

**JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 1
PALMA DE MALLORCA**

SENTENCIA: 000/2013

PROCEDIMIENTO ABREVIADO /2011

SENTENCIA Nº / 2013

En Palma de Mallorca a catorce de marzo de 2.013.

El Ilmo. Sr. D. María José Valero i Vicent, Magistrado-Juez sustituta del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número UNO de Palma de Mallorca ha pronunciado la siguiente Sentencia en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número /2011 y seguido por los trámites del procedimiento abreviado, en el que se impugna la Resolución de la Delegación de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, de fecha 5/07/2011 por la que se acuerda imponer la sanción de expulsión del territorio nacional con la consiguiente prohibición de entrada en España por un periodo de un año.

Son partes en dicho recurso: como **demandante** DON y como **demandada** la DELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN LAS ISLAS BALEARES.

La cuantía del recuso quedó fijada en indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha de 12 de septiembre de 2011, se presentó por el Procurador Rafael Zaragoza Iglesias, en nombre y representación de DON, escrito de demanda contra el acto administrativo arriba mencionado, bajo la dirección letrada de Doña Amalia Roldán Brondo.

En él, tras las alegaciones de hecho y de derecho que estimó pertinentes, suplicó se dicte en su día Sentencia estimatoria del mismo y "*declare no ajustada a derecho y anule la resolución impugnada, ordenando el archivo del expediente sancionador; o bien subsidiariamente, en caso de que no se aprecie, solicitamos se imponga en lugar de la sanción de expulsión, la sanción económica de multa en su grado mínimo en función de la capacidad económica del recurrente, dejando en cualquier caso sin efecto la sanción de expulsión del territorio nacional y la prohibición de entrada en nuestro país durante un año impuesta a mi representado, todo ello con imposición de costas a la Administración demandada*"

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda y conferido traslado a la parte demandada, se reclamó el expediente administrativo y fue entregado a la parte actora a fin de que efectuara las alegaciones que tuviera por convenientes en el acto de la vista, cuya celebración quedó fijada para el día 28 de febrero de 2013 a las 10.00 horas.

TERCERO.- En el día y hora señalados, tuvo lugar la celebración de la vista en la que la parte recurrente se ratificó en su demanda. Concedida la palabra a la

que se cae de los 21

parte demandada ésta hizo las alegaciones que estimó oportunas, solicitando la desestimación de la demanda y oponiéndose a la misma en los términos que constan en las actuaciones. Todas las partes solicitaron el recibimiento del pleito a prueba remitiéndose a estos efectos al expediente administrativo. Tras el trámite de conclusiones quedaron finalizados los autos y vistos para sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto del presente recurso la pretensión de la parte demandante de que se anule y se deje sin efecto la resolución impugnada en la que se acuerda expulsar de España a DON por un periodo de un años adoptada en la Resolución de la Delegación del Gobierno en las Islas Baleares que tanto con la presentación a la demanda como en el expediente administrativo se recoge o en su caso se imponga la sanción de multa económica en su grado mínimo en función de la capacidad económica.

SEGUNDO.- Se hace constar que en la resolución impugnada se hace referencia a una infracción grave recogida en el art. 53.1 a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en su redacción dada por la Ley orgánica 2/2009, de 1 de diciembre (en adelante LOEx), que en relación al art. 57 del mismo texto legal prevé la imposición de una sanción entre las que se encuentra la expulsión.

Según se contempla en el expediente administrativo nº 17617-11, que a las 11.00 h del 17/2/2011 el Sr. fue detenido por un presunto delito de falsificación documental e infracción de la LOEx, y llevado a la Jefatura Superior de Baleares para identificarlo.

Se hace constar que al ser detenido, además de un abogado interesó la presencia de un intérprete, que no presentaba su correspondiente pasaporte de Senegal con el que figurara visado ni sello de entrada con que acredite su identidad, ni tampoco su estancia regular en España. Del mismo modo se hace constar en el acuerdo de inicio de procedimiento sancionador de expulsión –folio 3 y 4 del expediente administrativo-, que tras consultar la base de datos de la Dirección General de la policía no aparecía concedida ninguna autorización para residir o trabajar en España, ni acredita cumplir los requisitos del art. 31.3 de la LO 2/2009 ni en el art. 45.2 del Real Decreto 2393/2004 para la obtención de un permiso de arraigo.

