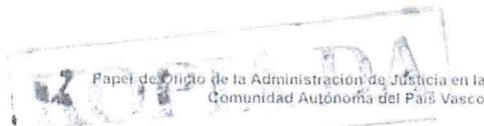


18/05/15



**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO Nº 5 DE BILBAO**

**BILBOKO ADMINISTRAZIOAREKIKO AUZIEN 5
ZK.KO EPAITEGIA**

BARROETA ALDAMAR 10-5ªPLANTA - C.P./PK: 48001

Tel.: 94-4016706
Fax: 94-4016987

N.I.G. P.V./IZO EAE: 48.04.3-15/000564
N.I.G. CGPJ/IZO BJKN: 48.020.45.3-2015/0000564

Proced.abreviado / Prozedura laburtua 31/2015

Demandante / Demandatzailea: I

Representante / Ordezkarria: *Jesús Tejedor Arias*

Administración demandada / Administrazio demandatua: SUBDELEGACION DE GOBIERNO EN VIZCAYA
Representante / Ordezkarria:

EREMUA/ZONA:	NIO
EPAITEGI ZK./JUZGADO NUM.:	345
ERREF/REF.:	1435-4
MEZARRITAKO EGUNA/DIA SEÑALADO:	
PROV/PROC.:	<i>Elcano, 14 - baja dcha. BILBAO</i>

ACTUACION RECURRIDA / ERREKURRITUTAKO JARDUNA:

RESOLUCION SANCIONADORA DICTADA POR LA SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN BIZKAIA, EXPEDIENTE Nº 480020140006002 POR LA QUE SE ACUERDA LA EXPULSION DEL TERRITORIO NACIONAL I , CON LA CONSIGUIENTE PROHIBICION DE ENTRADA EN ESPAÑA POR UN PERIODO DE CINCO AÑOS , COMO RESPONSABLE DE LA INFRACCION PREVISTA EN EL ART. 53.1A

SENTENCIA Nº 63/2015



En BILBAO (BIZKAIA), a doce de mayo de dos mil quince.

Vistos por mí, Ilmo. Sr. D. Juan-Galo Carrasbal Onieva, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de los de Bilbao, los presentes autos de procedimiento abreviado registrados con el número 31/2015 (N.I.G. 48.04.3-15/000564), dimanantes de un recurso contencioso-administrativo en el que figura, como parte recurrente, don

, quien litiga acogido al beneficio de justicia gratuita, representado y defendido por el letrado don Jesús Tejedor Arias y, como recurrida, la Administración General del Estado representada y defendida por la Abogada del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte recurrente formalizó su demanda en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando se dicte una sentencia estimatoria del recurso interpuesto y las correspondientes declaraciones en relación con la actuación administrativa impugnada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite, se dio traslado de la misma a la Administración demandada, convocando a las partes a una vista, que se celebró el pasado día veintinueve de abril, en la que la referida Administración impugnó la demanda. No habiéndose practicado prueba en la vista, quedaron los autos conclusos para sentencia.

TERCERO.- En la substanciación de las presentes actuaciones se han observado los preceptos y prescripciones legales. La cuantía del recurso es indeterminada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso-administrativo impugna el recurrente la resolución de 27 de enero de 2015 del Subdelegado del Gobierno en Bizkaia por la que se impuso la sanción de expulsión del territorio nacional con la consiguiente prohibición de entrada en España por un periodo de cinco años, todo ello por ser autor de una infracción administrativa, de carácter grave, prevista en el artículo 53.1.a) de la L.O. 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por L.O. 2/2009, por carecer de autorización administrativa de residencia para permanecer de forma legal en España, siendo los motivos por los que se opta por la sanción de expulsión del territorio nacional, amén de carecer de la autorización de residencia exigida para permanecer de forma legal en España: "Que al mismo le constan antecedentes policiales y judiciales por dos causas de malos tratos físicos en el ámbito familiar, delito que por la alarma social que provoca, justifica la adopción de la sanción de expulsión propuesta". En la demanda se acciona una pretensión anulatoria de la resolución impugnada y subsidiariamente la de sustitución de la expulsión por multa en su grado mínimo.

SEGUNDO.- Para la correcta resolución de la presente impugnación conviene comenzar por recordar que el artículo 53.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reformada por Ley Orgánica 2/2009, establece como infracción grave el: "Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente". Si bien es cierto que la citada Ley Orgánica señala que las infracciones graves serán sancionadas con multa, no puede olvidarse que el artículo 57.1 de la misma Ley Orgánica autoriza la sustitución de la sanción de multa por expulsión si se trata de las infracciones graves establecidas en los apartados a), b), c) d) y f) del art. 53 de esta Ley Orgánica.

