

Letrado; Andrés Ceballos Cabrillo



**T.S.J.CANTABRIA SALA CON/AD
SANTANDER**

SENTENCIA: 00799/2009

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

S E N T E N C I A

Iltmo. Sr. Presidente Acctal.

Doña Clara Penín Alegre

Iltmos. Sres. Magistrados

Doña María Josefa Artaza Bilbao

Don Rafael Losada Armadá

En la Ciudad de Santander, a treinta 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 266/2009** interpuesto contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº tres de Santander, de fecha siete de Mayo de dos mil nueve por ~~2009~~ ~~2009~~ siendo parte apelada **LA ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO (DELEGACION DE GOBIERNO EN CANTABRIA)**. Es ponente



La Ilma. Sra. Magistrado DOÑA JOSEFA ARTAZA BILBAO quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El recurso de apelación se interpuso el día 9 de Junio de 2.009, contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Santander, dictada en fecha siete de Mayo de dos mil nueve, que en su parte dispositiva establece "Se desestima el presente recurso contencioso-administrativo formulado por ~~XXXXXXXXXXXXXXXXXX~~, representada y asistida por el letrado Sr. De Ceballos Cabrillo, contra la Delegación del Gobierno de Cantabria, asistida y representada por la Sra. Abogada del Estado, por ajustarse a derecho el objeto del mismo, sin hacerse un especial pronunciamiento sobre las costas procesales causadas.

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 seis de Julio de dos mil nueve se dictó providencia elevando las actuaciones a esta Sala y no habiéndose solicitado la apertura de período 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 2.009 en que se deliberó, votó y falló, siendo posteriormente redactada la presente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se dirige el presente recurso de apelación contra lo resuelto en la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Santander, dictada en fecha siete de Mayo de dos mil nueve, que en su parte dispositiva establece "Se desestima el presente recurso contencioso-administrativo formulado por ~~DAVID DE LA TORRE~~ representada y asistida por el letrado Sr. De Ceballos Cabrillo, contra la Delegación del Gobierno de Cantabria, asistida y representada por la Sra. Abogada del Estado, por ajustarse a derecho el objeto del mismo, sin hacerse un especial pronunciamiento sobre las costas procesales causadas."

Es objeto de revisión ahora y en la instancia el Acto Administrativo consistente en la Resolución de la Delegación del Gobierno en Cantabria de fecha 11 de Marzo de 2008, por la que se impuso al recurrente la sanción de expulsión del territorio español con prohibición de entrada de tres años como responsable de una infracción prevista en el artículo 53, en los apartados a) y b), de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en

España y su integración social, reformada por L.O. 8/2000, de 22 de Diciembre, y reformada a su vez por L.O. 14/2003, de 20 de Noviembre.

SEGUNDO.- La Sentencia de instancia procede a la desestimación integra del recurso formulado frente a la Resolución de la Delegación de Gobierno que le impone la sanción de expulsión al entender que procede la expulsión por concurrir dos supuestos de expulsión, los del artículo 53.a) y b) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, motivando además que no existe arraigo y se le excluirá con la imposición de multa alternativa pecuniaria, sosteniendo que la Resolución no carece de motivación y es proporcionada la confirma.

A esto esgrime la recurrente cierta jurisprudencia relativa a la necesidad de indagar el resultado de la imputación efectuada cuando ésta es el fundamento de la expulsión, la presunción de inocencia y que no es ilícita la actividad de captadora de clientes que ejerce en España a fin de sufragarse sus gastos.

A dicha pretensión se opone el Abogado del Estado considerando que la resolución impugnada es proporcionada y se encuentra suficientemente motivada. Y que en el supuesto de autos ni se ha acreditado arraigo ni medios suficientes de vida, por lo que interesa la confirmación de la sentencia.

TERCERO.- 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 trascendencia.

“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.

"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».

CUARTO.- No se combate en modo alguno en el recurso el hecho de encontramos ante una estancia claramente irregular. Para la juzgadora a quo, el plus de antijuridicidad se encontraría en la existencia de dos sanciones, el no tener arraigo y la no posibilidad de imponerle una sanción de multa pecuniaria que aún la marginara mas en su situación de exclusión social. Ciertamente es que no se trata de combatir los antecedentes penales o judiciales de la recurrente, objeto de la jurisprudencia invocada. Pero no lo es menos que la segunda infracción lo es por el desarrollo de una actividad laboral sin autorización de trabajo ni de residencia, además de la estancia ilegal, hallándose la recurrente en posesión de pasaporte.

Como indica la Sala 3ª, sec. 5ª, 9-3-2007, rec. 9887/2003

“en el presente caso no hay en el expediente administrativo ningún otro dato o hecho relevante que no sea la pura y escueta permanencia ilegal de la recurrente en territorio español y la realización por ella de una actividad profesional sin las autorizaciones administrativas necesarias. Maticemos, en este sentido, que no es obstáculo para cuanto acabamos de apuntar que la dedicación profesional de la actora fuera el llamado "alterne", pues una jurisprudencia consolidada, plasmada en multitud de sentencias, ha declarado que esa es una actividad lícita como medio de vida, por lo que no cabe extraer de la misma ninguna connotación desfavorable de cara a la graduación de la sanción, más aún cuando no consta en el expediente

ningún otro dato relativo a las circunstancias del desempeño de esa actividad que pudiera justificar una reconsideración de la cuestión. En consecuencia, se trata de un caso en que ni en la resolución ni en el expediente administrativo existen específicamente las razones por las cuales la Administración impuso la sanción de expulsión y no la general de multa que prevé el ordenamiento jurídico».

Jurisprudencia que se reitera en la STS, Sala 3ª, sec. 5ª, S 24-6-2008, rec. 1320/2005, con cita en la STS de 19 de julio de 2007, rec. 1801/2004.

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.

QUINTO: 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.

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY

F A L L A M O S

Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación formulado por ~~DOÑA NINA ERMACHEK~~ frente a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Santander, dictada en fecha siete de Mayo de dos mil nueve, que en su parte dispositiva establece "Se desestima el presente recurso contencioso-administrativo formulado por Doña Nina Ermachek, representada y asistida por el letrado Sr. De Ceballos Cabrillo, contra la Delegación del Gobierno de Cantabria, asistida y representada por la Sra. Abogada del Estado, por ajustarse a derecho el objeto del mismo, sin hacerse un especial pronunciamiento sobre las costas procesales causadas." Sin Costas. Y revocamos la Sentencia de instancia dictando la Sala Sentencia con el pronunciamiento estimar de modo parcial el recurso contencioso-administrativo promovido ~~DOÑA NINA ERMACHEK~~ ~~DOÑA NINA ERMACHEK~~ frente a la Resolución de la Delegación del Gobierno en Cantabria de fecha 11 de Marzo de 2008, por la que se impuso a la recurrente la sanción de expulsión del territorio español con prohibición de entrada de tres años 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.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.