

12

N12  
2391/35

SENTENCIA Nº 254/10

En BILBAO (BIZKAIA), a treinta y uno de marzo de dos mil diez.

La Sra. Dña. FERMINA PITA RASILLA, MAGISTRADO-JUEZ del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 2 de BILBAO (BIZKAIA) ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 1644/09 y seguido por el procedimiento abreviado, en el que se impugna: RESOLUCION DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 2.009, QUE ACUERDA LA EXPULSIÓN.

Son partes en dicho recurso: como recurrente D. , representado y dirigido por el Letrado D. JOSE M PEY GONZALEZ; como demandada ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representado y dirigido por el ABOGADO DEL ESTADO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la recurrente mencionado anteriormente se presentó escrito de demanda de Procedimiento Abreviado, contra la resolución administrativa mencionada, en el que tras exponer los Hechos y Fundamentos de derecho que estimó pertinentes en apoyo de su pretensión terminó suplicando al Juzgado dictase Sentencia estimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto.

SEGUNDO.- Admitida a trámite por proveído, se acordó su sustanciación por los trámites del procedimiento abreviado, señalándose día y hora para la celebración de vista, con citación de las partes a las que se hicieron los apercibimientos legales, así como requiriendo a la Administración demanda la remisión del expediente. A dicho acto de la vista compareció la parte recurrente, afirmando y ratificándose la recurrente en su demanda.

TERCERO.- En este procedimiento se han observado las prescripciones legales en vigor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso se impugna la resolución de 21 de septiembre de 2009 de la subdelegación de Gobierno en Vizcaya por la que se acuerda la expulsión del territorio nacional al ciudadano de D.

SEGUNDO.- La parte demandante suplica se dicte

sentencia por la que estime la demanda declarando no ser conforme a derecho y en consecuencia anule retrotrayendo las actuaciones a los efectos de que el órgano Instructor del expediente se dé traslado de la propuesta de resolución con el consiguiente trámite de formulación de alegaciones y o subsidiariamente proceda a imponer al Sr. la sanción por el mínimo legalmente previsto al resultar la sanción más proporcionada y ajustada a derecho. Fundamenta su pretensión alegando que se han infringido en la tramitación del expediente administrativo sancionador, las garantías jurídicas contenidas tanto en la Ley de Extranjería y su Reglamento de desarrollo, como en la normativa común reguladora de los procedimientos administrativos. La resolución administrativa adolece de motivación y quebranta el principio de proporcionalidad, en base al cual debiera haberse acordado la sanción principal de multa en lugar de la expulsión.

La Administración demandada, solicita se dicte sentencia que desestime el recurso y confirme la resolución recurrida. Alegando que la resolución recurrida ha sido dictada respetando escrupulosamente el procedimiento legalmente establecido y contiene suficiente motivación tanto factica como jurídica, sin que indefensión alguna le haya sido causada a la actora quien ha gozado de toda clase de posibilidades defensivas tanto en sede administrativa como en sede jurisdiccional. En cuanto al principio de proporcionalidad en la graduación de la sanción la elección de la sanción es potestativa para la Administración. Si a la estancia irregular se unen otras circunstancias disvalorativas como las resultantes del expediente administrativo, es decir que el recurrente se encontraba indocumentado, que no había acreditado ni fecha ni puesto de control por el que había efectuado la entrada en nuestro país, además de no resultar acreditado en el expediente que gozara de ningún tipo de arraigo familiar social laboral económico en nuestro país la doctrina de acuerdo con nuestro Tribunal Supremo es la expulsión.

**TERCERO.** - Como hechos relevantes cabe destacar 1º) El actor súbdito de nacionalidad China, con fecha 6 de agosto de 2009 fué identificado por funcionarios adscritos a la Comisaria Provincial de Bilbao, comprobándose que el mismo se hallaba en situación irregular en España careciendo de documentación identificativa así como de autorización de residencia, tampoco acredita el puesto de control de fronteras por donde realizó la entrada en nuestro país, ni de visado de entrada exigido para efectuar la misma por lo que fué de forma ilegal. 2º) En fecha 6 de agosto de 2009, fué dictado acuerdo de iniciación de procedimiento administrativo sancionador, conforme a los trámites previstos en el art. 130 y ss del RD 2393/ 2004. que le es notificado en la misma fecha a su letrado y al demandante, 3º) el día 8 de agosto de 2009, por la actora se formulan alegaciones al folio 11

del expediente). 4º) Por Resolución de la Subdelegación de Gobierno en Vizcaya de fecha 21 de septiembre de 2009, se acuerda la expulsión de la actora del territorio nacional, con la consiguiente prohibición de entrada en España, por un periodo de tres años siempre que no exista causa Judicial que no lo impida, así como la extinción de cualquier autorización para permanecer en España, conforme a la infracción prevista en el art.53 a) de la Ley Organica 2/2003 de 20 de Noviembre, sancionable con la expulsión del territorio español de conformidad con lo dispuesto en el art 57.4 y 58.1 de la citada Ley Orgánica.

