



Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Sentencia de 5  
Feb. 2010, rec. 69/2009

Ponente: Hurtado Martínez, Juan Antonio.

Nº de Sentencia: 98/2010

Nº de Recurso: 69/2009

Jurisdicción: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

ACTO ADMINISTRATIVO. Requisitos formales. Motivación. Motivación suficiente. EXTRANJEROS. Entrada en España. Prohibición de entrada. -- Expulsión. Generalidades. FALTAS Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS. Penas y sanciones. Graduación de la sanción. Proporcionalidad.

Normativa aplicada

TEXTO

En Murcia, a cinco de febrero de dos mil diez

T.S.J.MURCIA SALA CON/AD

MURCIA

SENTENCIA: 00098/2010

ROLLO DE APELACIÓN nº 69/09

SENTENCIA nº 98/10

LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA

SECCIÓN PRIMERA

compuesta por los Ilmos. Srs.:

D. Mariano Espinosa de Rueda Jover

Presidente

Dª. María Consuelo Uris Lloret



D. Juan Antonio Hurtado Martínez

Magistrados

ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A nº 98/10

En el rollo de apelación nº 69/09 seguido por interposición de recurso de apelación contra la sentencia nº 506/08, de 18 de septiembre, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Murcia dictada en el recurso contencioso administrativo nº 267/07, tramitado por las normas del procedimiento abreviado, en cuantía indeterminada, en el que figuran como parte apelante D. Patricio , representada por la Procuradora Dña. Asunción Mercader Roca y asistido por el Letrado D. Benito López López, y como parte apelada la Delegación del Gobierno en Murcia representada y defendida por el Abogado del Estado, sobre expulsión y prohibición de entrada en España; siendo Ponente el Magistrado especialista del orden contencioso administrativo, Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Hurtado Martínez , quien expresa el parecer de la Sala.

## I- ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.-** Presentado el recurso de apelación referido, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Murcia, lo admitió a trámite y después de dar traslado del mismo a la parte apelada para que formalizara su oposición, remitió los autos junto con los escritos presentados a Sala, la cual designó Magistrado ponente y acordó que quedaran los autos pendientes para dictar sentencia; señalándose para que tuviera lugar la votación y fallo el día 29 de enero de 2010 .

## II- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** La sentencia apelada desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por el recurrente contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Murcia de 15 de enero de 2007, por la que se acordó la expulsión del recurrente y la prohibición de entrada en España durante cinco años, por infringir el art. 53 a) de la L.O. 4/2000 , reformada por L. O. 8/2000 , sobre derechos y libertades de los Extranjeros en España y su integración social, por encontrarse irregularmente en territorio nacional por carecer de documentación expedida por las autoridades españolas que autorice su presencia en España.

Alega la apelante para fundamentar el recurso de apelación los siguientes motivos: 1) Ausencia de motivación de la imposición de expulsión en lugar de la sanción de multa, con infracción de la tipicidad y legalidad. 2) Inexistencia de falta de documentación del recurrente. 3) Falta de proporcionalidad y motivación en la Sentencia apelada, al confirmar la resolución administrativa. 4) Incongruencia, falta de



motivación y arbitrariedad en la Sentencia apelada, causando indefensión, con error en la valoración y apreciación de la prueba y vulneración del procedimiento sancionador por falta de traslado de la propuesta de resolución.

La Administración apelada en su escrito de oposición al recurso de apelación solicita la confirmación de la sentencia recurrida por sus propios argumentos.

**SEGUNDO.-** Se aceptan los hechos y fundamentos de derecho de la sentencia apelada, en cuanto no sean modificados por los de la presente.

La representación letrada de la recurrente interpone un recurso de apelación contra la Sentencia meritada que no puede prosperar.

