



**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO Nº 1**

Calle Gutiérrez Solana s/n Edificio Europa
Santander
Teléfono: 942367323
Fax.: 942367325
Modelo: TX901

Proc.: **PROCEDIMIENTO
ABREVIADO**

Nº: **000039/2015**
NIG: 3907545320150000113
Materia: Extranjería
Resolución: Sentencia 000103/2015

Intervención:	Interviniente:	Procurador:	Abogado:
Demandante	XXXXXXXXXX XXXXXXXXXX		ANDRÉS CEBALLOS CABRILLO
Ddo.admon.estado	DELEGACION DEL GOBIERNO EN CANTABRIA		ABOGADO DEL ESTADO ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA nº 000103/2015

En Santander, a 13 de mayo de dos mil quince.

Vistos por D. Juan Varea Orbea, Juez del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 1 de Santander los autos del procedimiento abreviado 39/2015 en materia de extranjería, en el que actúa como demandante don ~~Mustapha El Hamzaoui~~ representado y defendido por el Letrado Sr. De Ceballos Cabrillo siendo parte demandada la Delegación del Gobierno en Cantabria, representada y defendida por el Letrado del Estado, dicto la presente resolución con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Letrado Sr. De Ceballos Cabrillo presentó, en el nombre y representación indicados, demanda de recurso contencioso administrativo contra la Resolución de la Delegación del Gobierno en Cantabria de 11-11-2014 en la que se imponía sanción de expulsión con prohibición de entrada en España.

SEGUNDO.- Admitida a trámite, se dio traslado al demandado, citándose a las partes, con todos los apercibimientos legales, a la celebración de la vista el día 12 de mayo.

TERCERO.- El acto de la vista se celebró el día y hora señalados, con la asistencia del demandante y del demandado. La parte demanda formuló su contestación oponiéndose a la pretensión. A continuación, se fijó la cuantía del procedimiento en indeterminada y se recibió el pleito a prueba. Tras ello, se practicó la prueba propuesta y admitida, esto es, la documental. Practicada la prueba, se presentaron conclusiones orales, manteniendo el actor las

pretensiones de la demanda, en tanto que, los demandados reiteraron sus alegaciones iniciales y solicitaron la desestimación de la pretensión de la actora.

Terminado el acto del juicio, el pleito quedó visto para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto de la demanda lo constituye la Resolución de la Delegación del Gobierno en la que se resolvió imponer al actor la sanción de expulsión del territorio español con la prohibición de entrada por tiempo de 5 años por infracción tipificada en el art. 53.1 a) de la LODLE 4/2000 en relación al art. 57.1.

Opone el demandante como motivo de su pretensión la falta de proporcionalidad en la sanción impuesta, puesto que solo tiene antecedentes policiales y está integrado.

La demandada defiende la resolución combatida aduciendo que además de la estancia irregular, existen factores negativos que justifican el plus de antijuridicidad necesario para la imposición de la sanción de expulsión así como la doctrina sentada por la STJUE de 23-4-2015.

SEGUNDO.- Tanto en la LO 4/2000 como en su reglamento, RD 557/2011, la situación e estancia irregular se contempla como un tipo que permite sancionar la conducta ilícita con multa o con expulsión. Es decir, sin perjuicio de otros supuestos, como el del art. 57.2 LODLE, el legislador español opta por restablecer la situación e ilegalidad que genera la permanencia en España careciendo de autorización o con ella caducada, mediante el derecho sancionador.

Así, el art. 53.1.1ª) LODLE tipifica como infracción grave “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”.

Respecto de las sanciones, el art. 55 contempla la multa de 501 euros a 10000 euros. Pero el art. 57.1 señala que si el infractor es extranjero, “podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción”. Ambas sanciones, multa y expulsión, son incompatibles, según el apartado 3. El apartado 5 establece los supuestos de excepción a la imposición de la sanción de expulsión y el apartado 6, a la posibilidad de ejecución, incluyendo el principio de no devolución.

La materia se desarrolla en los arts. 242 y ss RD 557/2011. La aplicación de una u otra sanción debe responder a criterios de proporcionalidad, de

conformidad con los criterios de los arts. 55. 3 y 4 LODLE y 222. 3RD 557/2011 (art. 119.3 RD 2393/2004), esto es, el grado de culpabilidad, daño producido, riesgo derivado de la infracción y su trascendencia y las circunstancias de la situación personal y familiar

Esta regulación, y la previa en el anterior RD, motivó una consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia, especialmente en relación al elemento aquí debatido de la proporcionalidad de la sanción de expulsión a extranjeros que se encuentra irregularmente en nuestro país, y que aparece expuesta, entre otras en la STS de 19 de julio de 2007 y más recientemente en STS24-6-2008 que se expresa de la siguiente forma:

"Tercero.- 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 desprestigiar 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.”

