

-1317/1-

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N° 1 DE
ZARAGOZA

PROCEDIMIENTO ABREVIADO N° 21/2009 - J

SENTENCIA NÚMERO 430/09

En Zaragoza a 9 de noviembre de 2009, habiendo visto los presentes autos el ILMO. SR. D. JUAN CARLOS ZAPATA HÍJAR, Magistrado-Juez, con destino en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n° 1 de Zaragoza.

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO: Partes del recurso

Recurrente D. [redacted] i representado y defendido por el Letrado D. César Ciriano Vela.

Demandado la Delegación del Gobierno en Aragón Administración del Estado representada y defendida por el Letrado D. Jesús Núñez.

SEGUNDO: Actuación recurrida.

Resolución de 10 de noviembre de 2008 de la Subdelegación del Gobierno en Zaragoza que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de 4 de septiembre de 2008 que decreta la expulsión del territorio nacional de la recurrente y prohibición de entrada en territorio Schengen por espacio de tres años por encontrarse incurso en el supuesto del art. 53 a) de la Ley de Extranjería (exp. 500020080).

TERCERO: Procedimiento.

Interposición de la demanda el 19 de enero de 2009.
Celebración del juicio oral el 5 de noviembre de 2009 tras lo cual quedaron los autos conclusos y vistos para Sentencia.

CUARTO: Cuantía.

Indeterminada.

QUINTO: Pretensiones de la parte recurrente.

Estimación de la demanda y Nulidad acto recurrido, o subsidiariamente se sustituya la sanción de expulsión por la de multa económica.

Resumen de los motivos de impugnación del acto recurrido.

Entiende que la Ley no obliga a imponer en todo caso la medida de expulsión cuando se incurre en alguna de las causas previstas en el art. 53.a de la Ley, es posible la imposición de una sanción económica, que no es compatible con la de expulsión. Por tanto se deberá ponderar las circunstancias del caso para imponer una u otra sanción.

SEXTO: Pretensiones de la Administración demandada.

Desestimación de la demanda y confirmación del acto recurrido.

Resumen de los motivos de oposición al recurso.

Queda acreditado que el recurrente carecía de cualquier permiso de estancia o residencia en España, en el momento en que fue abierto el expediente por lo que está incurso en la causa de expulsión del art. 53. a de la Ley de Extranjería.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

PRIMERO: No cuestionándose la estancia irregular del actor, la cuestión que nuevamente se plantea es la proporcionalidad de la medida de la expulsión por estancia irregular y es imprescindible de conformidad al art. 1.6 del Código Civil, seguir la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ahora ya reiterada.

Esta doctrina está contenida en las Sentencias de 14 de diciembre de 2005 (RC 4464/2003) de 22 de diciembre de 2005 (RJ 2006/1336), dos de 27 de enero de 2006 (RJ 2006/350 y 354), 18 de enero de 2007 (RJ 2007/285), 25 de enero de 2007 (RJ 2007/1321) y dos de 28 de febrero de 2007 (RJ 2007/ 878 y 882). En estas últimas se indica:

"En la Ley Orgánica 7/85, de 1 de julio (RCL 1985\1591), 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 (RCL 2000\72, 209) (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 (RCL 2000\2963 y RCL 2001, 488) (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 (RCL 2001\1808, 2468), 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, cuál 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.

