

SENTENCIA Nº 351/2010

En VITORIA - GASTEIZ, a siete de junio de dos mil diez.

La Sra. Dña. PATRICIA ARRIZABALAGA ITURMENDI, MAGISTRADO del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de VITORIA - GASTEIZ ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 347/2010 y seguido por el procedimiento abreviado, en el que se impugna: CONTRA RESOLUCION DE 21 DE DICIEMBRE DE 2009, DICTADA POR LA ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO, SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN ALAVA EN EL EXPEDIENTE 010020090004367 POR LA QUE SE ACUERDA LA EXPULSION DEL TERRITORIO NACIONAL CON LA PROHIBICION DE ENTRADA AL TERRITORIO ESPAÑOL POR ESPACION DE TRES AÑOS.

Son partes en dicho recurso: como recurrente representado y dirigido por el Letrado GAIZKA GARZON BOLADO ; como demandada SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN ALAVA - NEGOCIADO DE EXTRANJEROS y ABOGACIA DEL ESTADO, representado y dirigido por el Letrado del Estado.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 24/02/10, tuvo entrada en este Juzgado recurso contencioso administrativo, interpuesto por , contra la resolución que figura en el encabezamiento de esta sentencia.

SEGUNDO.- Por resolución de 02/03/10, se acordó requerir a la parte recurrente a fin de que subsanase los defectos observados en la presentación del recurso, y una vez subsanados mediante resolución de 24/03/10, se admitió a trámite el recurso, registrándose con el nº 347/10 y decidiéndose su sustanciación por el procedimiento abreviado, y en la misma se acordó requerir a la Administración demandada para que remitiera el expediente administrativo y realizara los emplazamientos oportunos a los interesados, en la misma resolución se fijó para la vista el día 03/05/10, a las 3:40 horas de su mañana.

TERCERO.- El 21/04/10 se recibió el expediente administrativo, dictándose a continuación resolución de igual fecha, acordando la exhibición del mismo a las partes a fin de que pudieran realizar alegaciones en el acto de la vista y solicitar la práctica de diligencias preparatorias de prueba.

CUARTO.- Por el letrado de la parte recurrente en fecha 27/04/10, en base a las alegaciones que obran en autos, se solicita la suspensión de la vista señalada y nuevo señalamiento. Mediante

**KOPIA DA
ES COPIA**

resolución dictada el día 29/04/10 se accede a lo solicitada señalando nuevamente para la celebración de la vista el día 07/06/10, a las 9:30 horas.

QUINTO.- Llegado el día señalado para la celebración del juicio, al mismo compareció el Letrado Sr. Garzón y por la Administración demandada el Abogado del Estado.

Abierto el acto, el demandante manifestó que se afirmaba y ratificaba en el escrito de demanda, oponiéndose a la misma la Administración demandada, por las partes se propone prueba documental que es admitida por SSª y practicada en el acto, dándose traslado a las partes para conclusiones, declarando el juicio concluso para sentencia.

SEXTO .- En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre en el presente recurso contencioso-administrativo abreviado la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Alava de fecha 21-12-09 por la que se impone al recurrente la sanción de expulsión del territorio nacional, como responsable de la infracción prevista en el artículo 53, letra a), de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de Enero con prohibición de entrada al territorio español por espacio de tres años.

Sostiene la parte recurrente en apoyo de su pretensión, en síntesis, que además de la estancia irregular no consta ningún otro hecho negativo que justifica la imposición de la sanción de expulsión en lugar de la multa, aduciendo ausencia de motivación y falta de proporcionalidad, además de arraigo suficiente en España.

El Abogado del Estado se opuso a la demanda, alegando lo que a su derecho convino en el acto del juicio.

SEGUNDO.- Del examen del expediente administrativo y prueba obrante en autos procede destacar que cuando la recurrente fue detenida e identificada portaba pasaporte de su país, Brasil, nº CY 719865, con domicilio en la c/Badaya nº7, 4 izda de Vitoria, comprobándose que se hallaba irregularmente en territorio español al carecer de autorización de residencia o documento análogo que autorizara su residencia en España.

Partiendo de lo expuesto, la STS de 22 de febrero de 2007 exige la necesaria motivación para adoptar la sanción de expulsión y no la de multa por la estancia ilegal en España y así señala que "En la Ley Orgánica 7/85, de 1 de Julio, 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 (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: 1e.- 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 SJ - 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 s, 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 11s 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. 2e.- 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", 3e.' 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. 4e.' 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. En el presente caso, al folio 2 del expediente administrativo, consta que el actor había sido detenido junto con otras personas, como presunto autor de un delito de robo con fuerza en las cosas, allanamiento y estafa. Ahora bien, no existe en el expediente administrativo ningún otro dato sobre la suerte que corrieron esas actuaciones policiales, porque la Administración sancionadora no se ha cuidado de averiguarlo. No sabemos, en consecuencia, cuál fue su resultado final, pudiendo ocurrir que éste haya resultado inocuo, bien porque los antecedentes policiales no han desembocado en actuaciones judiciales, bien

porque estas han terminado sin ninguna condena, con la consecuencia, en cualquiera de los dos casos, de no poder ser tenidas en cuenta como justificación de la elección de la expulsión, al tratarse de actuaciones administrativas o judiciales que, en sí mismas consideradas y por sí solas, resultan jurídicamente irrelevantes en contra del interesado. Si la Administración sancionadora quiere fundar en esas actuaciones policiales o judiciales la expulsión que decreta (en lugar de la multa) ha de averiguar cuál fue su resultado y dejar constancia de ello en el expediente administrativo, pues en otro caso seguirá siendo inmotivada la elección de la expulsión, que es lo que ocurre en el caso de autos".

En el mismo sentido la STS de 19-7-07 ha establecido una consolidada doctrina que viene a señalar lo siguiente: a) tratándose de supuestos en que la causa de expulsión es pura y simplemente la permanencia ilegal o la realización de una actividad profesional sin haber obtenido las autorizaciones pertinentes, 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 tales comportamientos en principio, como vemos se sancionan con multa; b) pero en los supuestos en que en el expediente administrativo consten, además de la permanencia ilegal o la realización sin las debidas autorizaciones de una actividad profesional, 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.

No obstante, cuando el Tribunal Supremo hace referencia a hechos negativos deberá entenderse aquellos hechos que constando en el expediente pongan de manifiesto una mayor culpabilidad, un mayor daño producido, un mayor riesgo derivado de su infracción y/o una mayor trascendencia.

Atendiendo a lo expuesto en la Sentencia citada y estimando, conforme a lo señalado en el fundamento anterior que, en el expediente administrativo no se hacen constar, además de la permanencia ilegal, otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justifiquen la expulsión, se ha de concluir que se produce la falta de motivación que se invoca para imponer la sanción de expulsión en lugar de la de multa.

Por todo lo anteriormente expuesto, procede la estimación parcial del presente recurso contencioso-administrativo.

TERCERO .- No se aprecia temeridad ni mala fe a efectos de imposición de costas.

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

FALLO

Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por
defendido por el Letrado Sr. GARZON BOLADO frente a la Resolución de la

Subdelegación del Gobierno en Alava de 21-12-09 por la que se impone al recurrente la sanción de expulsión del territorio nacional, como responsable de la infracción prevista en el artículo 53, letra a), de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de Enero con prohibición de entrada al territorio español por espacio de tres años se declara la misma no ajustada a derecho, revocándola en lo relativo a la sanción impuesta, que se sustituye por la de multa por importe de 301 euros y sin imposición de costas a ninguna de las partes.

Notifíquese la presente resolución a las partes.

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 0026 0000 20 0347 10, 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.