

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN N° 345/08

DE Apelación

SENTENCIA NUMERO 437/10

ILMOS. SRES.  
PRESIDENTE:  
DOÑA ANA ISABEL RODRIGO LANDAZABAL

MAGISTRADOS:  
DON ANGEL RUIZ RUIZ  
DON JOSE ANTONIO ALBERDI LARIZGOITIA

En la Villa de BILBAO (BIZKAIA), a veintitrés de junio de dos mil diez.

La sección número 2 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra la sentencia dictada el dieciocho de Enero de dos mil ocho por el Jdo. de lo Contencioso Administrativo n° 3 de BILBAO (BIZKAIA) en el recurso contencioso-administrativo número 200/07.

Son parte:

- APELANTE: asistida y dirigida por el Letrado D. GAIZKA GARZON BOLADO.

- APELADO: ADMINISTRACION DEL ESTADO -MINISTERIO DEL INTERIOR-, representado y dirigido por el ABOGADO DEL ESTADO.

Ha sido Magistrada Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSE ANTONIO ALBERDI LARIZGOITIA.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Jdo. de lo Contencioso Administrativo nº 3 de BILBAO (BIZKAIA) se dictó el dieciocho de Enero de dos mil ocho sentencia desestimando el recurso contencioso-administrativo número 200/07 promovido por contra resolución de 6 de marzo de 2007 en Expte. 48002007000284 extranjeros BB/AT que acuerda expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada por tres años, siendo parte demandada SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN VIZCAYA DEPENDENCIA PROVINCIALDE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso por LUCICLEIDE LOPES FELIX recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia por la que estimando el presente recurso de apelación se revoque la sentencia y estime el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto contra la Resolución dictada por la Subdelegación del Gobierno recurrida y se declare dicha resolución administrativa disconforme a derecho y proceda a su anulación, con todo lo demás que sea procedente en derecho.

TERCERO.- El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación sin que por la parte apelada se haya formulado oposición alguna.

CUARTO.- Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 22.6.10, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

QUINTO.- Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO:   
República de Brasil, interpone el presente recurso de apelación contra la sentencia de 18 enero 2008 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo Número 3 de Bilbao,

desestimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de 6 marzo 2007 de la Subdelegación del Gobierno en Vizcaya, por la que se le impuso la sanción de expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada en el espacio Schengen por un periodo de 3 años como responsable de una infracción de estancia ilegal.

Por resolución del 6 marzo 2007 de la Subdelegación de Gobierno de Vizcaya se impuso a la señora López la sanción de expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada por un periodo de 3 años como responsable de una infracción de estancia irregular en España del artículo 53 apartado a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante LODYLE), al hallarse en España sin título habilitante para ello cuando fue requerida al efecto por funcionarios de la Brigada Provincial de Extranjería el 10 enero 2007.

Contra dicha resolución interpuso recurso jurisdiccional alegando el carácter leve de la infracción cometida de conformidad con lo previsto por el apartado b) del artículo 52 LODYLE, y con carácter subsidiario la infracción del principio de proporcionalidad por la imposición de la sanción de expulsión en lugar de la de multa en su cuantía mínima. La sentencia apelada desestimó el primero de los motivos por no existir previamente una autorización que no hubiera sido renovada, desestimando asimismo el 2º de los motivos al apreciar que la sanción impuesta guarda relación con la culpabilidad apreciada en la conducta.

Contra dicha sentencia se interpone el presente recurso de apelación en el que se denuncia la inflación del principio de proporcionalidad de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, al no concurrir circunstancias adicionales que justifiquen la imposición de la sanción más grave de expulsión.

La Administración General del Estado no compareció en el recurso.

**SEGUNDO:** Tras desistir la apelante del primer motivo formulado en la instancia, por el que denunciaba la incorrecta aplicación del tipo sancionador por considerar que se trata de una infracción leve, la cuestión debatida se centra esencialmente en la vulneración o no del principio de proporcionalidad (art.55.3 LODYLE) por aplicación de la sanción de expulsión prevista por el art. 57.1 LODYLE en lugar de la de multa prevista por el art.55.1.b) LODYLE.

Sobre dicha cuestión, la doctrina jurisprudencial sostiene en síntesis que, encontrarse ilegalmente en España,

por sí misma, es una conducta que infringe el art. 53-a) LODYLE y es sancionable con multa y no con la sanción más grave de expulsión del territorio nacional prevista por el art. 57.1 LODYLE, si bien se aprecia que cuando concurren otras circunstancias o datos negativos, entre los que se incluyen la existencia de una previa orden de salida obligatoria incumplida (STS de 22 de febrero de 2007 RJ 2007/2889); el hallarse, además, indocumentado e ignorarse cuándo y por dónde entró en España (STS 31 de enero de 2008, 26 de diciembre de 2007 y 23 de octubre de 2007, Rec. 1624/2004, 5 de julio de 2007, Rec.1060/2004); disponer de documentación falsa (STS 27 de mayo de 2008 y de 25 de octubre de 2007, Rec. 2260/2004)); constar una previa prohibición de entrada (STS de 4 de octubre de 2007, Rec.2244/2004); invocar una falsa nacionalidad (STS 8 de noviembre de 2007 Rec.2448/2004); tales factores introducen un plus de gravedad en la conducta que justifica la expulsión.