Acerca de la cuestión existen diversos pronunciamientos de los órganos de estas jurisdicción, así la Sentencia de 15 de febrero de 2007 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ Madrid, señala que: "*A este respecto, la jurisprudencia mas reciente, de la que son ejemplos las Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección 5ª, dictadas el 21 de abril de 2006 y 19 de mayo de 2006, en los recursos 1448/2003 (E/DJ 2006/48870) y 4011/2003 (E/DJ 2006/76675), ha declarado que la posibilidad que ofrece la Ley de imponer alternativamente la sanción de multa o de expulsión del territorio nacional a quienes cometan la infracción prevista en el artículo 53.a) de la mencionada Ley exige una ponderación de las circunstancias concurrentes, de tal manera que será admisible adoptar la sanción más grave de expulsión, desde el respeto al principio de proporcionalidad, si concurren circunstancias que así lo avalen, circunstancias que no sólo han de referirse a los criterios de graduación de las*

sanciones a que alude el artículo 55.3 de la Ley, grado de culpabilidad, daño o riesgo derivado de la infracción, sino, en general, cuales sean las jurídicas o fácticas que determinen tal elección, aunque tales elementos no se hayan explicitado (esto sería lo deseable) en la resolución administrativa, siempre y cuando se desprendan del procedimiento, y es lo cierto que, en esta caso, no concurrieron circunstancias fácticas o jurídicas que justificasen la decisión administrativa que, por tanto, ha de ser anulada, imponiendo en su lugar la sanción de multa. Esto es así, por cuanto no solo no figura en el expediente ninguna circunstancias desfavorable, además, claro está, del hecho de encontrarse irregularmente en España, que constituye el tipo sancionado, sino que, por el contrario, existen elementos de los que se puede deducir un cierto arraigo, entendido en sentido amplio y no en el estricto término jurídico a que se refiere el artículo 31.1 de la Ley (situación de arraigo apta para la concesión de una autorización de residencia temporal), en efecto, consta en el expediente administrativo que tenía documentación, domicilio conocido y adujo que convivía con un hermano con residencia legal en España, circunstancia que si no acreditó en el expediente, de manera cumplida, fue porque no se le permitió por parte del instructor del mismo, -lo que se subsanó en el proceso al que se aportó la documentación correspondiente-, estaba empadronado en Madrid desde mucho antes del inicio del expediente de expulsión, tenía tarjeta sanitaria, número de filiación a la Seguridad Social, contrato de cuenta corriente bancaria, previo a esas fechas, circunstancias que justificarían que la sanción a imponer no debería ser la de expulsión, porque ésta era desproporcionada, dadas las circunstancias concurrentes, y al haberlo así determinado la Sentencia de instancia, ha de ser revocada, estimando el recurso de apelación, imponiendo en su lugar la sanción de multa de cuantía de 301 euros. Si alguna duda hubiera existido de que la expulsión era una medida desproporcionada, la propia -administración la dispuso al otorgarse un posterior permiso de residencia y trabajo por cuenta ajena, que excluiría, en cualquier caso, llevar a cabo la expulsión de un extranjero que se encuentra legalmente en España”.

Por su parte, la sentencia de 12 de marzo de 2008 de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ Madrid dispone:

“Delimitado en los términos expuestos el objeto del presente recurso de apelación, hay que destacar ante todo, como se expresa en la sentencia de esta misma Sección y Sala de 25 de octubre de 2007 (recurso de apelación número 239/2007), que las sentencias más recientes de la Sala Tercera del Tribunal Supremo vienen proclamando, en relación con la cuestión que nos ocupa, lo siguiente:

- 1º) El extranjero que se encuentra ilegalmente en España puede ser sancionado con multa o con expulsión.*
- 2º) En el sistema de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000, la sanción principal es la de multa, pues así se deduce de su art. 55.1 y de la propia literalidad de su art. 57.1, a cuyo tenor, en los casos 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 con multa.*
- 4º) Sin embargo, resultaría en exceso formalista despreciar esa motivación por el hecho de que no figure en la resolución misma, siempre que conste en el expediente administrativo.*
- 5º) Así, tratándose de supuestos en que la causa de expulsión es, pura y simplemente, la permanencia ilegal, sin otros hechos negativos, la Administración habrá de motivar de forma expresa por qué acude a la sanción de expulsión. 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.*

