

## JDO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 6 DE MÁLAGA

Procedimiento: Procedimiento abreviado 856/2008. Negociado: 6

Recurrente: //Letrado: MARIA JOSE SILLERO CANO

Demandado/os: SUBDELEGACION DEL GOBIERNO DE MALAGA

Avda. Pablo Iglesias, 1-  
El Peruelo, 2 - L-4  
(Torremolinos)

SENTENCIA NÚMERO 30/09

En la ciudad de Málaga, a 9 de febrero de 2009.

Don David Gómez Fernández, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número seis de los de Málaga y su partido judicial, pronuncia

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY

La siguiente

### SENTENCIA

Vistos los presentes autos de Procedimiento Abreviado número 856 de los de 2008, seguidos por sanción en materia de extranjería, en los cuales han sido parte, como recurrente D<sup>a</sup> , representada y asistida por la Letrada Sra. Sillero Cano; y como Administración recurrida la Subdelegación del Gobierno de Málaga, con la representación y asistencia del Sr. Abogado del Estado.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** Por la Letrada Sr. Sillero Cano, en nombre y representación de D<sup>a</sup> se presentó ante el Decanato de los Juzgados de Málaga escrito de demanda por la que interponía recurso contencioso administrativo frente a la resolución frente a la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Málaga de fecha 10 de julio de 2008 en el expediente con número 290020080016909, por el que se acordaba la imposición a la recurrente de una sanción de expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada en el mismo y en territorio de los países acogidos al Convenio de aplicación del Tratado de Schengen por un periodo de cinco años, solicitando se decretara la nulidad de la resolución antes explicitada y se sustituyese la sanción de expulsión por una de multa en su grado mínimo.

**Segundo.-** Convenientemente turnada la demanda, recae el conocimiento de la misma en este Juzgado, que dicta Providencia admitiéndola a trámite, fijándose en dicha resolución día para la celebración del juicio, reclamándose a su vez de la administración demandada el expediente administrativo.

junio de 2007 este requisito ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional en Sentencias, entre otras, de 11 de julio de 1983 y 6 de octubre de 1986, entendiéndolo cubierto el mismo cuando en la resolución constan los hechos y los razonamientos jurídicos que conducen al fallo.

Y todo ello acontece en el presente: la resolución sancionadora contiene los hechos que fundamentan su imposición y los razonamiento jurídicos aplicables que derivan en el dictado de la resolución. Es cierto que la misma es prácticamente idéntica a la generalidad de resoluciones sancionadoras en la materia, lo cual indica el uso de un modelo normalizado o formulario para su redacción. Pero no lo es menos que, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (a.e. Sentencias de 10 de mayo de 2005, 27 de mayo de 2005, 7 de julio de 2005 o 16 de junio de 2006), el mero uso de modelos normalizados, en que aparezcan ya incorporados ciertos textos o argumentos de común aplicación, responde a una técnica de racionalización del trabajo que no cabe calificar apriorísticamente de reprochable, siempre y cuando ofrezca respuesta a las cuestiones planteadas en el expediente. Es más, en esta singular materia es jurisprudencia constante y reiterada del Tribunal Supremo (que posteriormente será objeto de cita) la que entiende que resulta en exceso formalista no entender motivada la resolución por el hecho de no constar en la misma los motivos por los que se adopta la sanción de expulsión siempre que aquellos constasen en el expediente administrativo. Por todo ello no puede reputarse huérfana de motivación la resolución sancionadora y por tanto declararse nula misma.

**Tercero.-** Conocida y constante es la jurisprudencia (pudiendo citarse al efecto las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1992 y 8 de marzo de 1993, que a su vez citan las anteriores de 9 de febrero de 1972, 16 de enero, 8 de marzo y 29 de noviembre de 1976, 29 de septiembre, 4 y 10 de noviembre de 1980 o 6 de julio de 1988, entre otras) que proclama como los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, y ello por cuanto ambos son manifestación del ordenamiento punitivo del Estado. Ahora bien, no es menos cierto que igualmente son constantes las referencias a la cautela con la que conviene operar cuando de trasladar garantías constitucionales extraídas del orden penal al derecho administrativo sancionador se trata, ya que esta operación no puede efectuarse de forma automática, ya que la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo sólo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza, como expresamente recordaba la Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1990.