Obra en el expediente informe del Instructor en el que se hace constar que la interesada no aporta documentación alguna que acredite su estancia legal en España, ni de haberla solicitado, lo que fue comprobado mediante consulta al servicio de aplicación informática de extranjeros de la Dirección General de la Policía. Dicha prueba de cargo no ha sido desvirtuada en modo alguno por la recurrente al no haber aportado con su escrito de alegaciones la correspondiente documentación. Tampoco en sede jurisdiccional ha acreditado estar en posesión de autorización de residencia y de trabajo. Por tanto, no puede acogerse su alegación de que se trata de un supuesto de irregularidad sobrevenida. Y el artículo 53 a) de la L.O. 4/2000 hace referencia, además de a no haber obtenido la prórroga de estancia, a "carecer de la autorización de residencia o tener caducada mas de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiera solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente".

Para resolver si la resolución impugnada vulnera el principio de proporcionalidad, hay que tener en cuenta que el Tribunal Supremo ha considerado que el carácter reglado de la potestad sancionadora impide que la Administración pueda tener libertad para elegir soluciones distintas, pero igualmente justas, lo que significa que las sanciones deben ser impuestas en cada caso atendiendo a las circunstancias de graduación establecidas en la normativa aplicable. Por lo tanto, no cabe mantener que la sanción de expulsión en vez de la de multa aplicables según el art. 57 de la Ley 4/2000 , modificada por Ley 8/2000 , pueda ser impuesta de forma arbitraria sin atender a dichas circunstancias, ni que pueda ser impuesta discrecionalmente en todas las infracciones graves como la aquí cometida, ni que tal discrecionalidad no pueda ser controlada por los Tribunales. La Administración a través de un proceso reglado, que puede ser controlado por estos últimos, debe averiguar cuál es la sanción que debe imponer en cada caso. Se trata de buscar la sanción justa y proporcionada a la infracción cometida, lo que comporta que en el supuesto de que como consecuencia de dicha búsqueda reglada llegue a la conclusión de imponer una determinada sanción, deba expresar las circunstancias que ha tenido en cuenta al respecto para hacer posible el control referido por parte de los Tribunales, teniendo en cuenta que, como ya hemos señalado, es admisible la motivación "in allunde", pues señala la Jurisprudencia que resultaría en exceso formalista despreciar la motivación por el hecho de que no conste en la resolución misma, siempre que conste en el expediente administrativo.

En el mismo sentido se ha pronunciado la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias de 14 de octubre y 22 de diciembre de 2005 , lo que ha obligado a esta Sala a modificar el criterio que hasta ahora venía manteniendo, confirmando el sostenido por



los Juzgados, de considerar proporcional la expulsión, por entender que dicha medida tenía cobertura legal en el art. 57 de la Ley 4/2000 , modificada por la Ley 8/2000 .

Tales sentencias señalan que el arraigo, como causa que podría moderar la sanción, no puede deducirse en modo alguno de la pura permanencia ilegal en España, ya que para ello se requiere una prueba de las actividades y relaciones del actor en España. Siguen diciendo que en la Ley Orgánica 7/85, de 1 de Julio , 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 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 (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)), 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 imponerla 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". 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".

**TERCERO.-** La 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.

Sigue manteniendo el TS la misma tesis en sentencia de 10 de febrero de 2006 . Señala esta sentencia reiterando las anteriores que en la Ley Orgánica 7/85, de 1 de julio , 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 (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), 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 , 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.

La STS de 30 de junio de 2006 mantiene el mismo criterio de las anteriores, solo que en el caso que contempla entiende que la resolución impugnada está suficientemente motivada al constar en el expediente administrativo, además de la permanencia ilegal, otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, de tal entidad que justifican la sanción de expulsión, datos consistentes en estar indocumentado y por no tanto no acreditar su identificación, ni su filiación y ignorarse cuando y por donde entró en territorio español.