Con base en estos argumentos, el propio Tribunal Supremo ha declarado que son hechos o circunstancias que constituyen motivación suficiente para justificar la imposición de la sanción de expulsión y no la de multa en

los casos de estancia irregular en España, los siguientes: estar indocumentado el extranjero y, por tanto, sin acreditar su identificación y filiación, ignorándose cuándo y por dónde entró en territorio español (sentencias de 30 de junio de 2006, 31 de octubre de 2006 y 29 de marzo de 2007); haber sido detenido por su participación en un delito, hecho por el que se siguieron diligencias penales en un Juzgado de Instrucción (sentencia de 19 de diciembre de 2006); carecer de domicilio y arraigo familiar y estar además, indocumentado (sentencia de 28 de febrero de 2007); dictarse con carácter previo a la expulsión una orden de salida obligatoria del territorio nacional que tendría que haberse hecho efectiva, sin haber intentado legalizar su situación en España (sentencia de 22 de febrero de 2007)".

De capital trascendencia en la cuestión, en tanto aboca a decantar la controversia en sentido distinto al que hasta ahora venía siendo habitual, resulta el pronunciamiento de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015 (asunto C-38/14, Zaizoune), que viene a dar respuesta a la cuestión prejudicial planteada precisamente por la Sala superior en grado a este Juzgado, a propósito de la interpretación de la Directiva 2008/15/CE, en su relación con nuestra normativa nacional por cuanto la Ley Orgánica de Extranjería permite, en determinados supuestos, sustituir la sanción de expulsión por la de multa, sentencia del TJUE que acota los supuestos en que sería posible la sustitución de la expulsión por multa y en los que no encuentra acomodo el del recurrente jurisdiccional en tanto, en el caso de autos, examinando el expediente administrativo, las alegaciones del recurrente y la documentación acompañada a su demanda, resulta que al tiempo del nacimiento en Palma de Mallorca de la hija del actor, llamada [redacted], acaecido el 6 de noviembre de 2007 (folio 55 del expediente), don [redacted]

[redacted] estaba domiciliado en Marruecos –no en nuestro país-, sin que conste dato fehaciente, sustentado en una cumplida prueba documental, que patentice la convivencia del demandante con su hija menor; antes bien, lo contrario, en tanto la documentación aportada relativa a la hija viene referida al territorio insular balear, muy distante del lugar en que, desde el 22 de mayo de 2014, está empadronado el Sr. El Garaouaz, la localidad de Getxo (folio 23 del expediente administrativo), teniendo el documento en que se asienta la convivencia del actor con la madre de su hija una antigüedad considerable, al referirse a 2009 (folio 42 del expediente), de tal manera que la carencia de una documentación reciente que acreditase una convivencia familiar en la que asentar una de las posibles excepciones resultantes de la doctrina de la sentencia del TJUE de continua referencia, aun cuando hubiera dispuesto el Sr. [redacted] de una autorización por circunstancias excepcionales en tiempo pasado, impide la estimación del recurso contencioso-administrativo, quedando confirmada con ello la resolución de expulsión dictada que no puede reputarse disconforme a Derecho.

TERCERO.- La reforma operada en la Ley 29/1998 por la Ley 37/2011, aplicable al presente caso, introduce en la nueva redacción dada al artículo 139.1 de la LJCA la preceptiva imposición de costas atendiendo al vencimiento objetivo, al resolver por sentencia los recursos que se interpusieren a la parte que haya visto rechazadas sus pretensiones, salvo que aprecie, y así lo razone, que el caso presenta serias dudas de hecho o de derecho, cual aquí acontece en función de la recientísima doctrina fijada por el TJUE en la tantas veces aludida sentencia.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Desestimando el recurso interpuesto por ser ajustada a Derecho la actuación administrativa impugnada, debo confirmar y confirmo la resolución impugnada en el presente procedimiento, desestimando los pedimentos de la demanda. No se efectúa imposición de costas.

MODO DE IMPUGNAR ESTA RESOLUCIÓN: mediante RECURSO DE APELACIÓN EN AMBOS EFECTOS , por escrito presentado en este Juzgado en el plazo de QUINCE DÍAS, contados desde el siguiente a su notificación (artículo 81.1 de la LJCA), y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 3917000022003115, de un depósito de 50 euros, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

Así por esta mi Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

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