



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

Sentencia 504/2014, de 24 de septiembre de 2014

Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 6.ª)

Rec. n.º 578/2014

SUMARIO:**Extranjería. Proporcionalidad de la medida de la expulsión por estancia irregular.**

Resolución de expulsión del territorio nacional del recurrente con la consiguiente prohibición de entrada en España por la circunstancia de que no disponía de documento alguno que acredite la situación de estancia o residencia legal en España, no constando dato alguno sobre su situación en general, y por no figurar dato alguno sobre su entrada en España y si lo hizo por puesto habilitado. La estancia irregular no se cuestiona y 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. En cuanto sanción más grave y secundaria, la expulsión requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal, es decir, si impone la expulsión, debe indicarse cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y, cuáles son las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la expulsión y prohibición de entrada. 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. No es motivo suficiente la estancia irregular y que no conste sello de entrada en España para motivar la sanción de expulsión, cuando no existe otro dato negativo sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, por lo que procedería solo una multa, si bien, el eventual abono de la misma no regulariza la situación del recurrente, sino que la estancia ilegal se produce y debe intentar regularizar aquélla, puesto que de otro modo podría incurrir en nueva infracción con otras consecuencias.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 4/2000 (derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social), arts. 28.3, 30, 53 a), 55.1, 57 y 63.

RD 557/2011 (Rgto. de la LO 4/2000), art. 242.

PONENTE:

Doña Cristina Concepción Cadenas Cortina.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Sexta C/ General Castaños, 1 - 28004

33010330

NIG: 28.079.00.3-2013/0011360



www.civil-mercantil.com

Recurso de Apelación 578/2014

Recurrente : D./Dña. Rogelio

PROCURADOR D./Dña. PALOMA GONZALEZ DEL YERRO VALDES

Recurrido : DELEGACION DEL GOBIERNO

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

Ponente: Sra. Cristina Cadenas Cortina

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Sección Sexta

SENTENCIA

Ilmos. Sres.:

Presidenta:

D^a. Teresa Delgado Velasco.

Magistrados:

D^a. Cristina Cadenas Cortina.

D^a. Eva Isabel Gallardo Martín de Blas.

D. Francisco de la Peña Elías.

En la villa de Madrid, a veinticuatro de septiembre, de dos mil catorce.

VISTO por la Sala el presente recurso de apelación núm. 578/2014, interpuesto por la Letrada Sra. Rodríguez Recio en representación de Rogelio contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 23 de Madrid de fecha 12 de febrero de 2014 , dictada en el Procedimiento Abreviado núm. 218/2013, habiendo comparecido, como parte apelada, la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO , representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Con fecha 12 de febrero de 2014 el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 23 de los de Madrid dictó sentencia en el Procedimiento Abreviado núm. 218/2013 cuya parte



www.civil-mercantil.com

dispositiva desestimaba el recurso contencioso administrativo interpuesto por D. Rogelio declarando ajustada a Derecho la resolución de 16 de abril de 2013 del Delegado del Gobierno en Madrid, por la que se decreta la expulsión del territorio nacional del recurrente con la consiguiente prohibición de entrada en España durante tres años, sin hacer imposición de costas.

Segundo.

El recurrente en dicho procedimiento interpuso contra la anterior Sentencia, en tiempo y forma, recurso de apelación, que fue admitido. De dicho escrito se dio traslado a la Administración demandada, cuyo representante procesal formuló escrito de oposición en los términos que constan en las actuaciones.

Tercero.

El Juzgado de instancia elevó los Autos a esta Sala señalándose, para la votación y fallo del recurso de apelación, la audiencia del día 23 de septiembre de 2014, teniendo así lugar.

Ha sido Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Doña Cristina Cadenas Cortina, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

El objeto del procedimiento abreviado seguido ante el Juzgado número 23 estaba constituido por la resolución de 16 de abril de 2013 del Delegado del Gobierno en Madrid, por la que se decreta la expulsión del territorio nacional del recurrente con la consiguiente prohibición de entrada en España durante tres años. Tal resolución justificaba la expulsión en la circunstancia de que el recurrente no disponía de documento alguno que acredite la situación de estancia o residencia legal en España, no constando dato alguno sobre su situación en general, y por no figurar dato alguno sobre su entrada en España y si lo hizo por puesto habilitado. La Sentencia recurrida, por su parte, considera que la resolución está suficientemente motivada y que expulsión es proporcionada por cuanto consta en las actuaciones que el recurrente se hallaba ilegalmente en España careciendo de documentación acreditativa de su situación, y no consta en su pasaporte la manera de entrada en el espacio comunitario europeo ni se acredita arraigo alguno

En el escrito de apelación se insiste en que el interesado tiene pasaporte, y acredita haber solicitado permiso de residencia, estando en posesión de tarjeta sanitaria, y figura empadronado con sus padres y hermanos, y con su pareja. Entiende que la Sentencia vulnera el derecho de igualdad y el principio de proporcionalidad.

Segundo.

El tema objeto de esta apelación se centra en definitiva en si la situación del recurrente da lugar a la procedencia de la sanción de expulsión en su momento interpuesta

Analizando los datos aportados, consta que el interesado, natural de Senegal con pasaporte en vigor, figura con domicilio en Parla, Madrid, y aporta una serie de documentos



www.civil-mercantil.com

relativos a su empadronamiento en dicha localidad, tarjeta de residente de su pareja, contrato bancario. No constan otros datos., y esta es la situación que debe examinarse al objeto de decidir la procedencia de la sanción. La estancia irregular no se cuestiona, y esto es evidente. Ahora bien, el tema concreto se centraría en si es o no procedente la sanción de expulsión como adecuada para la infracción cometida. El escrito de apelación insiste en que no se ha tenido en cuenta la situación individualizada, y en que se infringe el principio de proporcionalidad...

