública y que no pueden argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general. Y, en interpretación de este preceptos el Tribunal de Justicia de la Unión Europeo (por todas, Sentencia de 23/11/2010, Caso Land Baden-Württemberg contra Panagiotis Tsakouridis) tiene declarado que «...una medida de expulsión debe basarse en un examen individual de cada caso concreto (véase, en particular, la sentencia Metock y otros [TEDH 2008, 210] , antes citada, apartado 74) y sólo puede estar justificada por motivos imperiosos de seguridad pública, en el sentido del artículo 28, apartado 3, de la Directiva 2004/38 (LCEur 2004, 2226) , si, habida cuenta de la excepcional gravedad de la amenaza, tal medida es necesaria para proteger los intereses que pretende garantizar, a condición de que este objetivo no pueda alcanzarse con medidas menos estrictas, teniendo en cuenta la duración de la residencia del ciudadano de la Unión en el Estado miembro de acogida y, en particular, las consecuencias negativas graves que una medida de ese tipo puede generar para los ciudadanos de la Unión que están verdaderamente integrados en el Estado miembro de acogida». De manera que «al aplicar la Directiva 2004/38 (LCEur 2004, 2226) procede ponderar más concretamente, por un lado, el carácter excepcional de la amenaza para la seguridad pública en razón de la conducta personal del interesado, evaluada, en su caso, en el momento en que se produce la decisión de expulsión (véase, en particular, la sentencia de 29 de abril de 2004 [TJCE 2004, 166] , Orfanopoulos y Oliveri, C-482/01 y C-493/01, Rec. p. I-5257, apartados 77 a 79), tomando como referencia, en particular, las penas que pueden aplicarse y las solicitadas, el nivel de implicación en la actividad criminal, la gravedad del perjuicio y,





en su caso, la tendencia a reincidir (véase en este sentido, en particular, la sentencia de 27 de octubre de 1977, Bouchereau, 30/77, Rec. p. 1999, apartado 29), y, por otro lado, el riesgo de poner en peligro la reinserción social del ciudadano de la Unión en el Estado en el que está verdaderamente integrado, la cual redundaría en interés no sólo de este último, sino también de la Unión Europea en general, como ha destacado el Abogado General en el punto 95 de sus conclusiones».

En consecuencia, para resolver el presente recurso de hay que determinar si en el expediente administrativo consta la concurrencia de algún hecho o circunstancia negativa relativa a la parte actora idéntica o de similar alcance a las que se acaban de reseñar, pues sólo entonces podría afirmarse que existe motivación suficiente que justifique la imposición de la sanción de expulsión, en cuyo caso la Administración no habría desconocido el principio de proporcionalidad ni habría dejado de exponer las razones por las que expulsó al expedientado del territorio nacional.

CUARTO.- Pues bien, en el expediente remitido por la Administración consta que el extranjero había sido detenido el 16/04/2014 por un presunto delito de robo. Consta que previamente fue objeto de una sanción pecuniaria por estancia irregular que no consta haya sido satisfechas.

Frente a estos datos negativos consta que el actor está arraigado en nuestro país (informe acreditativo de arraigo social de la 13/12/2012) conviviendo con una ciudadana española.

La detención policial no puede ser tomada en consideración si la Administración no acredita cual fue la suerte seguida en vía penal. La



existencia de una sanción previa si es un dato negativo que justificaría la expulsión, pero que debe ser ponderado atendiendo a las circunstancias personales del actor.

La estimación debe ser parcial por cuanto constando la estancia irregular la consecuencia jurídica es la imposición de una de las sanciones previstas en el ordenamiento jurídico (en este caso la de multa)

QUINTO.- De acuerdo con lo establecido en el art. 139 de la Ley de esta Jurisdicción no procede imponer las costas.

VISTOS los preceptos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

1º.- **ESTIMAR parcialmente** el recurso, contra la Resolución identificada en el antecedente de hecho primero de esta sentencia, que se **ANULA** en el sentido de sustituir la sanción de expulsión por la de multa en la cuantía que sea fijada por la Administración de forma motivada.

2º.- **No imponer las costas** del recurso.

Notifíquese a las partes haciéndoles saber que contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación, ante este Juzgado, en el plazo de quince días, desde su notificación.

Llévese testimonio a los autos y archívese el original, devolviéndose el expediente a su lugar de origen una vez firme.

Así por esta mi Sentencia lo pronuncio, mando y firmo.





PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior resolución por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que la suscribe, estando el mismo celebrando audiencia pública en el día de su fecha, doy fe.