Y en los mismos términos se pronuncia la STS de 31 de octubre de 2006 que después de reiterar la misma doctrina estima que en el caso que contempla la expulsión está suficientemente justificada, ya que a la permanencia ilegal en España del actor se une la circunstancia (que es subrayada en la resolución recurrida) de que no sólo se encontraba irregularmente en España, sino que estaba indocumentado, y, por lo tanto, sin acreditar su identificación y filiación y, además, se ignoraba cuándo y por dónde entró en territorio español. La permanencia ilegal y estos hechos que constan en el expediente administrativo son motivación suficiente para justificar la imposición de la sanción de expulsión y no la de multa, de forma que ni la Administración ha desconocido el principio de proporcionalidad ni ha dejado de exponer las razones por la que expulsó al actor del territorio nacional.

Posteriormente el TS ha seguido en la misma línea. Así en la sentencia de 31 de enero de 2007 después de recoger la misma doctrina expuesta señala que si la Administración sancionadora quiere fundar en esas actuaciones policiales o judiciales la expulsión que decreta (en lugar de la multa) ha de averiguar cuál fue su resultado y dejar constancia de ello en el expediente administrativo, pues en otro caso seguirá siendo inmotivada la elección de la expulsión, que es lo que ocurre en el caso de autos. En este sentido nos hemos pronunciado en reciente sentencia de 29 de septiembre de 2006, donde apuntamos que en la medida en que esta decisión la contraríe, ha de entenderse rectificada o matizada la doctrina que expusimos, respecto de los antecedentes policiales o judiciales, en nuestra sentencia de 31 de enero de 2006 (criterio que ha sido ratificado en la STS de 27 de abril de 2007).

En igual sentido se pronuncia en sentencia de 9 de marzo de 2007 en un supuesto en el que considera que la actividad de "alterne" no puede ser considerada como un dato negativo para expulsar a la recurrente, señalando que como ha señalado en muchas ocasiones esa es una actividad lícita como medio de vida, por lo que no cabe extraer de la misma ninguna connotación desfavorable de cara a la graduación de la sanción, más aún cuando no consta en el expediente ningún otro dato relativo a las circunstancias del desempeño de esa actividad que pudiera justificar una reconsideración de la cuestión.

El Alto Tribunal reitera el mismo criterio en sentencia de 29 de marzo de 2007 señalando que 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 del interesado en territorio español. 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.



CUARTO.- El TS sigue el mismo criterio en la sentencia de 5 de julio de 2007 (Secc. 5ª) en la que dice: Tampoco este motivo puede ser estimado (infracción del principio de proporcionalidad). Consta en el expediente que el actor se encontraba indocumentado y, por lo tanto, sin acreditar su identificación y filiación, ignorándose cuándo y por dónde entró en el territorio nacional. Esta circunstancia justifica la opción por la sanción de expulsión en vez de por la de multa, según hemos declarado en numerosas sentencias (entre otras, y por citar algunas de las últimas, SSTs de 29 de marzo y 20 de abril de 2007); sentencias estas últimas a las que cabría añadir la de 28 de junio de 2007 (en la que se trataba de un caso en el que ni en la resolución ni en el expediente administrativo existían específicamente las razones por las cuales la Administración impuso la sanción de expulsión y no la general de multa que prevé el ordenamiento jurídico).

Si aplicamos la doctrina contenida en las últimas Sentencias del Tribunal Supremo citadas, observamos que en el presente caso la resolución sancionadora no vulnera el principio de proporcionalidad, pues consta en el expediente, y así se recoge en el acto recurrido, que el interesado carecía de domicilio conocido, familia y medios legales de vida en España, aunque con posterioridad a la resolución impugnada se cuidara de procurarse documentación. En consecuencia, esos datos negativos determinan que no proceda la sustitución de la sanción de expulsión por la de multa.

