

SENTENCIA

Ilmos. Sres.

D. José Ángel Vázquez García

D. Guillermo Sanchis Fernández-Mensaque.

D. Javier Rodríguez Moral.

En Sevilla, a 23 de junio de 2008.

La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo con sede en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, formada por los Magistrados que al margen se expresan, ha visto en nombre del Rey el recurso de apelación 105/2007 seguido entre las siguientes partes APELANTE: RACHID AMRAOUI, DEMANDADA: ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte apelante interpuso el 15 de enero de 2007 recurso de apelación contra la sentencia de sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº Dos de Cádiz de 29 de noviembre de 2006, por la que se desestima el recurso promovido contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno de Cádiz de 11 de abril de 2006 ,y previo traslado al Abogado del Estado, se elevó el asunto a la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Sevilla, donde el día 20 de junio de 2008 tuvo lugar la deliberación y fallo.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JAVIER RODRÍGUEZ MORAL.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº Dos de Cádiz de 29 de noviembre de 2006, por la que se desestima el recurso promovido contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno de Cádiz de 11 de abril de 2006 que decretó la expulsión del territorio nacional del recurrente en aplicación de los artículos 53 a) y 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social, es decir, tanto por encontrarse el recurrente irregularmente en territorio español, por no haber obtenido o tener caducada más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documentos análogos, cuando fueren exigibles, sin haber solicitado la renovación de los mismos en dicho plazo como por haber sido por una conducta dolosa constitutiva en nuestro país de delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año.

SEGUNDO.- El hecho acreditado de que, efectivamente, por la Administración se ha hecho empleo de dos infracciones legalmente tipificadas (estancia irregular y sanción penal), con independencia de la conexión evidente que se aprecia entre los presupuestos fácticos de cada una — puesto que la estancia en prisión se alega como fuerza mayor impeditiva de la renovación de la autorización de residencia, caducada el 1 de abril de 2004 —, nos pone sobre la pista para resolver el primer motivo del recurso interpuesto, centrado en determinar si la elección del procedimiento preferente — art. 63 L.O 4/2000 — constituye una vulneración de la reglas esenciales del procedimiento, sancionable con nulidad de pleno derecho. Y es que, en efecto, en todo caso, la imputación finalmente objeto de sanción conforme al artículo 53 a) de la L.O 4/2000, determina por sí sola la aplicación del denominado procedimiento preferente, pensado para supuestos de los que se deduce la oportunidad o conveniencia de expulsar, con lo que la particularidad del supuesto enjuiciado viene dada por la presencia de un posible concurso de infracciones, cuyo tratamiento procedimental no resuelve, es cierto, la legislación, con la claridad exigida, dado que los artículos 122 y 130 del Reglamento ejecutivo de la Ley (RD 2393/2004) parecen ignorar la posibilidad de este tipo de imputaciones plurales. Pero siendo así, nada impide — al contrario, obliga — resolver la cuestión indagando en qué medida puede haber sido vulnerada la interdicción de la indefensión, que es el que criterio desde el que deben ser interpretadas todas las

cuestiones de tipo procedimental , y en este caso ,tenemos que decir que no concurriendo la vulneración denunciada de reglas de procedimiento – puesto que la regla vulnerada no existe como tal , o es presunta, habida cuenta la falta de solución expresa a la cuestión de cómo deben tramitarse los expedientes con pluralidad de infracciones –, tampoco apreciamos que el recurrente haya visto mermadas sus facultades efectivas de defensa – art. 63 LRJAPPAC– , lo que no deja de ser normal teniendo en cuenta teniendo en cuenta que, como mucho, se vio expuesto a un acortamiento de los plazos ordinarios en relación con los previstos en el procedimiento preterido.

TERCERO.- Por las mismas razones que las expuestas en la sentencia apelada, disintimos de la tesis de la apelante acerca de la inexistencia de estancia irregular, y es que si bien el juego del tiempo, determinante de la extinción de una autorización para residir expresamente concedida a término(fecha máxima de vigencia: 1 de abril de 2004) ,admite en abstracto la presión paralizante de la fuerza mayor, si llegado el caso el titular se ve impedido de instar la renovación del título que le habilita para permanecer en España, sin embargo, faltan razones legales para presumir que el simple ingreso en un centro penitenciario priva automáticamente al interno de su capacidad de obrar ante la Administración, teniendo en cuenta – art.1 Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria – que actividad penitenciaria se ejerce respetando, en todo caso, los derechos e intereses jurídicos de los condenados no afectados por la condena, y que , en consecuencia, los internos pueden ejercitar los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, sin exclusión del derecho de sufragio, salvo que fuesen incompatibles con el cumplimiento de la condena y En ningún caso se impedirá que los internos continúen los procedimientos que tuvieren pendientes en el momento de su ingreso en prisión y puedan entablar nuevas acciones.