Así se infiere de las SSTs de 27 de abril de 2007 (Rec. 9812/2003), 19 de julio de 2007 (Rec. 1932/2004), 19 de julio de 2007 (Rec. 1815/2003), 9 de enero de 2008 (Rec.5.245/2004). En palabras de la última de ellas:

<<QUINTO.- En segundo lugar, alega el Sr. Abogado del Estado la aplicación indebida del artículo 57-1 de la Ley Orgánica 4/2000 EDL2000/77473, pues del simple examen del expediente administrativo se deduce la motivación adecuada de la resolución que se impugna.

Tampoco este motivo puede ser aceptado.

En la Ley Orgánica 7/85, de 1 de julio EDL1985/8753, 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 EDL2000/77473 (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 EDL2000/88847 (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.>>

Pues bien en el supuesto de autos no consta ni en la resolución sancionadora ni en el expediente administrativo ninguna circunstancia adicional a la mera estancia irregular que justifica la mayor reprochabilidad de la conducta de la interesada, ya que cuando fue requerida el 11 de enero de 2007 para justificar el título que le habilitaba para estar en España, contaba con un pasaporte válido en el que figuraba su entrada en España el 7 de octubre de 2006 por el aeropuerto de Madrid-Barajas, y con un domicilio conocido en Bilbao, por lo que de conformidad con la doctrina jurisprudencial mencionada ha de concluirse que resulta desproporcionada la imposición de la sanción de expulsión, siendo procedente imponer la de multa.

A la hora de determinar la multa que procede imponer se ha de tener presentes las siguientes consideraciones tal y como la Sala apreció en su sentencia 389/2009, de 4 de junio (APE 585/07) :

a) El art. 55 LODYLE prevé en su núm. 1.b) la pena de multa de 301 a 6000 euros para las infracciones graves, calificación que recibe la de estancia ilegal en el art. 53.a).

b) El núm.3 del art. 55 establece que "para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerlas 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."

c) Dicho precepto se complementa con lo previsto por el

art. 119.3 del Reglamento LODYLE que añade a los anteriores criterios de graduación el de "las circunstancias de la situación personal y familiar del infractor".

d) Por su parte el art. 144 Reglamento LODYLE establece que "para la determinación de la cuantía de la sanción se tendrá especialmente en cuenta la capacidad económica del infractor."

De acuerdo con dichos preceptos la imposición de la sanción de multa requiere un previo proceso de graduación en atención a la gravedad de la conducta de acuerdo con tres parámetros. En primer lugar el de la culpabilidad, en el que cabe distinguir las acciones intencionadas, realizadas con conciencia de su ilicitud y voluntad, y las culposas o negligentes. El segundo, el del riesgo para el bien jurídico que la infracción trata de proteger, que en el supuesto de la infracción de estancia ilegal es el de la regularidad y control de los flujos migratorios, lo que cabe medir en atención al tiempo en que se prolonga la situación de estancia ilegal. Y finalmente la situación personal y familiar del infractor, factor que parece apuntar en una línea atenuante o justificativa de la conducta.

En el caso de autos, la Sala considera razonable a efectos de la graduación dividir la extensión de la sanción en tres grados, mínimo de 301 a 2.200 euros, medio hasta 4.099 euros, y máximo hasta 6.000 euros.

Teniendo en cuenta el breve periodo por el que se prolongó la estancia ilegal, y la ausencia de datos sobre las circunstancias económicas de la recurrente la Sala considera adecuada a la gravedad de la conducta la sanción de seiscientos euros.

Cuando se ha razonado conduce a la estimación del recurso de apelación y con revocación de la sentencia apelada a la estimación del recurso interpuesto declarando la disconformidad a derecho de la resolución recurrida, degradando la sanción impuesta a la de multa en su grado mínimo.

**TERCERO:** De conformidad con lo dispuesto en el art. 139.2 de la Ley de la Jurisdicción, no ha lugar a imponer las costas causadas en ninguna de las instancias, debiendo correr cada parte con las suyas y las comunes por mitad.

Vistos los artículos citados y demás preceptos de pertinente y general aplicación este Tribunal dicta el siguiente

### FALLO

Que estimando el presente recurso de apelación nº 345/2008, interpuesto por ..., contra la sentencia de 18 enero 2008 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo Número 3 de Bilbao, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de 6 marzo 2007 de la Subdelegación del Gobierno en Vizcaya, por la que se le impuso la sanción de expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada en el espacio Schengen por un periodo de 3 años como responsable de una infracción de estancia ilegal, debemos:

Primero: Revocar como revocamos y dejamos sin efecto la sentencia dictada.

Segundo: Con estimación del recurso interpuesto, declarar la disconformidad a derecho del acto recurrido que consecuentemente anulamos, degradando la sanción impuesta a la de multa de seiscientos euros.

Tercero: Sin imposición de las costas.

Devuélvase al Juzgado de procedencia los autos originales y el expediente administrativo para la ejecución de lo resuelto, junto con testimonio de esta resolución.

Esta resolución es firme y contra la misma no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.