

13
ZONA 1/1
C-2
25/4/11
KOPIA DA
ES COPIA

SENTENCIA N.º 44/2011

En BILBAO (BIZKAIA), a nueve de febrero de dos mil once.

El/La Sr/a. D/ña. FERMINA PITA RASILLA, 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 991/2010 y seguido por el procedimiento ABREVIADO, en el que se impugna: RESOLUCION DE LA DELEGACION DEL GOBIERNO EN CANTABRIA QUE ACUERDA LA EXPULSION DEL DEMANDANTE DEL TERRITORIO NACIONAL (EXPTE. 39 010000).

Son partes en dicho recurso: como recurrente [redacted], representado y dirigido por el Letrado GAIZKA GARZON BOLADO; como demandada ADMINISTRACION DEL ESTADO, representado por el/la Procurador y dirigido por el ABOGADO DEL ESTADO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el 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 estimo pertinentes en apoyo de su pretensión terminó suplicando al Juzgado dictase una 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 la vista, con citación de las partes a las que se hicieron los apercibimientos legales, así como requiriendo a la administración demandada, la remisión del expediente. A dicho acto compareció la parte recurrente, afirmando y ratificándose en su demanda.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto de impugnación del presente recurso contencioso administrativo es la resolución de la Delegación del Gobierno de Cantabria que acuerda la expulsión de la demandante del territorio nacional.

SEGUNDO.- La demandante suplica se dicte sentencia por la que se declare la nulidad y no ajustada a derecho la resolución impugnada dejando sin efecto y procediendo a archivar el presente expediente administrativo de expulsión y prohibición de entrada, y subsidiariamente, y para el caso de considerarse como infracción grave, poner la sanción de multa de 501 euros. Fundamenta su pretensión alegando ausencia de motivación y falta de proporcionalidad. La cuestión de la motivación de las resoluciones y proporcionalidad de las sanciones respecto de los extranjeros que se encuentran en situación irregular ya ha sido tratada en nuestros Tribunales de Justicia entendiéndose que nos encontramos ante una estancia irregular, en principio se deberá aplicar una sanción pecuniaria, y cuando, además existan otros datos negativos sobre la conducta del interesado, que deberán constar acreditadas en el expediente, se podrá aplicar la sanción de expulsión.

La Administración demandada suplica se dicte sentencia que desestime el recurso y confirme la resolución impugnada. Alega que ni en sede administrativa ni jurisdiccional ha cuestionado la actora que se encontrará en situación irregular, o que se encontrará indocumentada cuando fue iniciado el expediente sancionador, y tampoco aportó pasaporte original previamente a dictarse la resolución sancionadora como tampoco ha justificado arraigo en nuestro país.

TERCERO.- Según se desprende de la documentación obrante en las actuaciones, son hechos relevantes para la resolución del litigio los siguientes:

- 1) Con fecha 8 de febrero de 2010, por funcionarios adscritos al puesto de la Guardia Civil de Castro Urdiales (Cantabria) en un control dedicado a la prevención de consumo y tráfico de drogas y armas, pone a [REDACTED] de Brasil, a disposición del GEO de la Jefatura Superior de Policía de Cantabria; ya que realizadas consiguientes comprobaciones se observa que la actora carece de documentación necesaria que acredite su identidad y situación administrativa en España
- 2) la actora, lleva dos años residiendo en España y no consta en los archivos policiales que haya solicitado y obtenido permiso de residencia exigible para permanecer en España.
- 3) Asimismo junto a las alegaciones efectuadas a la propuesta de expediente de expulsión, de fecha de 24 de febrero de 2010 se acompañó fotocopia del pasaporte de la demandante, obrante al folio 15 del expediente administrativo

CUARTO.- El artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, establece que son infracciones graves: "Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente".

El artículo 55.1.b) del mismo cuerpo legal sanciona con multa de 301 a 6.000 euros la comisión de las infracciones graves; al tiempo que el artículo 57.1 del mismo cuerpo legal preceptúa que "Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a, b, c, d y f del artículo 53 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo".

