



Roj: STSJ GAL 5815/2012
Id Cendoj: 15030330012012100579
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Coruña (A)
Sección: 1
Nº de Recurso: 15/2012
Nº de Resolución: 930/2012
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: JOSE RAMON CHAVES GARCIA
Tipo de Resolución: Sentencia

T.S.J.GALICIA CON/AD SEC.1

A CORUÑA

SENTENCIA: 00930/2012

PONENTE: D. JOSE RAMON CHAVES GARCIA

RECURSO: RECURSO DE APELACION 15/2012

APELANTE: SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN PONTEVEDRA

APELADA: Doroteo

EN NOMBRE DEL REY

La Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia ha pronunciado la

SENTENCIA

Ilmos./as. Sres./as. D./D^a

BENIGNO LOPEZ GONZALEZ.- Pte.

JULIO CESAR DIAZ CASALES

JOSE RAMON CHAVES GARCIA

A CORUÑA , veintisiete de junio de dos mil doce.

En el RECURSO DE APELACION 15/2012 pendiente de resolución ante esta Sala, interpuesto por LA SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN PONTEVEDRA, representada y dirigida por el ABOGADO DEL ESTADO, contra la SENTENCIA, de fecha veintiocho de Noviembre de 2011 dictada en el procedimiento Abreviado 110/2011 por el JDO . DE LO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO Núm. 1 de los de PONTEVEDRA sobre EXTRANJERIA. Es parte apelada D. Doroteo , representado por el Procurador D. LUIS DEQUIDT MONTERO y dirigida por el LETRADO D. JAVIER FREIRE CARRAGAL.

Es Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSE RAMON CHAVES GARCIA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice: "Estimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación del ciudadano de nacionalidad mexicana Doroteo (con nº de pasaporte NUM000) seguido como P.A. 110/11 dictada por la Subdelegación del Gobierno en Pontevedra por la que se acordaba su expulsión del territorio nacional, que se declara contraria a Derecho y se anula en los términos de esta Sentencia, sin imposición de costas. "

SEGUNDO .- Notificada la misma, se interpuso recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que obra en el procedimiento, habiéndose acordado dar traslado de las actuaciones al ponente para resolver por el turno que corresponda.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO .- Es objeto de recurso de apelación por la abogacía del Estado la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo num.1 de Pontevedra, de 28 de Noviembre de 2011 por la que se estimó el recurso contencioso- administrativo interpuesto por aquél contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno de Pontevedra de 10 de Enero de 2011, que disponía la **expulsión** del ciudadano mejicano D. Doroteo por dos años con amparo en el art.53.1 de la Ley de Extranjería .

El recurso de apelación se sustenta básicamente en el error del Juez de instancia ya que la sanción de **expulsión** está motivada en la amplia prolongación de estancia en España sin regularizar la situación e incumpliendo tanto la obligación de regularizar como de salida, lo que revelaría una actitud consciente y culpable de la conducta infractora. Además carece de medios de vida y posibilidad de regularización, todo lo cual lleva a considerar proporcionada la sanción de **expulsión**. Por la parte recurrente en la instancia se insistió en la necesaria motivación específica en datos negativos concretos para optar por la **expulsión**.

SEGUNDO .- Hemos de partir de la reiterada doctrina del Tribunal Supremo sobre el particular -citada en la sentencia de instancia- (por todas, STS de 28 de noviembre de 2008), en cuya virtud " Hemos dicho en multitud de sentencias, de ociosa cita por su reiteración, que 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), 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 ahí se deriva:

1º.- El encontrarse ilegalmente en España (bien por haber transcurrido los noventa días de estancia o por no renovar las autorizaciones), según el artículo 53 -a), puede ser sancionado o con multa o con **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 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.

4º.- Sin embargo, resultaría en exceso formalista desprestigiar esa motivación por el hecho de que no conste en la resolución misma, siempre que conste en el expediente administrativo, y siempre que en armonía con lo sentado por la Sentencia del Tribunal Constitucional de Sentencia 145/2011, de 26 de septiembre se haya brindado la posibilidad de formular alegaciones al respecto.

5º.- Y por tanto, 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. 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.

Sobre la sanción de **expulsión** muy didácticamente la STC 140/2009, de 15 de junio resume la situación en los siguientes términos: " como ya se ha señalado, la existencia de una infracción en materia de extranjería, que no ha sido negada en este caso, y la posibilidad legal de que se imponga ante su comisión la sanción de **expulsión** como sustitutiva de la de multa no constituyen por sí mismo justificación suficiente de la decisión ni, por tanto, exime a la Administración del deber, impuesto por el art. 24.1 CE , de hacer expresas las razones por las que, valorando los criterios establecidos legalmente para la graduación de las sanciones, se opta en el caso concreto por la sustitución de la sanción de multa por la de **expulsión**. Pues bien, la resolución sancionadora impugnada, que se limita a constatar la mera existencia de la conducta infractora, no contiene fundamentación alguna a partir de la cual puedan conocerse las razones de la Administración sancionadora



por la que resulta procedente la expulsión. Incluso considerando que existiera una remisión al contenido del propio expediente, tampoco aparece en el mismo ninguna argumentación tendente a justificar por qué ante la conducta de estancia irregular en España del recurrente, que está sancionada con una pena de multa de 301 a 6000 euros en el art. 55.1 b) de la Ley Orgánica 4/2000, se opta por sustituirla por la sanción de expulsión del art. 57."

