



Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Sentencia de 27 Ene. 2010,
rec. 111/2009

Ponente: Galindo Gil, María Dolores.

Nº de Sentencia: 53/2010

Nº de Recurso: 111/2009

Jurisdicción: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

EXTRANJEROS. Expulsión. Requisitos. FALTAS Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS. Penas y sanciones. Graduación de la sanción.
Proporcionalidad.

Normativa aplicada

TEXTO

T.S.J.GALICIA CON/AD SEC.1

A CORUÑA

[SENTENCIA: 00053/2010](#)

PONENTE: Dª MARIA DOLORES GALINDO GIL

RECURSO: RECURSO DE APELACION 111/2009

APELANTE: Isidro

APELADO: SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN OURENSE

EN NOMBRE DEL REY

La Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia ha pronunciado la

SENTENCIA

Ilmos./as. Sres./as. D./Dª

FERNANDO SEOANE PESQUEIRA. - Pte.

FRANCISCO JAVIER CAMBON GARCIA

MARIA DOLORES GALINDO GIL



En el RECURSO DE APELACION 111/2009 pendiente de resolución ante esta Sala, interpuesto por don Isidro , dirigido por el letrado don EDUARDO PEREZ MAZAIRA, contra SENTENCIA de fecha tres de Diciembre de dos mil ocho dictada en el procedimiento PA 282/2008 por el JDO. DE LO CONTENCIOSO Núm.2 de OURENSE sobre EXTRANJERIA. Es parte apelada la SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN OURENSE, representada por el ABOGADO DEL ESTADO.

Es ponente la Ilma. Sra. D^a MARIA DOLORES GALINDO GIL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice: "que debo desestimar y desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el letrado don Eduardo Pérez Mazaira, en nombre y representación de don Isidro , contra la resolución de fecha 3-7-08, dictada por la Subdelegación del Gobierno en Ourense, por la que se acuerda sancionar al demandante con la expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada en España por un período de tres años, siendo extensiva dicha prohibición a todos los países del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen; declarando su conformidad a Derecho. Sin hacer imposición de costas".

SEGUNDO.- Notificada la misma, se interpuso recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que obra en el procedimiento, habiéndose acordado dar traslado de las actuaciones al ponente para resolver por el turno que corresponda.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

SE ACEPTAN, los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida y,

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de apelación la sentencia número 323/2008, de fecha 3 de diciembre de 2008, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de los de Ourense en autos de Procedimiento Abreviado número 282/2008, que desestima recurso contencioso- administrativo promovido por don Isidro contra resolución de fecha 3 de julio de 2008 de la Subdelegación del Gobierno en Ourense que acuerda su expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada por período de tres años en calidad de responsable de una infracción grave prevista en el artículo 53.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre y modificada por Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre .

SEGUNDO.- La pretensión que hace valer la recurrente en la instancia, anulatoria de la resolución impugnada, se fundamenta en la ausencia de motivación de la resolución impugnada para la imposición de la sanción de expulsión y la infracción del principio de proporcionalidad, entendiéndose que la sanción de multa se configura en el régimen jurídico vigente, no como una medida sustitutiva de la expulsión sino que se articulan en régimen alternativo.



A tal efecto argumenta que del expediente administrativo no se deduce dato o hecho relevante que no sea la simple permanencia ilegal en territorio español, añadiendo que carece de antecedentes penales, policiales, habiendo observado una conducta ejemplar, dándose la circunstancia, por lo que hace a la ausencia de sello de entrada en territorio Schengen en su pasaporte, que en determinados aeropuertos comunitarios aquel no se estampa lo que unido a la eventualidad de una entrada en España en autobús desde otro país comunitario, puede justificar dicha omisión, considerando, a mayores, que el desconocimiento de las previsiones normativas, debe ser tenido en cuenta a efectos de graduar la sanción a imponer.

De los particulares obrantes al expediente administrativo resulta que, folio 1, los funcionarios policiales titulares de los carnés profesionales número NUM002 y NUM001, adscritos a la Brigada de Extranjería, siendo las 18.15 horas del día 20 de mayo de 2008, como consecuencia de los servicios de vigilancia y control del régimen de extranjería que venían realizando en la calle Marcelo Macias de Ourense, identifican al recurrente, de nacionalidad marroquí y pasaporte número NUM000 en el que no consta sello de entrada en territorio Schengen, con incumplimiento de las previsiones de los artículos 12 y 103 del Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 4/2000 sobre declaración de entrada y del Convenio de aplicación Schengen sobre condiciones de circulación de los extranjeros.