En este caso no consta que se motive en la resolución administrativa otra circunstancia que la estancia ilegal. El recurrente no está indocumentado, en la situación equivalente a la que se plantea en las STS de 14 de junio de 2007 (RJ 6024 y 6026/2007), más bien se encuentra en la situación de documentación a que hace mérito la STS 12 de abril de 2007 (RJ 2007/3298) y ello por la sencilla razón de que el Tribunal Supremo entiende relevante esa falta de documentación para evitar la prueba de entrada irregular que aquí no se cuestiona. Debe tenerse en cuenta que el Tribunal Supremo en las indicadas Sentencias valora la situación de indocumentación para no sustituir la expulsión por multa, pero en supuestos de documentación del extranjero con Pasaporte, sin constar la entrada indica (STS de 19 de diciembre de 2007 (RJ 2007/9153): "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 D. Jesús Luis en territorio español, quien no se hallaba indocumentado, toda vez que portaba pasaporte. 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. De suerte que obró conforme a Derecho la Sala de Baleares cuando estimó el recurso Contencioso-Administrativo y anuló la sanción impuesta. Y debe tenerse presente que la Administración no sancionó al demandante por entrada ilegal (cosa que, por cierto, no constituye infracción, sino sólo motivo de devolución) ni tampoco por no contar con documento que justificara su identidad, sino exclusivamente por permanencia ilegal en el territorio nacional [artículo 53-a) de la Ley Orgánica 4/2000 (RCL 2000\72, 209)].

A la vista de ello debe indicarse que no hay datos negativos que determinen que deba imponerse la expulsión por lo que ha de anularse la misma y sustituirse por multa de 600 euros.

Máxime a la vista de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 22 de octubre de 2009 que resolviendo una cuestión prejudicial del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, concluye que el Convenio de Schengen de 14 de junio de 1985 y el Reglamento 562/2006 del Parlamento y Consejo (Código de fronteras Schengen) no obliga a adoptar en todo caso una decisión de expulsión en situaciones de estancia irregular.

SEGUNDO: De conformidad a lo dispuesto en el art. 139.1 de la LRJCA, no se infieren méritos para hacer expresa imposición de las costas causadas.

III. FALLO.

ESTIMAR EN PARTE EL PRESENTE RECURSO N° 21/2009 INTERPUESTO POR EL LETRADO D. CÉSAR CIRIANO VELA EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE D. Y EN CONSECUENCIA:

PRIMERO: DECLARAR NO SER CONFORME A DERECHO LA ACTUACIÓN RECURRIDA EN EL ÚNICO PARTICULAR QUE IMPONE SANCIÓN DE EXPULSIÓN QUE SE SUSTITUYE POR LA SANCIÓN DE MULTA DE 600 EUROS.

SEGUNDO: NO HACER EXPRESA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS DEL PRESENTE RECURSO.

Contra esta Sentencia cabe interponer recurso de apelación (art. 81 de la LRJCA) ante este Juzgado dentro de los

QUINCE DÍAS siguientes a su notificación, por escrito que deberá reunir los requisitos establecidos en el art. 85 de la Ley.

Para la interposición del recurso será necesario constituir un depósito de 50 euros en la Cuenta de Consignaciones de este Juzgado en BANESTO, número 4942-0000-94-0021-09, debiendo indicar en el campo "Concepto" del Resguardo de Ingreso "Depósito-Recurso, Contencioso-Código 22", con el apercibimiento de no admitirse a trámite el recurso cuyo depósito no esté constituido, estando exentos el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y los Organismos Autónomos dependientes de todos ellos, así como el Ministerio Fiscal y los beneficiarios del derecho a la Asistencia Jurídica Gratuita.

Notifíquese esta Sentencia a las partes personadas, incorpórese al Libro de Sentencias de este Sección y llévase testimonio a los autos principales.

Una vez firme, COMUNÍQUESE ESTA SENTENCIA en el plazo de DIEZ DÍAS al órgano que realizó la actividad objeto del recurso, para que el citado órgano:

1. Acuse recibo de la comunicación, en idéntico plazo de DIEZ DÍAS desde su recepción, indicando a este Juzgado, el órgano responsable del cumplimiento del fallo de la Sentencia.
2. Lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento del fallo de la Sentencia.

Así por esta Sentencia, lo pronuncia, manda y firma, el Ilmo. Sr. D. Juan Carlos Zapata Híjar, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Zaragoza.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada que fue la anterior Sentencia por el Juez que la suscribe, estando celebrando Audiencia Pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la Secretario, doy fe.