

DETALLE DE LOS DATOS DE LA VISTA

Fax 952 22 41 02

En nombre de S.M. el Rey y de la autoridad que el pueblo español me confiere, he pronunciado la siguiente

SENTENCIA Nº 44/2010

En Málaga, a veintiocho de enero de dos mil diez.

DOÑA BELEN SANCHEZ VALLEJO, Magistrado-Juez Sustituta del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 1 de esta Ciudad, habiendo visto el presente recurso contencioso-administrativo número 427/07, sustanciado por el Procedimiento Abreviado, interpuesto por DOÑA [REDACTED], representada y asistida por el Abogado Sr. Portero de la Torre contra la SUBDELEGACION DE GOBIERNO EN MALAGA, representada y asistida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que la mencionada representación de DOÑA [REDACTED] interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de fecha 28 de marzo de 2007 de la Subdelegación del Gobierno en Málaga, recaída en el expediente administrativo nº 290020070005603, por la que se acuerda la expulsión del territorio nacional de quien recurre con la prohibición de entrada de cinco años en el territorio de los países acogidos al Convenio de aplicación del Tratado Schengen, formulando demanda arreglada a las prescripciones legales en la cual solicitaba previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, se dictara sentencia que reconociera haber lugar al pedimento obrado.

SEGUNDO.- Que admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma y de los documentos acompañados a la Administración demandada, reclamándole el expediente, ordenando se emplazara a los posibles interesados y se citó a las partes para la celebración de la vista.

TERCERO.- Recibido el expediente administrativo se exhibió al actor para que pudiera hacer alegaciones en el acto de la vista.

CUARTO.- Celebrada la vista en la hora y día señalados, comparecieron las partes, ratificándose el demandante en las alegaciones expuestas en la demanda, formulando el representante de la Administración demandada las alegaciones que a su derecho convinieron y tras el trámite de prueba y conclusiones, se terminó el acto, quedando conclusos los autos y trayéndolos a la vista para sentencia.

QUINTO.- Que en la tramitación de este procedimiento se han observado las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte recurrente solicita que se declare la nulidad de la resolución impugnada al considerar que la resolución impugnada impone una sanción de expulsión que es desproporcionada siendo la correcta a aplicar al caso concreto la de multa ya que no hay ninguna circunstancia que pudiera llevar aparejada la gravedad de la sanción impuesta y además la recurrente está casada con ciudadano residente legal en España. La representación de la Administración demandada considera que la sanción es proporcionada, mostrando cierta reticencia sobre el arraigo pretendido por la recurrente.

SEGUNDO.- A la vista de las alegaciones de ambas partes, el debate en el presente recurso contencioso-administrativo se ha de circunscribir a la posible desproporción de la sanción de expulsión aplicada al recurrente, siendo destacable que el artículo 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, dispone que cuando la conducta tipificada como infracción grave del artículo 53. a) de dicho texto legal sea cometida por extranjero podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo, añadiendo el artículo 115 del Real Decreto 864/2001 que en tal caso podrá acordarse la expulsión del territorio nacional salvo que el órgano competente para resolver determine la procedencia de la sanción de multa. En orden a dar respuesta a tal cuestión, con carácter previo, se debe significar que la sanción de expulsión no tiene el carácter de excepcional para la represión de las infracciones graves en los supuestos en que así lo autoriza la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero y su reforma realizada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, entre otras razones porque en ningún momento esa norma orgánica la define como excepcional sino como alternativa a la sanción de multa. Para la infracción grave tipificada en el artículo 53.a) de la L.O. 4/2000 de 11 de enero, tras su reforma realizada por la L.O. 8/2000, de 22 de diciembre, se prevé en el artículo 55.1.b) una sanción de multa de 50.001 hasta 1.000.000 de pesetas, o alternativamente, (potestativamente para la administración sancionadora), la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo, con la consecuencia accesoria de tener prohibida la entrada en nuestro territorio por un período de entre tres y diez años. Pues bien, resulta indiscutido por ambas partes que las sanciones administrativas, en esta materia y en todas las demás deben