Actualmente, esta doctrina es aplicable al régimen del Reglamento aprobado en RD 2393/2004 y al nuevo RD 557/2011 de 20 abril (BOE 30-4-2011, con entrada en vigor a los dos meses) que deroga el anterior.

TERCERO.- En el presente caso la sanción adoptada por la administración se encuentra sobradamente motivada y resulta proporcionada de conformidad con los criterios de los arts. 55. 3 y 4 LODLE y 222. 3RD 557/2011 (art. 119.3 RD 2393/2004), esto es, el grado de culpabilidad, daño producido, riesgo derivado de la infracción y su trascendencia y las circunstancias de la situación personal y familiar.

Consta acreditada la situación de estancia irregular en territorio español. Tras ello, consta otra sanción previa por los mismos hechos, de expulsión en resolución e 13-3-2009, la denegación de la autorización de residencia en resolución firme, el impago de la multa y la inobservancia de la obligación de salida.

En el presente caso, existen factores negativos en la conducta del sancionado que revelan la existencia de un plus de antijuridicidad, es decir, una mayor gravedad y trascendencia de la conducta. Así, se prueba la previa sanción por los mismos hechos, el incumplimiento de la obligación de salida, que

demuestra el dolo en la conducta y la falta de acreditación de la forma de entrada en España.

Frente a esta situación, el sancionado, carece actualmente de cualquier vínculo, familiar o laboral, acreditados en España. Y respecto a los intentos de regularización, no han motivado ningún tipo de autorización. El arraigo que se alega debe ser relevante a efectos de la propia ley, es decir, que se pueda materializar en algún tipo de autorización pues lo contrario lleva a perpetuar situaciones de irregularidad sin ejecutar las obligaciones de salida impuestas al extranjero sin posibilidad de residir de forma legal.

CUARTO.- Precisamente, esta situación es la que pone de manifiesto la citada STJUE de 23-4-2015. Esta sentencia resuelve una cuestión prejudicial planteada por el TSJ del País Vasco en un supuesto muy parecido al presente, donde, frente a la resolución que sancionaba con expulsión, el juez de instancia acordó la sustitución por multa en atención al principio de proporcionalidad exigido en la legislación española. Al conocer de la apelación, la Sala plantea la posible disconformidad el sistema español con la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

El TJUE concluye en su fallo que, efectivamente, “La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, en particular sus artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, en relación con su artículo 4, apartados 2 y 3, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho Estado, impone, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí”.

El Tribunal, analiza el contenido de la Directiva, norma europea de la que se predica el efecto directo y de primacía. La Directiva define la “decisión de retorno” como aquella decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial por el que se declare irregular la situación de un nacional de un tercer país y se imponga o declare una obligación de retorno mientras que la expulsión es su ejecución material mediante el transporte físico de la persona afectada. No habla, por tanto, de derecho sancionador.

Conforme al artículo 6 de la misma Directiva, titulado «Decisión de retorno»:

“1. Los Estados miembros dictarán una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio, sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5.

2. A los nacionales de terceros países que se encuentren en situación irregular en el territorio de un Estado miembro y sean titulares de un permiso de residencia válido u otra autorización que otorgue un derecho de estancia

expedido por otro Estado miembro se les exigirá que se dirijan de inmediato al territorio de dicho Estado miembro. En caso de que el nacional de un tercer país de que se trate no cumpla esta exigencia, o si fuera necesaria su salida inmediata por motivos de orden público o de seguridad nacional, se aplicará el apartado 1.

3. Los Estados miembros podrán abstenerse de dictar una decisión de retorno contra un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio si otro Estado miembro se hace cargo del mencionado nacional en virtud de acuerdos o convenios bilaterales vigentes en la fecha de entrada en vigor de la presente Directiva. En ese caso, el Estado miembro que se haya hecho cargo del nacional de un tercer país de que se trate aplicará el apartado 1.