Entre estos principios se encuentra el de proporcionalidad de la sanción impuesta, principio que halla su reflejo en el párrafo tercero del artículo 131 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común al establecer que en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente para la graduación de la sanción a aplicar la existencia de intencionalidad o reiteración, la naturaleza de los perjuicios causados y la reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme. Este principio resulta igualmente aplicable a este ámbito específico del derecho administrativo sancionador en materia de extranjería, toda vez que el párrafo primero del artículo 112 del Reglamento sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social así lo dispone. Es más, de forma específica lo recoge el artículo 55.3 de la Ley Orgánica que regula los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, ya que, según su dicción

literal, para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerlas 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. Jurisprudencialmente se ha considerado, como plasmación del expresado principio en este específico ámbito del derecho administrativo sancionador, que cuando la Ley establezca para una infracción dos posibles sanciones, de modo que una de ellas fuere más grave y secundaria a la otra, la aplicación de la más gravosa requerirá una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura comisión del hecho tipificado en la norma sancionadora (a.e. Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de enero de 2008 y 30 de noviembre de 2006).

Bien sabido es que el artículo 53 de la Ley Orgánica que regula los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social califica en su apartado a) como infracción grave la conducta consistente en hallarse el extranjero irregularmente en territorio español, bien por no haber obtenido la prórroga de estancia, bien por carecer de autorización de residencia o bien por tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, todo ello siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente. Como a toda infracción grave, conforme al artículo 55.1.b) del mencionado texto legal, puede aparejar la imposición de una sanción consistente en multa que oscilaría entre los 301 y 6.000 euros, aunque igualmente es cierto que conforme al artículo 57.1 la Administración "podrá aplicar en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español". Esta potestad discrecional de la administración no queda exenta de todo control jurisdiccional, ya que la necesaria aplicación del expresado principio de proporcionalidad al derecho administrativo sancionador exige que la aplicación de la sanción de expulsión (configurada legalmente como secundaria y desde luego más grave que la sanción de multa) se halle motivada de forma específica en la resolución o se deduzcan las razones por las que se aplica en el propio expediente administrativo.

**Cuarto.-** Esta idea ha sido reiterada en numerosísimas Sentencias del Tribunal Supremo (por mencionar algunas, las de 24 de junio de 2008, 26 de diciembre de 2007, 19 de diciembre de 2007, 23 de noviembre de 2007, 31 de octubre de 2007 o 25 de octubre de 2007), el cual, partiendo de los preceptos legales invocados, llega a las siguientes conclusiones (que se reproducen de forma sistemática en todas las resoluciones):

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.

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 desprestigiar 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.”

**Quinto.-** Aplicando la totalidad de criterios jurisprudenciales y legales previamente enunciados, ha de concluirse que ni en la resolución (ciertamente parca en su motivación y altamente estereotipada) ni en el expediente figura dato negativo alguno sobre la conducta de la recurrente o sus circunstancias que justifique, por ser de suficiente entidad, la aplicación de la sanción de expulsión, pues nos hallamos ante un supuesto en el que la infracción es la mera estancia ilegal (extremo no discutido por la parte recurrente, verificándose en el expediente la entrada en territorio Schengen el 24 de marzo de 2006 por sello en su pasaporte brasileño, no presentando al efecto prórroga de estancia ni autorización de residencia tras la expiración del plazo de noventa días que establece el artículo 30).

No resultan atendibles al respecto las razones esgrimidas por el servicio Jurídico del Estado como justificantes de la expulsión, ya que ni la ausencia de posible arraigo económico o familiar se constituyen como dato negativo suficiente al efecto (a.e. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -Málaga- de 27 de abril de 2007, que hace alusión incluso a la carencia de domicilio conocido como dato negativo no determinante a tales efectos) ni tampoco es atendible la alegación de habilitar la expulsión el hecho de seguir en situación de ilegalidad en territorio nacional si se impusiere solo la pena de multa, lo que indirectamente cuestiona la restauración del orden jurídico perturbado. Sobre la expuesta ineficacia de la pena multa para la restitución del orden jurídico perturbado, no se comparte por el que suscribe tal razonamiento: la Ley Orgánica 4/2000 en su redacción actual (ni en la pretérita) no efectúa distinción alguna entre la totalidad de supuestos recogidos en el artículo 53 a) como infracción grave, y a todos ellos los equipara en la posibilidad de aplicar bien multa o bien expulsión (y no tan solo la expulsión en supuestos de situaciones que no hallaran posibilidad de legalización de la situación), por lo que no cabe distinguir donde no lo ha hecho el legislador. Es más, entraríamos de lleno en el terreno de la pura especulación, ya que circunstancias sobrevenidas pueden configurar que una situación de estancia irregular que “ab initio” no

sea susceptible de ser legalizada (extremo además que no puede evaluarse en este procedimiento sin completa merma de garantías del recurrente, pues su objeto se constriñe a la conformidad o no a derecho de la imposición de una sanción administrativa) posteriormente pudiera serlo, por lo que la sanción más grave no sería la única que restauraría el orden jurídico perturbado.