En cuanto a la falta de notificación de la propuesta de resolución, los Juzgados de lo contencioso-administrativo de la Región vienen sosteniendo, en sintonía con el criterio de esta Sala, que la falta de traslado de la propuesta de resolución no puede constituirse en un motivo absoluto determinante de la anulabilidad del acto administrativo, sino que ha de ser objeto de examen casuístico, llegando a la conclusión de que no se produce indefensión si a la hora de dictarse la resolución no se tienen en cuenta otros elementos diferentes a los que obran en el expediente y en el acuerdo de incoación.

En principio, la omisión de la propuesta de resolución según ha señalado con reiteración la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sería suficiente para determinar la invalidez de los actos impugnados por originar indefensión al interesado (art. 24.2 C.E.), ya que supone privar a éste de su derecho a ser informado de la acusación una vez que el instructor ha examinado las alegaciones formuladas por el mismo y que se han practicado las pruebas de cargo oportunas, así como del derecho a hacer unas nuevas alegaciones que sobre dicha acusación crea oportunas en su defensa. Así la STS de 27 de abril 1998 (con cita de la SSTs de 21-4, 2 y 6-6 y 30-7-97 y 9 y 16-3-98), señala que el derecho a ser informado de la acusación, que con la categoría de fundamental se garantiza en el art. 24.2 CE, se satisface normalmente en el procedimiento administrativo sancionador a través de la notificación de la propuesta de resolución, pues es en ésta donde se contiene un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad que se imputa, integrado, cuando menos, por la definición de la conducta infractora que se aprecia, y su subsunción en un concreto tipo infractor, y por la consecuencia punitiva que a aquélla se liga en el caso de que se trata.

Sin embargo, aquel trámite podrá dejar de ser imprescindible, desde la óptica de la plena satisfacción del derecho fundamental citado, si en un trámite anterior se notificó aquel pronunciamiento preciso. Así lo ha establecido la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 2.000, dictada en interés de la ley, en relación con el art. 13. 2 del R.D. 320/94 regulador del procedimiento sancionador en materia de tráfico.



La norma contenida en el artículo 110 R.D. 864/2001 , de aplicación al presente supuesto en atención a la fecha de incoación del expediente, prevé una estructura procedimental equivalente a la de la norma interpretada por el Tribunal Supremo, pudiendo extenderse a ella el referido criterio como pauta para apreciar la necesidad de notificación de la propuesta de resolución. Por consiguiente, atendido el criterio sostenido en la S.T.S. de 19 de diciembre de 2.000 , no se estima vulnerado el principio de audiencia en estos casos concretos.

En el supuesto enjuiciado se puede comprobar cómo el recurrente no interesó la práctica de prueba alguna que pudiera ser tenida en cuenta en la resolución sancionadora tendente a desvirtuar los hechos determinantes de la iniciación del expediente sancionador.

En consecuencia, este motivo del recurso tampoco puede tener acogida.

**QUINTO.-** No aprecia la Sala, por fin, que el Magistrado de instancia haya incurrido en error al apreciar la prueba, ni que exista incongruencia, falta de motivación y arbitrariedad en la Sentencia apelada, puesto que la argumentación es completa y ajustada al objeto del recurso, sin que la repetida afirmación realizada por la representación del recurrente de que sí estaba identificado pueda admitirse, dada la inexistencia de pasaporte o cualquier otra documentación al caso.

Ello impone la desestimación íntegra del recurso, confirmándose la resolución impugnada.

**SEXTO.-** En razón de todo ello procede desestimar el recurso de apelación, confirmando la sentencia recurrida; con imposición de costas a la parte apelante (art. 139.2 de la Ley Jurisdiccional).

En atención a todo lo expuesto, Y POR LA AUTORIDAD QUE NOS CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

### **F A L L A M O S**

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por D. Patricio contra la sentencia nº 506/08, de 18 de septiembre, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Murcia dictada en el recurso contencioso administrativo nº 267/07, que se confirma en todas sus partes; con imposición las costas de esta instancia a la parte apelante.

Notifíquese la presente sentencia, que es firme al no darse contra ella recurso ordinario alguno.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

### **DILIGENCIA:**

Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.