TERCERO.- En esta alzada insiste en la infracción del principio de proporcionalidad como argumento que traslada a la Sala para la reconsideración del fallo de instancia, bajo el presupuesto de que, de los criterios jurisprudenciales que la sentencia apelada refiere, sólo incurre en la permanencia ilegal en España que a su juicio es merecedora de sanción pecuniaria pero nunca de expulsión, perseverando en las restantes alegaciones.

Como primera providencia precisar que ya de por sí la técnica empleada por el apelante conduce a la desestimación de esta alzada teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del recurso de apelación, valgan por todas la sentencia del Tribunal Supremo de 11/03/1999, constatando que aquel se ha limitado a reproducir los motivos de impugnación que ya hiciere valer en la instancia y que fueron fundadamente desestimados por el juez a quo.

Es doctrina del Tribunal Supremo, que la finalidad del recurso de apelación supone la depuración de un resultado procesal obtenido en la instancia, de modo que el escrito de alegaciones de la parte apelante ha de contener una crítica de la sentencia apelada, que es lo que ha de servir de base a la pretensión de sustitución del pronunciamiento recaído en primera instancia. Este criterio ha sido recogido en el artículo 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2.000, de 7 de Enero, cuando prescribe que: "En virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación" y resulta de aplicación supletoria en la jurisdicción contencioso-administrativa, por prescripción de la Disposición Final Primera de la Ley Jurisdiccional 29/1998.

En el recurso de apelación el Tribunal "ad quem" goza de competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas, pero no puede revisar de oficio los razonamientos de la sentencia apelada al margen de los motivos esgrimidos por la parte apelante, como



fundamento de su pretensión revocatoria; por lo que la parte apelante debe individualizar los motivos opuestos, a fin de que puedan examinarse dentro de los límites y en congruencia con los términos en que vengán ejercitados sin que baste con que se reproduzcan los fundamentos utilizados en la primera instancia, al no estar concebida la apelación como una repetición del proceso de instancia, sino como una revisión de la sentencia impugnada. La falta de motivación o razonamiento específico dirigido a combatir la sentencia apelada, equivale a omitir las alegaciones correspondientes a las pretensiones en la segunda instancia.

Finalmente conviene precisar que la reproducción literal por la parte apelante en su escrito de alegaciones, de los fundamentos de derecho expuestos en su demanda ante el órgano judicial de primera instancia sin que se haga motivación o razonamiento específico dirigido a combatir la sentencia apelada, equivale a omitir las alegaciones correspondientes a las pretensiones en la segunda instancia, al no estar concebida la apelación como una repetición del proceso de instancia.

No obstante y sin eludir entrar en materia litigiosa indiquemos que la sentencia de primera instancia es acorde a la interpretación jurisprudencial del principio de proporcionalidad de la sanción en esta materia de extranjería en relación con la infracción grave prevista en el artículo 53.a de la Ley 4/2000 .

En efecto, si bien es cierto que la Sala 3ª del Tribunal Supremo, en los casos enjuiciados en las sentencias de 9 y 22 de diciembre de 2005, 27 de enero, 30 de junio y 31 de octubre de 2006, 27 de abril y 24 de mayo y 23 de noviembre de 2007, 9 y 31 de enero, 24 de junio y 28 de noviembre de 2008 , para considerar justificada y proporcionada la sanción de expulsión, ha tenido en cuenta otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, cuyos datos eran de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justificaban la expulsión, no se puede decir que en el caso de autos no esté justificada la expulsión ni la Sala aprecia vulneración del principio de proporcionalidad por su aplicación, pues hay que tomar en consideración los datos que resultan del expediente administrativo y que antes hemos precisado, de donde se infiere no sólo la infracción del artículo 25 de la Ley Orgánica 4/2000 sino la no realización de gestión alguna tendente a la regularización de su situación administrativa en España, como acredita la ausencia de referencia en los ficheros administrativos de extranjeros, lo que revela una voluntad renuente y claramente infractora del régimen jurídico previsto en aquella y su intención de continuar fuera de la legalidad como lo demuestra la circunstancia manifestada en esta alzada por el letrado director del pleito de no haber podido ponerse en contacto con el recurrente.

De cara a justificar la proporcionalidad de la expulsión acordada ha de añadirse que la expulsión es la sanción que restablece el orden jurídico perturbado, pues si se aceptara la pretensión de rebajar la sanción procedente a una multa, se produciría el efecto paradójico e inaceptable de que la comisión de la infracción resultaría más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de la norma infringida (artículo 131.2 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), por cuanto a través de esa sanción pecuniaria se estaría otorgando a aquél un título para seguir residiendo ilegalmente en nuestro territorio, lo cual es lógicamente contradictorio con la finalidad de la ley aplicable, al tratarse de una infracción por estancia ilegal.