El T.S se centra en considerar que de la regulación de la Ley de Extranjería 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."

Por otra parte, el R.D 557/2011 aplicable en este caso regula específicamente en el art. 242 que: " 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 57.5 y 6 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11



www.civil-mercantil.com

de enero , cuando el infractor sea extranjero y realice alguna o algunas de las conductas tipificadas como muy graves o conductas graves de las previstas en las letras a), b), c), d) y f) del apartado 1 del art. 53 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español. Asimismo, constituirá causa de expulsión la condena, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados."

En fin, la expulsión es una sanción prevista para la estancia ilegal, pero es una facultad de la Administración la imposición de esa sanción en lugar de la de multa, valorando las circunstancias del caso concreto.

Este plus necesario debe ser valorado en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias que concurren para poder concluir si es o no correcta la decisión adoptada.

Tercero.

- Por tanto, debe analizarse puntualmente cada supuesto. En este caso, se desprende de la documentación aportada que el recurrente se encuentra ilegalmente en España, ahora bien, entre los datos que se aportan consta empadronado en la localidad de Parla con su padre y hermanos, y está documentado con pasaporte vigente, y por otro lado, no constan antecedentes penales, ni actividades ilegales en sentido genérico. Por tanto, la Sala entiende que en estos supuestos la sanción más adecuada a la infracción es la de multa y no la expulsión, puesto que para la imposición de ésta es preciso que se acredite la concurrencia de otros factores más allá de la mera estancia ilegal y los datos que se detallan en la misma.

Sin perjuicio de que la Sentencia argumenta sus conclusiones, entiende la Sala que es preciso examinar cada supuesto concreto, valorando especialmente la posibilidad de regularizar la situación en cada uno de ellos, y las circunstancias que concurren. No es motivo suficiente el hecho de que no conste sello de entrada en España para motivar la sanción de expulsión, cuando por lo demás no existe otro dato negativo.

Por tanto, el recurso ha de ser estimado en parte, siendo procedente la sanción de multa de 501 euros, teniendo en cuenta que el eventual abono de la misma no regulariza la situación del recurrente, sino que la estancia ilegal se produce y debe intentar regularizar aquélla, puesto que de otro modo podría incurrir en nueva infracción con otras consecuencias. Además, el artículo 28.3 de la Ley Orgánica 4/2000 regula los supuestos en los que es obligatoria la salida de España de los extranjeros, entre ellos en su letra c)" la denegación administrativa de las solicitudes formuladas por el extranjero para continuar permaneciendo en territorio español, o falta de autorización para encontrarse en España" Y el art. 158 de la Reglamento de la Ley de Extranjería aplicable a este procedimiento, R.D 2393/2004, que dispone que:" 1. En los supuestos de falta de autorización para encontrarse en España, en especial por no cumplir o haber dejado de cumplir los requisitos de entrada o de estancia, o en los de denegación administrativa de solicitudes de prórrogas de estancia, de autorizaciones de residencia o de cualquier otro documento necesario para la permanencia de extranjeros en territorio español, así como de las renovaciones de las propias autorizaciones o documentos, la resolución administrativa dictada al efecto contendrá la advertencia al interesado de la obligatoriedad de su salida del país, sin perjuicio de que, igualmente, se materialice dicha advertencia mediante diligencia en el pasaporte o documento análogo o en documento aparte, si se encontrase en España amparado en documento de identidad en el que no se pueda estampar dicha diligencia."

Por tanto, la multa lleva consigo esta advertencia, como consecuencia aparejada a la misma.



www.civil-mercantil.com

Cuarto.

- No procede hacer declaración sobre costas en base a lo dispuesto en el art. 139.2 de la LJCA , en relación con el art. 398.1 y 394.1 de la LEC , puesto que la cuestión sometida a este Tribunal presentaba dudas de Derecho.

VISTOS los preceptos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por la Letrada Sra. Rodríguez Recio en representación de Rogelio contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 23 de Madrid de fecha 12 de febrero de 2014 , dictada en el Procedimiento Abreviado núm. 218/2013, sentencia que revocamos en parte.

En consecuencia, estimamos parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto en su momento contra la resolución del Delegado del Gobierno de Madrid de fecha 16 de abril de 2013, por la que se decreta la expulsión del territorio nacional del recurrente con la consiguiente prohibición de entrada en España durante tres años, anulando dicha resolución por ser contraria a Derecho e imponiendo en su lugar al recurrente, por la infracción grave de hallarse irregularmente en territorio español, la sanción de multa de QUINIENTOS UNO (501.00) euros con la advertencia de abandonar el territorio nacional consiguiente.

Todo ello, sin hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en esta segunda instancia.

Devuélvanse las actuaciones originales al órgano de procedencia con certificación de la presente Sentencia, que se notificará conforme previene el artículo 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , expresando que contra la misma no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Recurso de Apelación 578/2014

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente D./Dña. Cristina Cadenas Cortina, estando la Sala celebrando audiencia pública en el día 25 de septiembre de 2014 de lo que, como Secretaria, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.