A pesar de ello, sí consta en el propio expediente administrativo que mediante escrito de 23/2/2011 –folio 7 y ss del expediente administrativo- se realizaron alegaciones, adjuntando documentos como la copia del pasaporte completo del extranjero –folios del 12 al 28 del meritado expediente-, haciendo constar que tiene presentada solicitud de autorización de residencia por arraigo social de fecha 9/8/2010 –folio 42 de la completación interesada- justificando una estancia mediante empadronamiento, desde el 18/6/2007 en Palma de Mallorca –folio 43- y un informe favorable de inserción social, donde consta su participación en los programas educativos de inserción, en concreto de castellano y de charlas sobre normas de convivencia –folios 43 a 46 de esa misma completación-

En el informe negativo sobre alegaciones presentadas tras la notificación de inicio de expediente sancionador –folio 29 del expediente administrativo-, al punto tercero se dice que la solicitud de autorización para residir en España fue denegada el 14/2/2011, es decir tres días antes de ser detenido, aunque no consta que al extranjero le hubiere sido todavía notificado.

En consecuencia la Administración sí fue concedora del intento del extranjero sancionado de regularizar su situación, aunque la Administración había entendido 3

buena - buena

días antes de su detención denegar su solicitud. Este hecho desvirtuaría las alegaciones iniciales pero no así la resolución en la que se reconoce dicho hecho y es valorado, cuestión distinta es si dicha valoración se realizó o no cumpliendo con el principio de proporcionalidad.

Según la motivación expuesta por la Administración se entiende que la sanción a aplicar es la correcta porque la multa es una sanción menos restrictiva y menos eficaz para la consecución de la finalidad del restablecimiento del orden jurídico perturbado que entiende es perseguida por el legislador. Ello le lleva a argumentar en el fundamento quinto de la resolución impugnada por qué considera que debe ser impuesta la sanción de expulsión y no la de multa. Dichos motivos, son a entender de esta juzgadora una motivación suficiente, conforme al art. 54 de la Ley 30/1992 y a la jurisprudencia alegada por el Abogado del Estado en la vista celebrada el día 28 de febrero de 2013. Ahora bien, como se ha indicado, también debe ser valorada la vulneración o no del principio de proporcionalidad que se alega, un principio que todo expediente sancionador debe respetar y donde deberán ser valoradas las circunstancias personales del recurrente.

TERCERO.- Dice el Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears, en sentencia de 12 diciembre 2007, rollo de apelación 425/2007:

"... Admitido que la L.O. 4/2000 (en su redacción tras la L.O. 8/2000), prevé que ante las infracciones que se detallan en su art. 57.1º "podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo", la duda radica en si este "podrá" implica el ejercicio de un derecho de opción o elección favor de la Administración, carente de cualquier control jurisdiccional.

En este punto, no cabe duda de que la idoneidad de la elección es verificable a través de las técnicas de control jurisdiccional, máxime cuando nos encontramos con una decisión dictada en el seno de un procedimiento administrativo sancionador en el cual, la elección afecta a la gravedad de la sanción.

Cuando la norma contempla dos sanciones posibles y una es más gravosa que otra - como ocurre en el caso en el que la sanción de expulsión lo es con respecto a la sanción económica-, la Administración debe realizar un juicio de proporcionalidad o de individualización de la sanción en atención a las circunstancias del infractor - criterio de prevención especial- y de la infracción misma -criterio de prevención general-. En definitiva, a la resolución sancionadora le es de plena aplicación lo previsto en el art. 131 de la Ley 30/1992 en cuanto que recoge el principio de proporcionalidad en materia sancionadora en el sentido de que la sanción aplicada deberá guardar la debida adecuación con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. El art. 20.2º de la Ley 4/2000 prevé que los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, por lo que la aplicación del art. 131 de la Ley 30/1992, es incuestionable.

En relación a este punto hemos de hacer referencia, entre otras, a la sentencia dictada por Tribunal Supremo en fecha 30.06.2006, en la que se indica:

"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".

Como hemos hecho referencia, en este caso concreto, al interponer alegaciones a la propuesta de resolución en fecha 23/2/2011 ya se puso en conocimiento la existencia de un expediente de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales con autorización de trabajo al amparo del art. 31.3 de la LOEx, como también se adjuntó la solicitud de dicha autorización, el certificado de empadronamiento histórico y el informe municipal de inserción social emitidos por el Ayuntamiento de Palma. A pesar de ello ninguna mención se realiza ni parece ser valorado por la Administración demandada para establecer la sanción en sus justos términos y con ponderación, indicando que con ello no se desvirtuaba la infracción.