Con ello no se está interpretando en sentido amplio una norma sancionadora sino que se está acudiendo a una interpretación lógica y teleológica de la misma. Respecto a la proporcionalidad, el artículo 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero , sobre derechos y



libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre , y Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre , en realidad habilita a la Administración para optar por una u otra medida alternativamente, sin preferencia alguna por la sanción pecuniaria, ya que la expresión "podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión" no entraña que ésta sea subsidiaria de aquella sino que cabe optar por una u otra ya que ambas entran en la potestad discrecional administrativa y la apelante tendría que demostrar que en el caso concreto se vulnera el principio de proporcionalidad.

Como se desprende del estudio del debate parlamentario de la LO 8/2000, al preverse la sanción de expulsión para la infracción grave de permanencia ilegal en territorio español se altera la filosofía que predominaba en la LO 4/2000, al valorar más la acción del control que los presupuestos de integración, siendo el fin del legislador facilitar la expulsión con el objeto de regular, a través de esta medida, los flujos migratorios, pretendiendo incrementar la capacidad de actuación del Estado en cuanto al control de la inmigración a nivel del resto de los Estados miembros de la Unión Europea. En ese sentido, en la Exposición de Motivos de la LO 8/2000 se razona que "partiendo de que en un Estado de derecho es necesario establecer los instrumentos que permitan hacer efectivo el cumplimiento de las normas, en este caso, de aquéllas que rigen la entrada y permanencia en territorio español, se ha introducido como infracción sancionable con expulsión la permanencia de forma ilegal en el territorio español, pretendiéndose, con ello, incrementar la capacidad de actuación del Estado en cuanto al control de la inmigración ilegal, al nivel de otros Estados miembros de la Unión Europea, que cuentan en sus ordenamientos jurídicos con la posibilidad de expulsar a los extranjeros que se encuentran en esta situación, un criterio que se refleja en las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere".

En congruencia con la mencionada finalidad que el legislador trataba de lograr, ha de reputarse proporcionada esta medida respecto a quien se encontraba irregularmente en territorio español como modo de hacer efectivo el control de acceso y permanencia en nuestro país de los ciudadanos extranjeros, pues aquel fin no se lograría si bastase con el abono de una multa para la permanencia en territorio nacional, con lo que difícilmente se regularían los flujos migratorios y se reduciría, en lugar de incrementarse, la capacidad de actuación del Estado en cuanto al control de la inmigración ilegal.

A todo lo anteriormente expuesto ha de añadirse que tanto el auto del Tribunal Constitucional 409/2007, de 6 de noviembre , como la sentencia 260/2007, de 20 de diciembre , han considerado acorde a la Constitución el artículo 57.1 de la Ley Orgánica de Extranjería , por no incumplirse lo dispuesto en el artículo 25.1 de la Constitución, puesto que en aquel precepto no se contiene una habilitación en blanco a la Administración a la hora de imponer la sanción, ya que "el precepto cuestionado cumple con las exigencias de predeterminación normativa y certeza que se derivan de los principios de legalidad y seguridad jurídica consagrados en los artículos 25.1 y 9.3 CE , pues la imposición de la sanción de expulsión no depende de la absoluta discrecionalidad de la Administración, cuya actuación se encuentra condicionada, de una parte, por la existencia de una conducta tipificable como infracción grave [artículo 53. a) de la Ley Orgánica 4/2000], y, por otra, por la concurrencia de los criterios establecidos en la misma Ley o por la remisión de ésta a la Ley 30/1992"; en definitiva, se argumenta que dicho artículo "establece unos presupuestos objetivos y subjetivos, así como unos criterios de aplicación que condicionan



normativamente a la Administración para decidir cuándo procede la imposición de la sanción de expulsión y permiten el control jurisdiccional de sus decisiones".

Por todo lo cual procede la desestimación del recurso de apelación.

CUARTO.- De conformidad con lo prevenido en el artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , procede acordar la imposición de costas a la recurrente habida cuenta la total desestimación del recurso articulado y sin que la Sala aprecie circunstancias que justifiquen la no imposición.

VISTOS los artículos citados y demás preceptos de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS:

Que con desestimación del Recurso de Apelación interpuesto contra la sentencia número 323/2008, de fecha 3 de diciembre de 2008, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de los de Ourense en autos de Procedimiento Abreviado número 282/2008, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la misma; con expresa imposición de costas a la recurrente.

Notifíquese a las partes y, en su momento, devuélvase las actuaciones al Juzgado de procedencia, con certificación de esta resolución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.-

La sentencia anterior ha sido leída y publicada el mismo día de su fecha, por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente D^a MARIA DOLORES GALINDO GIL al estar celebrando audiencia pública la Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Doy fe. A CORUÑA, veintisiete de enero de dos mil diez.