



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN

Sentencia 399/2016, de 16 de septiembre de 2016

Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1.ª)

Rec. n.º 186/2015

SUMARIO:

Extranjería. Irregulares. Proporcionalidad de la medida de la expulsión. El encontrarse ilegalmente en España (una vez transcurridos los noventa días previstos), puede ser sancionado o con multa o con expulsión. No tiene un especial arraigo, no ha regularizado su situación y la falta de presentación del pasaporte implica el dato negativo de la falta de identificación, por lo que queda justificada la medida de expulsión del extranjero en situación irregular, por lo que ha de considerarse proporcionada la expulsión, y además, en situación de estancia irregular no es posible imponer multa, pues va en contra de la Directiva de retorno, lo que en cualquier caso determina que deba confirmarse la expulsión impuesta.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 4/2000 (Extranjería), arts. 30, 53 a) y 63.

Código Civil, art. 1.6.

RD 864/2001 (Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000), art. 115.

PONENTE:

Don Juan Carlos Zapata Híjar.

Magistrados:

Don JESUS MARIA ARIAS JUANA

Don JUAN CARLOS ZAPATA HIJAR

Don JUAN JOSE CARBONERO REDONDO

Doña MARIA ISABEL ZARZUELA BALLESTER

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

SECCIÓN PRIMERA

RECURSO DE APELACIÓN Nº 186/2015 INTERPUESTO FRENTE A LA SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 2015 DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 1 DE ZARAGOZA, DICTADA AL PROCEDIMIENTO ABREVIADO N º 310/2014

SENTENCIA: 00399/2016

SENTENCIA NÚMERO:399/2016



www.civil-mercantil.com

En Zaragoza a 16 de septiembre de 2016, habiendo visto los presentes autos la Sección de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, constituida por los Ilmos. Sres:

Presidente.

D. Juan Carlos Zapata Híjar, ponente de esta resolución.

Magistrados.

D. Jesús María Arias Juana.

D^a. Isabel Zarzuela Ballester.

D. Juan José Carbonero Redondo.

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero: *Partes del recurso*

Apelante D. Ambrosio representado por la Procuradora D^a. Pilar Berges Fantova y defendido por el Letrado D. Francisco Caballero Mateo.

Apelada la Administración del Estado representada y defendida por el Letrado del Estado.

Segundo: Actuación administrativa recurrida.

Resolución de 10 de septiembre de de 2014 del Subdelegado del Gobierno en Zaragoza que acuerda la expulsión del territorio nacional del actor con prohibición de entrada en España de 3 años, por aplicación del art. 53.a) de la Ley de Extranjería . (exp. NUM000)

Tercero: *Resumen y parte dispositiva de la resolución judicial recurrida.*

1) El recurrente fue presentado ante la Policía el 14 de junio de 2014 al objeto de comprobar la regularidad de su estancia en España, quién no presenta Pasaporte y dice ser de nacionalidad Níger. Al recurrente no le consta ningún intento de regularizar su estancia en España. Se le ha sancionado con la expulsión del territorio nacional por estancia irregular.

2) En el escrito de demanda alega vulneración del principio de proporcionalidad, dado que considera que no tiene hechos negativos y sin embargo tiene arraigo en el país.

3) En la Sentencia apelada se aplica la doctrina jurisprudencial sobre la cuestión y se desestima el recurso al considerar que no tiene un especial arraigo, se hace mención a que no se ha regularizado en España, a que ha utilizado varias identidades y que carece de Pasaporte, solo se identifica por la tarjeta sanitaria. Constando como hecho negativo la falta de identificación

Cuarto: *Cuantía.*

Indeterminada.



www.civil-mercantil.com

Quinto: *Pretensiones de la parte apelante.*

Se revoque y deje sin efecto la Sentencia recurrida y se anule la sanción de expulsión.

Resumen de los motivos del recurso de apelación.

Reitera que la sanción de expulsión no es proporcionada y que debió haberse sustituido por multa, faltando motivación.

Séptimo: *Procedimiento.*

Se admitió la apelación el 15 de junio de 2015.

Se señaló para votación y fallo el 14 de septiembre de 2016.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

Primero : *La sanción de expulsión del art. 53.a) de la Ley de Extranjería , la proporcionalidad de su imposición.*

No cuestionándose la estancia irregular del actor, la cuestión que nuevamente se plantea ante este Tribunal 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



www.civil-mercantil.com

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, 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.

Pues bien en este caso hay un evidente hecho negativo que es la falta de identificación y Pasaporte. Pues esta documentación no se presentó ni durante la tramitación del expediente, ni en primera instancia, ni ahora ante este Tribunal.

Debe tenerse en cuenta el hecho de que la mera permanencia ilegal es motivo insuficiente para la justificación de la imposición de la sanción de expulsión de territorio nacional. Ciertamente, es constante y consolidada Jurisprudencia del Tribunal Supremo,



www.civil-mercantil.com

aquella por la que se estima como supuesto de proporcionalidad de la expulsión, aquellos en que, si bien sólo se acredita permanencia ilegal en territorio nacional, ello se hace respecto de extranjero indocumentado. Esto es lo que sucede en numerosas Sentencias, tales como las de 28 de noviembre de 2008 , o las de 23 de noviembre , 28 de septiembre y 25 de enero de 2007 , de las que puede deducirse, a contrario, que la indocumentación del extranjero, esto es, carencia de pasaporte, es supuesto habilitante y justificador de la sanción de expulsión.

Lo mismo puede decirse de la práctica y doctrina seguida por esta Sala de lo Contencioso, refiriendo, por todas, la de 22 de marzo de 2013 (rec. nº 338/2011), ó la de 29 de abril de 2010 (rec. nº 459/09), ó también la de 23 de julio de 2010 (rec. nº 84/2010).

Ha de considerarse proporcionada la expulsión, lo que en definitiva determina la desestimación de la apelación y la confirmación de la Sentencia recurrida, con confirmación de la expulsión objeto del recurso. Ninguno de los datos alegados son los suficientemente relevantes para revocar la expulsión. Pero es que además no puede desconocerse -como hace la Sentencia apelada- la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015 , que entiende que en situación de estancia irregular no es posible imponer multa, pues va en contra de la Directiva de retorno, lo que en cualquier caso determina que deba confirmarse la expulsión impuesta.

Segundo:

De conformidad a lo dispuesto en el art. 139.2 de la LRJCA , al ser desestimado en su totalidad el recurso de apelación deben imponerse las costas al recurrente limitando la cuantía de las mismas por todo concepto en 600 euros.

III. FALLO.

DESESTIMAR EL PRESENTE RECURSO DE APELACIÓN.
CONFIRMAR LA SENTENCIA RECURRIDA.
HACER EXPRESA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS AL RECURRENTE CON EL LÍMITE INDICADO.

Notifíquese esta Sentencia a las partes personadas, incorpórese al Libro de Sentencias de esta Sección y llévase testimonio al rollo de apelación.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, los Ilmos Sres. Magistrados D. Juan Carlos Zapata Híjar, D. Jesús María Arias Juana, D^a. Isabel Zarzuela Ballester y D. Juan José Carbonero Redondo de la Sección Primera de esta Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

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.