CUARTO.- En reciente sentencia del TSJIB de 30/1/2013, nuevamente se aduce a la jurisprudencia que se viene aplicando desde la nº 755/2006 de fecha 8/10/2006 que dictó ese mismo Tribunal, y que indica que "no cabe duda de que la idoneidad de la elección es verificable a través de las técnicas de control jurisdiccional, máxime cuando nos encontramos con una decisión dictada en el seno de un procedimiento administrativo sancionador en el cual, la elección afecta a la gravedad de la sanción."

En este caso, sigue afirmando que: "cuando la norma contempla dos sanciones posibles y una es más gravosa que otra - como ocurre en el caso en el que la sanción de expulsión lo es con respecto a la sanción económica -, la Administración debe realizar un juicio de proporcionalidad o de individualización de la sanción en atención a las circunstancias del infractor - criterio de prevención especial - y de la infracción misma -criterio de prevención general-. En definitiva, a la resolución sancionadora le es de plena aplicación lo previsto en el art. 131 de la Ley 30/1992 en cuanto que recoge el principio de proporcionalidad en materia sancionadora en el sentido de que la sanción aplicada deberá guardar la debida adecuación con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. El art. 20.2º de la Ley 4/2000 prevé que los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, por lo que la aplicación del art. 131 de la Ley 30/1992, es incuestionable."

En esa línea menciona las sentencias del Tribunal Supremo:

STS de 22.04.1992:

"SEGUNDO.- Importa recordar ante todo que la Constitución, que ha reconocido la legitimidad de las sanciones administrativas - así, arts. 25.1 y 45.3 - ha tenido buen cuidado de subrayar el carácter reglado de la potestad sancionadora de la Administración - art. 25.1-: no cabe admitir que en esta materia haya aspectos discrecionales, es decir, cuestiones en las que la Administración tenga «libertad» para elegir entre soluciones distintas pero igualmente justas -indiferentes jurídicamente-. Toda la actuación de la Administración en el terreno sancionador resulta pues reglada"

STS 24.09.1996:

"la más reciente jurisprudencia de esta Sala y Sección -por todas, Sentencias de 6 octubre 1994 y 30 abril 1995 - señala que el principio de proporcionalidad de las

sanciones no puede sustraerse al control jurisdiccional, pues la discrecionalidad que se otorga a la Administración en la imposición de sanciones dentro de los límites legalmente previstos, debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes, al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporción entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, dado que toda sanción debe determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad en relación con las circunstancias del hecho, proporcionalidad que constituye un principio normativo que se impone como un precepto más a la Administración y que reduce el ámbito de sus potestades sancionadoras pues al ámbito jurisdiccional corresponde no tan sólo la calificación para subsumir la conducta en el tipo legal, sino también, por paralela razón, el adecuar la sanción al hecho cometido, ya que en uno y otro caso el tema es de aplicación de criterios valorativos en la norma escrita o inferibles de principios integradores del ordenamiento jurídico, como son, en este campo sancionador, los de congruencia y proporcionalidad entre la infracción y la sanción."

STS 20.02.1998:

"Tal control incluye las sanciones disciplinarias y se extiende tanto a los aspectos estrictamente reglados como a los discrecionales, ya que discrecionalidad administrativa no significa en modo alguno exención del control judicial. Entre los puntos que pueden y deben ser objeto de la oportuna revisión jurisdiccional, si ha lugar a ello, está el principio de proporcionalidad de la sanción, que exige la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada. El principio de proporcionalidad de la sanción y su aplicación a un supuesto de hecho concreto está íntegramente sometido al control de los Tribunales de Justicia, que deben valorar si la Administración ejerció o no debidamente las facultades que el ordenamiento jurídico le concede para aplicar a una falta disciplinaria una u otra sanción, y si, al ejercitar tal facultad, ha respetado o no el principio de proporcionalidad entre la infracción cometida, las circunstancias de toda clase que en ella concurren y la sanción impuesta. El principio de proporcionalidad de la sanción, como cualquier otra manifestación de la actividad discrecional de la Administración, no constituye una zona inmune al control jurisdiccional. En consecuencia, la Sala de instancia ha procedido conforme a derecho al revisar la sanción que se sometía a su consideración, estimando, no de una manera arbitraria y carente de justificación, sino en virtud de las razones que expresa (fundamento de derecho séptimo), que dicha sanción (la de separación del servicio) era desproporcionada y debía ser sustituida por la de dos años de suspensión de funciones con pérdida de retribución, sin infringir por ello los preceptos que se citan en el presente motivo casacional, que establecen una facultad de la Administración municipal, pero no la declaran exenta del control jurisdiccional"