TERCERO.- Si acudimos a la doctrina del Tribunal Supremo sobre los hechos o circunstancias que constituyen motivación suficiente para justificar la imposición de la sanción de expulsión y no la de multa en los casos de estancia irregular en España, encontramos identificadas las siguientes **circunstancias negativas:**

A) Estar **indocumentado el extranjero** y por tanto sin acreditar su identificación y filiación, ignorándose **cuándo y por dónde entró** en territorio español (STS 23 de octubre de 2007, rec. 1624/2004 ; 5 de julio de 2007, rec.1060/2004)

B) Haber sido detenido por su **participación en un delito**, hecho por el que se siguieron diligencias penales ante un Juzgado de Instrucción (STS de 19 de diciembre de 2006), debiendo en tal caso constar en el expediente el estado de tales actuaciones penales y valorarse casuísticamente.

C) **Carecer de domicilio y arraigo familiar** y estar además indocumentado (Sentencia de 28 de febrero de 2007);

D) Constar una previa **prohibición de entrada** (STS de 4 de octubre de 2007, rec.2244/2004);

E) Invocar una **falsa nacionalidad** (STS 8 de noviembre de 2007 rec.2448/2004);

F) Dictarse con carácter previo a la expulsión una orden de **salida obligatoria** del territorio nacional que tendría que haberse hecho efectiva sin haber intentado legalizar su situación en España (Sentencia de 22 de febrero de 2007). **E incluso, añadimos, la preexistencia de una o varias sanciones firmes de multa por permanencia ilegal sin autorización**, unido a una **ausencia de prueba cabal de integración efectiva socioeconómica y cultural**, puede alzarse en hecho negativo en línea con el reconocimiento de la agravante de reincidencia plasmada en el art. 57.5 de la Ley de Extranjería .

CUARTO.- Subrayaremos que la doctrina aplicada por esta Sección en anteriores sentencias sobre la consideración como hecho negativo de la mera ausencia de actividad alguna para regularizar su situación, amparada en las SSTS de 8 de Noviembre y 26 de Noviembre de 2007 cobró validez respecto de situaciones propias de un escenario anterior a la sustancial reforma operada por la LO 2/2009, de 11 de Diciembre (política inmigratoria, derechos y obligaciones, régimen de intervención y expulsión) en las cuales **el afectado desaprovechaba la ocasión para regularizarse**, bien ante la **oportunidad** brindada por un **procedimiento reglamentario general de regularización** que estuviese eventualmente abierto, o bien ante la singular posibilidad de obtener una autorización que legitimase su estancia. Sin embargo, la citada Ley 2/2009 introduce un significativo inciso final en el art.57 de la Ley de Extranjería cuando precisa que la aplicación de la expulsión se efectuará "mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción", mandato silenciado en la redacción originaria, y que a partir de ahora encarece la motivación expresa en la propia Resolución sancionadora y con expresión de los hechos negativos, tales como los anteriormente indicados con consolidación jurisprudencial, que cualifican la situación de permanencia ilegal hasta el punto de habilitar la sanción de expulsión.

QUINTO.- Por otra parte, **cuando la permanencia ilegal constatada abarca un reducido lapso temporal que pugna con la idea de todo arraigo o interés objetivo que sea digno de protección frente a la medida de expulsión**, ha de considerarse **proporcionada** esta medida ya que el juicio de proporcionalidad pasa por un ejercicio de comparación entre la sanción **-expulsión-** y el sacrificio que comporta para el sancionado - abandono de las "raíces" en el país- de modo que **una mayor estancia constituye indicio y premisa de mayor integración** que una breve estancia temporal, línea apuntada por la Sentencia de 25 de Abril de 2012 (P.Ap.420/2011) de esta misma Sección que en relación a la **expulsión de quien llevaba tan solo tres meses irregularmente en el país**, precisa que "En esas condiciones de tan exiguo lapso temporal no puede hablarse de arraigo alguno, en congruencia con la falta absoluta de alegato o prueba sobre tal integración, de manera que la sanción de expulsión resulta plenamente proporcionada a la permanencia ilegal dado que es la medida de signo contrario al hecho infractor" .