**CUARTO.-** Del examen del expediente, es claro que la Resolución recurrida va precedida del oportuno procedimiento, aun cuando se omite el dictado de la propuesta de resolución, por dicha omisión no se considera que se ha prescindido total y absolutamente de los tramites del procedimiento para que produzcan su nulidad el art 62.1 de la Ley 30/92. Tampoco dicha omisión ha producido indefensión, puesto que en el caso concreto, la actora pudo efectuar las alegaciones que consideró oportunas en defensa de sus derechos, no creandose indefensión, ya que pudo ejercitar los recursos procedentes, tanto el Jurisdiccional como el administrativo.

En numerosa Jurisprudencia del TS, citada por la Administración demandada que se reproduce, establece que a pesar de producirse una omisión procedimental, y si el Tribunal enjuiciador cuenta con suficientes elementos de juicio, para formarse una convicción que sirva para decidir correctamente la contienda, debe pasar a analizar y enjuiciar el fondo del asunto S.TS.10/10/91.

**QUINTO.-** Para resolver sobre el fondo del asunto, hay que significar que reciente doctrina jurisprudencial, sobre la sanción de expulsión por estancia irregular en territorio nacional, expresada, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2006, 31 de enero de 2006, 21 de abril y 19 de mayo de 2006, ha venido a declarar que se ha de estimar que la sanción de expulsión no está legalmente prevista como alternativa a la de multa en cualquier caso y circunstancias, sino que es subsidiaria de ésta cuando junto a la permanencia ilegal concurren otros hechos negativos para el extranjero que justifiquen la opción por la sanción más grave.

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:

1°.- 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.

2°.- 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",

3°.- 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.

4°.- 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.

**SEXTO.-** Si bien que hay que tener en cuenta que el Art. 57.1 de la L.O. 4/2000 faculta a la Administración en supuestos como el de autos - Art. 53.a), "encontrarse irregularmente en territorio español..." y el infractor es extranjero - para sustituir la sanción de multa, prevista para las infracciones graves, por la de expulsión. Siendo una facultad discrecional de la administración que es quien ostenta la potestad sancionadora. Es cierto que la multa constituye una sanción alternativa menos restrictiva de derechos, pero también menos eficaz para la consecución de la finalidad de restablecimiento del orden jurídico perturbado perseguido por el legislador. La expulsión de quien carece de habilitación legal para residir en España constituye una medida sancionadora que se encuentra específicamente establecida por la ley para los supuestos de estancias carentes de habilitación legal. 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.

En el presente caso no hay en el expediente administrativo no existe hecho suficientemente relevante para que justifique la expulsión y no la multa. En consecuencia, se trata de un caso en que ni en la resolución ni en el expediente administrativo existen las razones suficientemente relevantes por las cuales la Administración impuso la sanción de expulsión y no la general de multa que prevé el ordenamiento jurídico. Por todo lo anteriormente expuesto procederá la estimación del presente recurso.

**SÉPTIMO.-** En cuanto a las costas, no procede realizar especial pronunciamiento en cuanto a las misma, de conformidad con lo dispuesto en el art.139 de la ley de esta jurisdicción.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que debo estimar y estimo el recurso contencioso administrativo interpuesto por D. contra la resolución de 21 de septiembre de 2009 de la Subdelegación de Gobierno en Vizcaya por la que se acuerda la expulsión del territorio nacional al recurrente, declarando dicha sanción no conforme a derecho, dejando sin efecto la misma, imponiendo a D. en lugar de la sanción de expulsión, la sanción económica de 301.-euros. Sin realizar especial pronunciamiento en cuanto a las costas.

MODO DE IMPUGNAR ESTA RESOLUCIÓN: mediante RECURSO DE APELACIÓN EN AMBOS EFECTOS, por escrito presentado en este Juzgado en el plazo de QUINCE DÍAS, contados desde el siguiente a su notificación (artículo 81.1 de la LJCA), y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito), con nº 4771.0000.00.1644.09, de un depósito de 50 euros, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

Así por esta mi Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