respetar el principio de proporcionalidad (artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de R.J.A.P. y P.A.C.). Fiel trasunto de este principio lo constituye el artículo 55.3 y 4 de esa L.O. 4/2000 de 11 de enero, tras su reforma realizada por la L.O. 8/2000, de 22 de diciembre, que recuerda como criterios de proporcionalidad a seguir, tanto para la elección de la naturaleza de la sanción a imponer (privativa de derechos o multa) como para la determinación de su extensión cuantitativa (importe en el caso de las multas), el grado de culpabilidad y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia. Ya en la opción de sancionar la conducta cometida con multa, el apartado 4 del artículo 55 remite especialmente a la capacidad económica del infractor. Finalmente, el artículo 97.3 del R.D. 864/2001, de 20 de julio que aprueba el Reglamento de Extranjería, recuerda como criterio de proporcionalidad, además de los criterios de graduación ya vistos -como no podía ser de otro modo-, las concretas circunstancias de la situación personal y familiar del infractor, interpretando a sensu contrario el artículo 57 de la L.O. 4/2000. En consecuencia, se muestra como criterio principal de ponderación (y control jurisdiccional), primero, al tiempo de la elección sobre la naturaleza de la sanción a imponer (pecuniaria o restrictiva de derechos) y después, al decidir sobre su extensión cuantitativa, la gravedad de la infracción cometida y el grado de culpabilidad del sancionado. Son grados de culpabilidad, y que respectivamente deberán tener su traducción en la naturaleza de la sanción impuesta y su extensión, el incumplimiento doloso y el negligente del extranjero. Y dentro de este actuar negligente, se diferenciará entre la existencia de una simple inobservancia de reglamento o bien de una imprudencia grave. Junto con ese criterio de proporcionalidad subjetivo, la legislación aplicable acude a un criterio de naturaleza objetiva como es la valoración del daño producido, del riesgo derivado de la infracción y su trascendencia.

TERCERO.- Sentado lo anterior, debemos atender sobre el principio de proporcionalidad a la reiterada doctrina del Tribunal Supremo sobre el particular (STS de 28 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 Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 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 vemos, 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."

CUARTO.- La aplicación de esos factores al supuesto de autos, lleva a apreciar que la resolución sancionadora impugnada ha infringido el principio de proporcionalidad en la determinación de la sanción de expulsión ya que si bien desde el análisis de la culpabilidad, no cabe sino calificar la actuación del recurrente como de intencionada visto el incumplimiento en que ha incurrido, a la luz de los demás criterios de proporcionalidad, y en concreto, atendiendo a la situación personal y familiar de la recurrente no puede olvidarse que convive como su marido en España que posee autorización de trabajo y residencia, tal como resulta de la documental aportada a las actuaciones, documentos que no han sido desvirtuados mediante una prueba solida por la parte demanda; razones que conducen a estimar la existencia de arraigo familiar y social en España entendiéndose que la sanción impuesta deviene desproporcionada, habida consideración que los criterios para la garantía del principio de proporcionalidad establecido en el artículo 55.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, modificada por la Ley 8/2000, de 22 de diciembre, deben compaginarse con los supuestos de exclusión de la sanción alternativa de expulsión del territorio nacional cuando dicha medida pueda suponer, como aquí se estima, una injerencia en el derecho a la protección de la vida familiar, en tanto que no cabe obviar que la protección jurídica de la familia es uno de los principios rectores de nuestra política social (artículo 39 C.E.) que, como tal, ha de informar la práctica judicial y la actuación de todos los poderes públicos. A mayor abundamiento y atendiendo la jurisprudencia expuesta en el fundamento de derecho anterior de la presente resolución, del expediente administrativo se desprende que, fuera de la situación de permanencia irregular, no parece que exista ninguna otra circunstancia reprochable a la recurrente pues no se ha aportado a estos autos justificación ni indicio de que no hubiera entrado en España en forma regular o lo hubiese hecho pese a una prohibición de entrada en vigor, que hubiera sido condenada por sanciones penales, que se hallase indocumentada al tiempo de incoarse el expediente y hubiese ocultado su verdadera identidad o suplantado la de otro durante la

tramitación, o cualquier otro dato negativo sobre la conducta de la interesada o sus circunstancias de entidad tal que, unido a la permanencia ilegal, justifique la expulsión.

Es por todo lo cual debe estimarse de lo expuesto que procede la estimación del motivo impugnatorio deducido sustituyendo la sanción de expulsión impuesta por la de multa en cuantía de 300,51 euros atendiendo a la situación económica del infractor del que no constan medios económicos suficientes. Lo anterior, naturalmente, no supone en modo alguno la regularización de la situación de la recurrente en España que continua estando obligada a abandonar el territorio nacional o regularizar su situación cumpliendo los requisitos legales establecidos al efecto.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el párrafo primero del punto 1 del artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y no apreciándose mala fe o temeridad en las partes no se hace una expresa imposición de las costas, por lo que cada parte satisfará las suyas.

Vistos los preceptos citados, los invocados por la parte actora y demás de pertinente aplicación al caso de autos,

FALLO

Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **DOÑA [REDACTED]** representada y asistida por el Abogado Sr. Portero de la Torre contra la **SUBDELEGACION DE GOBIERNO EN MALAGA** representada por el Abogado del Estado, se declara que la resolución de fecha 28 de marzo de 2007 de la Subdelegación del Gobierno en Málaga, recaída en el expediente administrativo nº 290020070005603, por la que se acuerda la expulsión del territorio nacional de quien recurre con la prohibición de entrada de cinco años en el territorio de los países acogidos al Convenio de aplicación del Tratado Schengen, no es conforme a derecho en cuanto a la sanción impuesta, anulándola en este particular y debiendo sustituir la sanción de expulsión impuesta por la de multa en cuantía de 300,51 euros y sin que afecte este pronunciamiento a los demás particulares de la resolución que se mantienen. No se hace expresa imposición de costas.