SEXTO.- Todo lo dicho teniendo en cuenta que el contrapeso de los citados datos negativos probados para poder enervar la expulsión marcada por aquéllos, so pretexto del principio de proporcionalidad, ha de ser objeto de consideración excepcional y restrictiva (dado el disvalor implícito en el dato negativo) y venir referido a **situaciones singulares de arraigo probado, intenso y continuo que mas allá del simple empadronamiento**



formal, obtención de tarjeta sanitaria o documento similar de obtención tan sencilla como inocua su eficacia probatoria de la integración, o de la simple permanencia temporal prolongada pero pasiva. Se trata de ir mas allá y demostrar una manifiesta voluntad de integrarse en el país de recepción, pudiendo apreciarse conjuntamente factores tales como los siguientes: medios suficientes de vida para permanecer en España; dominio de lengua o lenguas españolas; incorporación real al mercado de trabajo; existencia de vínculos afectivos reales, estables y actuales con nacionales, comunitarios o con extranjeros en situación de residencia legal, etc.

SEPTIMO .- Descendiendo al caso de autos, es obligado partir de la aplicación de la Ley de Extranjería en la redacción dada por la Ley 2/2009, de 11 de Diciembre, dado que el inicio del expediente tiene lugar el 24/3/2010, esto es, con posterioridad a la vigencia de aquélla. Así pues, hemos de centrar la cuestión señalando que los alegatos relativos a su labor en España o arraigo pueden tener encaje en el ámbito de un procedimiento de autorización de residencia o su renovación, pero cuando se trata de esgrimirlos en un procedimiento sancionador con la consecuencia de expulsión, únicamente pueden enervarla si posee intensa fuerza reveladora de un patente y real enraizamiento en España que evidencie lo desproporcionado de tal expulsión.

Así, desde la perspectiva de la infracción cometida, basta el examen de la Resolución recurrida (folios 49 y 50 expte.) para constatar que toda imputación radica en que se encontraba de forma irregular en territorio español, habiendo entrado en España el 21/7/2008 y siendo requerido policialmente el 3/5/2010 para justificar su situación, momento en que se constató la ausencia de autorizaciones. Dicha resolución no dedica ni una sola línea a indicar cuales son los datos negativos adicionales que cualifican la gravedad de la infracción para que determine la expulsión, y ni siquiera incorpora un esfuerzo argumental que sobre los datos obrantes en el expediente explique o justifique la decisión final. De esta guisa, no indicando los datos negativos ni incorporándolos a la Resolución, malamente pudo tener oportunidad de combatirlos o discutirlos el afectado.

En esas condiciones la conclusión de la sentencia apelada es impecable en cuanto a la improcedencia de la sanción de expulsión. Ahora bien, hemos de rectificar la sentencia apelada en el particular relativo a la consecuencia sancionadora de la infracción detectada, por una doble razón. En primer lugar, por la congruencia de la sentencia con el suplico de la demanda en la instancia que solicitaba la aplicación de la multa en vez de la expulsión. En segundo lugar, por la superación de la anacrónica concepción revisora estricta impropia del ámbito de control jurisdiccional postconstitucional, la cual debe ceder a favor de la posibilidad de fijación judicial de la sanción adecuada siempre que se respete la tipificación y calificación de gravedad de la concreta infracción. Ello, ha de llevarnos a estimar parcialmente el recurso y fijar la sanción proporcional en la multa de 501 euros, de acuerdo con el art.55.1 en la redacción dada por la Ley 2/2009, de 11 de Diciembre .

OCTAVO .- Dada la estimación parcial, no procede la imposición de costas.

Vistos los preceptos de general aplicación,

FALLAMOS:

ESTIMAR PARCIALMENTE EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA ABOGACÍA DEL ESTADO FRENTE A LA SENTENCIA DICTADA POR EL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NUM.1 DE PONTEVEDRA, DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2011 POR LA QUE SE ESTIMÓ EL RECURSO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR AQUÉL CONTRA LA RESOLUCIÓN DE LA SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO DE PONTEVEDRA DE 10 DE ENERO DE 2011, QUE DISPONÍA LA EXPULSIÓN DE D. Doroteo POR DOS AÑOS CON AMPARO EN EL ART.53.1 DE LA LEY DE EXTRANJERÍA .

LA ESTIMACIÓN PARCIAL SE REFIERE ESTRICTAMENTE EN CUANTO, SI BIEN SE CONFIRMA LA IMPROCEDENCIA DE LA EXPULSIÓN, SE SUSTITUYE DICHA SANCIÓN POR LA MULTA EN CUANTÍA DE 501 EUROS.

SIN COSTAS

Notifíquese a las partes, haciéndoles saber que la misma es firme y no cabe recurso ordinario.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION .- La sentencia anterior ha sido leída y publicada el mismo día de su fecha, por el Ilmo/ a. Sr/a. Magistrado/a Ponente D. JOSE RAMON CHAVES GARCIA al estar celebrando audiencia pública la Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Doy fe. A CORUÑA, veintisiete de junio de dos mil doce.