En conclusión cabe afirmar que la sanción de expulsión impuesta resulta, a la vista de las circunstancias mencionadas, desproporcionada, por lo que procede estimar el recurso parcialmente (pues no procede la nulidad radical de la resolución pues la infracción de estancia ilegal concurre), dejando sin efecto la resolución y sustituyendo dicha sanción por la de multa que prevé para estas infracciones el artículo 55 de la Ley Orgánica que regula los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, en la cuantía mínima de 301 euros al no existir motivos para establecer otra graduación distinta.

**Sexto.-** Aun cuando de lo dicho se deduce que el recurso será estimado, igualmente ha sido objeto de debate la existencia de arraigo en España de la recurrente, esgrimiendo hallarse su pareja de hecho residiendo legalmente en territorio nacional y disponer de ingresos, como adviera el periódico envío de dinero a su país de origen. Circunstancias de arraigo como las alegadas ciertamente podrían ser tenidas en cuenta por la Administración en el momento de imposición de la sanción de expulsión, y así lo refleja el artículo 119.3 del Reglamento de aplicación de la Ley Orgánica que regula los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social al disponer que para la determinación de la sanción que se imponga, además de los criterios de graduación a que se refieren los apartados 3 y 4 del artículo 55 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, se valorarán también, a tenor de su artículo 57, las circunstancias de la situación personal y familiar del infractor.

Igualmente la jurisprudencia se ha hecho eco de este extremo, al venir admitiendo, aun en los casos en los que la expulsión pudiera ser proporcionada a la vista de los datos obrantes en la resolución o expediente, la procedencia de sustituir la sanción de expulsión por la de multa cuando concurren razones excepcionales de arraigo personal, familiar, laboral o económico del extranjero, de suerte que la imposición de la multa posibilite también el cumplimiento de la función y finalidad prevenida, en cuyo caso es a la parte actora a la que incumbe acreditar la concurrencia de esas circunstancias especiales que justifiquen que mediante la imposición de la multa se cumple dicha finalidad (en este sentido Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 27 de abril de 2007 (Sala de Málaga) de Andalucía (Sala de Sevilla) de 20 de Diciembre de 2005 y de 7 de Junio de 2.005, Cataluña de 4 de febrero de 2005, Castilla-La Mancha de 7 de octubre de 2002 o Valencia de 13 de junio de 2002).

Se deduce de esta doctrina jurisprudencial lo innecesario del estudio de la cuestión en el presente supuesto, ya que la ponderación de estas circunstancias excepcionales de arraigo tiene sentido tan solo cuando la sanción de expulsión se pudiera entender proporcionada a la vista de las circunstancias que obrasen en el expediente –aun cuando fueron valorados en la pieza de medidas cautelares en sentido favorable a las pretensiones del recurrente-. Toda vez que ya se ha expuesto que la sanción debe reputarse desproporcionada a la vista de lo relatado en fundamentos anteriores, la sustitución por multa es procedente aun cuando no se tuvieran en cuenta o acogieran los extremos aducidos por la parte actora.

**Séptimo.-** Establece el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver

por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas, razonándolo debidamente, a la parte que sostuviere su acción o interpusiere los recursos con mala fe o temeridad. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, se impondrán las costas a la parte cuyas pretensiones hayan sido desestimadas cuando de otra manera se haría perder al recurso su finalidad. No apreciándose en la parte cuyas pretensiones no prosperan temeridad o mala fe, procede la no imposición de costas a ninguna de ellas, máxime cuando el recurso se estima tan solo parcialmente (en una de sus pretensiones subsidiarias).

Vistos los precitados artículos y demás de general y pertinente aplicación.

### FALLO

Que debiendo estimar y estimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Letrada Sra. Sillero Cano, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. frente al acto administrativo citado en los antecedentes de hecho de la presente resolución, debo declarar y declaro que el mismo no es conforme a derecho, dejando sin efecto parcialmente aquel, sustituyendo la sanción de expulsión por la imposición de una multa de 301 euros por la infracción cometida.

No se efectúa imposición de costas a ninguna de las partes.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme y que frente a la misma podrán interponer recurso de apelación en el plazo de quince días ante este mismo Juzgado.

Así, y por esta mi Sentencia, lo dispongo mando y firmo. David Gómez Fernández, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número seis de los de Málaga.

**PUBLICACIÓN:** Dada y publicada la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que la dicta, estando constituido en Audiencia Pública en el día de la fecha. Doy fe