CUARTO.- En último lugar ,la demanda termina planteando la infracción del principio de proporcionalidad presuntamente cometida por la Administración al sancionar con expulsión en vez de inclinarse por la sanción de multa, cuestión que debe resolverse matizando que a este Tribunal no le corresponde imponer su versión personal sobre qué es proporcional , o donde terminan o empiezan las soluciones proporcionales, y que su poder

revisor se ciñe a valorar si el ejercicio de la potestad sancionadora se mueve dentro de los márgenes de la razonabilidad.

El apartado tercero del artículo 57.3 de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, donde se establece que “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”, entraña un mandato general de aplicable al régimen de expulsión del territorio, en la medida en que el texto legal lo enclava dentro del régimen genérico de las sanciones, como una regla común a la imposición de todas éstas.

Lo dicho constituye a la Sala en la obligación de revisar la valoración de los hechos llevada a cabo por el órgano de expulsión, y su congruencia con la decisión adoptada, partiendo de que, en este caso, al quebrantamiento para el orden público que supone el cumplimiento de 1.126 días de prisión – por cierto, por la comisión de un delito que se ha preferido no identificar, renunciando con ello a desvanecer la sospecha de haberse cometido una violación grave del orden social – se suma el desvalor añadido que supone, justamente, haber incurrido en la irregularidad sobrevenida de un estancia sin título. Ahora bien, en este caso concurren circunstancias añadidas que desvirtúan un tanto la impresión inicial, y que necesariamente deben ser objeto de valoración. Nos referimos a la circunstancia, puesta de manifiesto en el procedimiento, de encontrarse pendiente al tiempo de dictar sentencia (29 de noviembre de 2006), y desde luego, al tiempo de resolver el expediente de expulsión (11 de abril de 2006), de sendos expedientes gubernativos de adquisición de la nacionalidad de sus descendientes (expedientes 1214/04 y 1015/05), incoados antes de hacerlo el procedimiento sancionador, elevada a la Dirección General de Registros y del Notariado y pendientes de resolución el 28 de noviembre de 2006, según certificación expedida al efecto por funcionaria del Registro Civil de Málaga. Semejante circunstancia remite a la doctrina jurisprudencial –STS 22 de marzo de 2003– que señala que cuando se encuentre pendiente alguna solicitud por parte del extranjero incurso en supuesto de infracción, no es dable a la Administración competente promover la expulsión del presunto infractor, bien entendido que en este caso la pendencia no se refiere exactamente a una solicitud de regularización, aunque sus efectos sean equivalente, teniendo en cuenta que el recurrente se halla indirectamente amparado por el principio que impide expulsar a los nacionales, porque tratándose menores, la expulsión de los padres conlleva indefectiblemente la de sus descendientes no emancipados. Es cierto que el recurrente se comportó

en el expediente de expulsión con cierta imprecisión, y que en su escrito de alegaciones no menciona expresamente el expediente de adquisición de la nacionalidad, pero el que la Administración resolviese decidiendo estrictamente las cuestiones planteadas por el interesado – art. 89 Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común – no impide apreciar que actúa con personalidad jurídica única, como única es la Administración competente en materia de extranjería, con lo cual, sopesando como merecen los intereses en juego, consideramos que la resolución sancionadora impugnada ha infringido el principio de proporcionalidad en la determinación de la sanción de expulsión ya que, desde el punto de vista del desvalor de la conducta enjuiciada, no ha tomado en cuenta la incidencia que en la situación personal del recurrente supone el expediente de adquisición de nacionalidad de sus hijos, por lo que procede anular el acuerdo impugnado, remitiendo a la Administración a fin de que, ponderando las circunstancias omitidas, resuelva lo que estime oportuno.

QUINTO. –Los razonamientos anteriores conducen a la estimación del recurso de apelación, sin imposición de costas, de conformidad con el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación.

FALLAMOS.-

Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por RACHID AMRAOUI contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº Dos de Cádiz de 29 de noviembre de 2006, por la que se desestima el recurso promovido contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno de Cádiz de 11 de abril de 2006, revocando en consecuencia la sentencia apelada, con anulación del acuerdo recurrido y remisión a la Administración a fin de que, ponderando las circunstancias omitidas, resuelva lo que estime oportuno.

Sin costas.

Sin recurso de casación ordinario.
Y a su tiempo, con certificación de esta sentencia para su cumplimiento,
devuélvase el expediente administrativo al lugar de procedencia.
Así por esta nuestra sentencia que se notificará en legal forma a las partes,
definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-