Haciéndonos eco por tanto de dicha resolución del órgano superior, hemos de decir que "el principio de proporcionalidad está íntimamente relacionado con la exigencia de motivación de las resoluciones, ya que no basta que la sanción esté proporcionada a la infracción, sino que cuando -como en el caso- se opta por la sanción más gravosa, es preciso que se indiquen las razones del juicio de proporcionalidad aplicado. En caso contrario, se causaría indefensión a la parte imputada desde el momento en que ha desconocido las razones por las que se le impone la sanción más gravosa y correlativamente, no ha podido combatirlas".

QUINTO.- Ciertamente no se ha acreditado un arraigo en los presentes autos, sin perjuicio de que conste al expediente nº 07002011..... sobre el que precisamente días antes de su detención se denegó la autorización interesada. Cuestión distinta será si dicha resolución ha sido recurrida y si hay sentencia firme o no, punto este que desconocemos, aunque pudiera haber sido una cuestión a valorar respecto del principio de proporcionalidad.

Como ya nos hemos pronunciado en este sentido, deben ser tenidas en cuenta para la adecuada ponderación las pruebas documentales que se hacen constar en autos a fin de valorar adecuadamente si la sanción impuesta es la adecuada. Es decir, como viene diciendo la jurisprudencia, debió tenerse en cuenta la estancia continuada en nuestro país, su arraigo, el que el extranjero hubiere intentado regularizar su situación o esté esperando resolución al efecto, el que no le constaran otras detenciones o condenas, etc. Dichos extremos han tratado de probarse por el recurrente y no han sido tenidos en cuenta a la hora de fijar la sanción recomendada en esos casos: la multa.

Considera esta juzgadora, haciéndose eco de la jurisprudencia conocida al efecto, que debe tenerse en cuenta a la hora de observar si efectivamente ha habido una proporcionalidad en la sanción impuesta las circunstancias concretas anteriormente reseñadas y el hecho de que no tenga ningún otro dato negativo resaltado, como el incumplimiento de norma más allá de la infracción relativa a su falta de papeles que regularicen su situación en nuestro país y que se pretende sancionar, siendo que al respecto nada se hace constar en el expediente administrativo, no queda sino estimar el recurso entendiendo que se ha cometido una falta de proporcionalidad. De hecho ni siquiera el presunto delito de falsedad documental consta que se haya continuado mediante las oportunas diligencias previas.

Solo una referencia a una devolución de 1/6/2006 por la Subdelegación del Gobierno de Tenerife, no alegada hasta la resolución y que se desconoce si ha sido o no revocada, y que no habiéndose cumplido no cabe argumentar en la última fase de resolución seis años después y tras haber sido trasladado desde dicha isla, lo que como alega la defensa del Sr. Diop pudiera constituir un motivo de indefensión.

Analizadas las pruebas y argumentos esgrimidos por las partes en este litigio, esta juzgadora entiende que, en aplicación de la jurisprudencia y de los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears, debe ser considerada parcialmente la demanda interpuesta, y ser aplicada la sanción de multa en vez de la de expulsión, condenando al Sr. al pago de multa como interesó su dirección letrada.

Dicha multa, siendo que está en nuestro país desde 2.007 y que no consta antecedentes penales, viviendo en un domicilio privado que comparte con otras personas, salvo acreditación en contra, que no consta, será de alquiler, que además, como demuestra ha abonado las tasas de apelación aún teniendo concedida la justicia gratuita, supone que tiene unos ingresos mínimos y que a considerar de esta juzgadora conlleva la posibilidad de abonar una cuantía de seiscientos euros por la infracción que se le atribuye, y que no ha sido desvirtuada en ningún momento, sin hacer expresa condena en costas.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general aplicación,

FALLO:

QUE DEBO ESTIMAR parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por DON contra la Resolución de la Delegación de Gobierno de las Islas Baleares debiendo aplicarse la sanción de multa en la cuantía de seiscientos euros, **DECLARANDO** las costas de oficio.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndolas saber que contra la misma cabe recurso de apelación en dos efectos que deberá interponerse por escrito ante este mismo Juzgado dentro del plazo de quince días siguientes a su notificación y del que conocerá, en su caso, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará por testimonio a los autos de su razón definitivamente juzgando lo pronuncio, mando y firmo.