

Not. 11-01-09



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANTABRIA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

S E N T E N C I A

Ilma. Sra. Presidente acctal.

Doña Clara Penín Alegre

Iltmos. Sres. Magistrados

Doña María Josefa Artaza Bilbao

Don Rafael Losada Armadá

En la ciudad de Santander, a dieciocho de diciembre de dos mil nueve.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria ha visto el recurso de apelación nº 397/09 interpuesto contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Santander, de fecha 15 de junio de 2009, en el procedimiento abreviado nº 244/09 por la Letrada Sra. Carmen Noelia Fuentevilla Gómez en nombre y representación de ~~XXXXXXXXXX~~ ~~XXXXXXXXXX~~, siendo parte apelada Delegación del Gobierno en Cantabria, representada y asistida por el Abogado del Estado.

Es Ponente la Iltma. Sra. Doña Clara Penín Alegre, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El recurso de apelación se tuvo por interpuesto el día 30 de julio de 2009, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Santander, de fecha 15 de junio de 2009, en el procedimiento abreviado nº 244/09, que en su parte dispositiva establece: «Desestimo el presente recurso contencioso administrativo, y declaro conforme a Derecho la resolución impugnada. Sin condena en costas».

SEGUNDO: Del recurso de apelación se dio traslado a la contraparte que formuló oposición al mismo y solicitó de la Sala su desestimación.


TERCERO: En fecha 5 de octubre de 2009 se dictó diligencia de elevación de las actuaciones a esta Sala una vez efectuados los correspondientes emplazamientos y no habiéndose solicitado la apertura de periodo probatorio, ni celebración de vista o conclusiones por escrito, se declaró el recurso concluso para sentencia, señalándose para la votación y fallo el día 17 de diciembre de 2009, en que se deliberó, votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



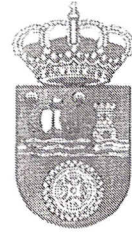
PRIMERO: La presente apelación tiene por objeto la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Santander, de fecha 15 de junio de 2009, en el procedimiento abreviado nº 244/09, que en su parte dispositiva establece: «Desestimo el presente recurso contencioso administrativo, y declaro conforme a Derecho la resolución impugnada. Sin condena en costas».

El plus de antijuridicidad merecedor de la sanción de expulsión se encontraría, a criterio del juzgador a quo, en el hecho de haber sido denegado el permiso de residencia por contar el recurrente con antecedentes penales.



Frente a dicho pronunciamiento esgrime la parte recurrente ausencia de proporcionalidad de la sanción impuesta invocando diversa jurisprudencia de la Sala así como la inexistencia de culpabilidad, por ser su intención la de cumplir con los trámites administrativos para regular su situación en territorio español.

Por el Abogado del Estado se argumenta acerca de la motivación de la resolución y proporcionalidad de la sanción de expulsión, fundada en el incumplimiento de la obligación de salida del territorio español y existencia de antecedentes penales del recurrente.



SEGUNDO: Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo la siguiente (SSTS Sala 3ª, sec. 5ª, 28-11-2008, rec. 9581/2003, 24-6-2008, rec. 1320/2005 y un largo etcétera):



«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 transcendencia.


»De esta regulación se deduce:

»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 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».

TERCERO: En el supuesto de autos, es cierto que en el relato de hechos probados de la resolución objeto de impugnación se alude a la denegación de una anterior autorización de residencia temporal por contar con antecedentes penales. En tal caso tendría razón el juzgador al confirmar la sanción más grave de las previstas en el ordenamiento. Sin embargo, esta afirmación es consecuencia del informe previo obrante en el expediente y reproducido en la causa conforme al cual, los llamados

«antecedentes penales» no serían sino tres detenciones por diversas infracciones penales, cuyo destino se desconoce. Es decir, no se trataría de antecedentes penales en sentido jurídico sino de antecedentes policiales. La apertura de causas judiciales no es suficiente a estos efectos pues, rigiendo en nuestro sistema el principio de presunción de inocencia, no cabe presumir que vaya a ser condenado.


Conforme establece la STS, Sala 3ª, sec. 5ª, 28-2-2007, rec. 10260/2003, «en el presente caso, consta en el expediente administrativo que el interesado tenía antecedentes policiales [...]». 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». Por lo demás, consta la filiación del recurrente y posesión de documentación sin que en ningún momento se afirme la insuficiencia de ésta a efectos de su identificación.

De ahí la estimación del recurso y, asumiendo la propia petición de la recurrente, la sustitución de la sanción de expulsión por la de multa.

CUARTO: De conformidad con el artículo 139.2, al haber sido estimado el recurso de apelación interpuesto por la parte recurrente, no procede la imposición de costas a dicha parte.

F A L L A M O S



Que estimamos el presente recurso de apelación promovido por la Letrada Sra. Carmen Noelia Fuentevilla Gómez en nombre de ~~CAJIA~~, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Santander, de fecha 15 de junio de 2009, en el procedimiento abreviado nº 244/09, que en su parte dispositiva establece: «Desestimo el presente recurso contencioso administrativo, y declaro conforme a Derecho la resolución impugnada. Sin condena en costas», en el único sentido de sustituir la pena de expulsión por la de multa en su cuantía mínima, sin hacer expresa imposición de las



costas procesales causadas en esta apelación a dicha parte recurrente.

Así, por esta nuestra sentencia, que se notificará a las partes con expresión de los recursos que en su caso procedan frente a ella, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Intégrese esta Resolución en el Libro correspondiente. Una vez firme la sentencia, devuélvase las actuaciones recibidas y el expediente administrativo al órgano judicial de procedencia, junto con un testimonio de esta sentencia.