QUINTO.- Al respecto de la cuestión que se suscita en el presente recurso, el Tribunal Supremo (por todas, Sentencia de 31 de enero de 2008 -recurso de casación nº 1743/2004-) ha establecido los siguientes criterios:

1º.- 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.

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.

SEXTO.- Habrá de analizarse, pues, si además de la permanencia ilegal constan en el expediente sancionador otros datos negativos que hagan merecedor al extranjero de la sanción de expulsión, datos negativos que constituirían, en su caso, la motivación de la opción por la expulsión y no por la multa pecuniaria.

En el supuesto analizado por la Sentencia del Tribunal Supremo antes citada, a la permanencia ilegal en España del actor se unía la circunstancia de que no sólo se encontraba irregularmente en España, sino que estaba indocumentado y, además, se ignoraba cuándo y por dónde entró en territorio español. Lo anterior, a juicio del Alto Tribunal, resultaba suficiente, para optar por la expulsión, sin que tal conclusión pudiese considerarse vulneradora del principio de proporcionalidad.

Por otro lado, entre los factores que introducen ese necesario plus de gravedad que justifica la expulsión, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sentencia de 7 de mayo de 2009 -recurso de apelación nº 532/2007-) ha señalado, recopilando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la existencia de una previa orden de salida obligatoria incumplida; el hallarse indocumentado e ignorarse cuándo y por dónde entró en España; disponer de documentación falsa; constar una previa prohibición de entrada; e invocar una falsa nacionalidad.

SEPTIMO.- Pues bien, en el supuesto que hoy nos ocupa, no ha quedado acreditada la existencia de otros datos negativos de suficiente entidad que necesariamente den lugar a la sanción de expulsión.

En este caso, el [REDACTED] efectúa alegaciones en el expediente administrativo posteriormente al acuerdo de iniciación del expediente administrativo presentado fotocopia del pasaporte, por lo que resulta identificada

Por lo tanto, en este supuesto, el dato en que se basa la Administración para optar por la sanción de expulsión no resulta suficiente para elegir la misma en detrimento de la de multa, puesto que, en definitiva, nos encontramos ante una situación de mera permanencia ilegal en España pero sin ningún elemento desfavorable de carácter bastante que justifique acudir a la expulsión, lo que ha de conducir, en aplicación de la doctrina jurisprudencial antes expuesta, a estimar el presente recurso contencioso-administrativo, anular el acto administrativo impugnado y proceder a imponer al recurrente sanción de multa por su estancia ilegal en nuestro país.

OCTAVO.- No se aprecian causas 6 motivos que justifiquen realizar un especial pronunciamiento sobre las costas procesales causadas, de conformidad con lo dispuesto en el art6culo 139 de la Ley Jurisdiccional.

Vistos los preceptos legales citados y dem6s de general y pertinente aplicaci6n,

FALLO

Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por [REDACTED] contra la resoluci6n de 20 de abril de 2010 de la Delegaci6n de Gobierno en Cantabria, referida en el primer fundamento jur6dico; que se anula por no ser conforme a Derecho la misma, en el particular en el que se acuerda la expuls6n de la demandante del territorio nacional, extremo que queda sustituido por la imposici6n de una sanci6n de multa de 301 euros.

No realizar un especial pronunciamiento en cuanto a las costas.

MODO DE IMPUGNAR ESTA RESOLUCI6N: mediante RECURSO DE APELACION EN UN SOLO EFECTO, por escrito presentado en este Juzgado en el plazo de QUINCE D6AS, contados desde el siguiente a su notificaci6n (art6culo 80.1 de la LJCA), y previa consignaci6n en la Cuenta de Dep6sitos y Consignaciones de este 6rgano jurisdiccional en el grupo Banesto (Banco Espa6ol de Cr6dito), con n6 4771.0000.00.0991.10, de un dep6sito 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 Aut6nomas, las entidades locales y los organismos-aut6nomos dependientes de todos ellos est6n exentos de constituir el dep6sito (DA 156 LOPJ).

As6 por esta mi Sentencia, de la que se llevar6 testimonio a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.