4. Los Estados miembros podrán, en cualquier momento, decidir conceder a un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio un permiso de residencia autónomo u otra autorización que otorgue un derecho de estancia por razones humanitarias o de otro tipo. En este caso no se dictará ninguna decisión de retorno. De haberse ya dictado, se revocará la decisión de retorno o se suspenderá durante el periodo de validez del permiso de residencia o de otra autorización que otorgue un derecho de estancia.

5. Si el nacional de un tercer país que se halla en situación irregular en el territorio de un Estado miembro tiene pendiente un procedimiento pendiente de renovación del permiso de residencia u otra autorización que otorgue el derecho de estancia, el Estado miembro considerará la posibilidad de abstenerse de dictar una decisión de retorno hasta que finalice el procedimiento pendiente, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6.”

Analiza la normativa española y concluye que “con arreglo a la normativa nacional controvertida en el procedimiento principal, tal como es interpretada por el Tribunal Supremo, la situación irregular de los nacionales de terceros países en territorio español puede ser sancionada exclusivamente mediante una multa, que es incompatible con la expulsión del territorio nacional, medida esta que sólo se acuerda si existen circunstancias agravantes adicionales”.

A partir de esto, su razonamiento es claro, A este respecto, ha de recordarse que el objetivo de la Directiva 2008/115, tal como se desprende de sus considerandos 2 y 4, es establecer una política eficaz de expulsión y repatriación. Además, en virtud de su artículo 1, esta Directiva establece las «normas y procedimientos comunes» aplicables por cualquier Estado miembro al retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Como indica el apartado 35 de la sentencia *El Dridi* (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268), el artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva prevé ante todo, con carácter principal, la obligación de los Estados miembros de dictar una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio.

En efecto, una vez comprobada la irregularidad de la situación, las autoridades nacionales competentes deben, en virtud de dicho precepto y sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5 del mismo artículo, adoptar una decisión de retorno (sentencia *Achughbadian*, C-

329/11, EU:C:2011:807, apartado 31). A este respecto, ningún dato del expediente remitido al Tribunal de Justicia permite suponer que el Sr. Zaizoune se encuentre en una de las situaciones contempladas en dichos apartados.

Por otra parte, debe recordarse que tanto del deber de lealtad de los Estados miembros como de las exigencias de eficacia recordadas en particular en el considerando 4 de la Directiva 2008/115, se deriva que la obligación impuesta a los Estados miembros por el artículo 8 de la citada Directiva de proceder a la expulsión, en los supuestos mencionados en el apartado 1 de ese artículo, debe cumplirse lo antes posible (véase la sentencia Sagor, C-430/11, EU:C:2012:777, apartado 43 y jurisprudencia citada).

De ello se deriva que una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal no responde a las manifiestas exigencias impuestas por los artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, de la Directiva 2008/15.

A este respecto, cabe recordar que los Estados miembros no pueden aplicar una normativa que pueda poner en peligro la realización de los objetivos perseguidos por una directiva y, como consecuencia de ello, privarla de su efecto útil (véase, en este sentido, la sentencia Achughbajian, C-329/11, EU:C:2011:807, apartado 33 y jurisprudencia citada).

QUINTO.- De esto resulta que, la aplicación de la normativa española en el sentido expuesto, vulnera la directiva que impone como consecuencia de la estancia irregular, la devolución o retorno sin que un estado miembro pueda decidir sustituir esta consecuencia de la estancia irregular en territorio de la UE por la de multa.

El art. 6.1 de la directiva impone esa decisión. El apartado 2 alude al caso de autorización de residencia en otro estado miembro; el apartado 3, al caso de que otro estado miembro se haga cargo en virtud de acuerdos bilaterales; el apartado 4, a las autorizaciones por motivos humanitarios u otros; y el, 5, a la pendencia de un procedimiento de renovación.

Por otro lado, el art. 2 regula en ámbito de aplicación con la posibilidad de que los Estados miembros no decidan aplicar la directiva en ciertos casos y la exclusión de los beneficiarios del derecho comunitario a la libre circulación, con arreglo a la definición del art. 2, apartado 5, del Código de fronteras Schengen; el art. 4 regula las disposiciones más favorables, que analiza el Tribunal en su sentencia. Y el art. 5 dispone que “No devolución, interés superior del niño vida familiar y estado de salud.

Al aplicar la presente Directiva, los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta:

- a) el interés superior del niño,
- b) la vida familiar,
- c) el estado de salud del nacional de un tercer país de que se trate, y respetarán el principio de no devolución.”

Por tanto, la legislación española debe reinterpretarse en el sentido de la Directiva de manera que fuera de las excepciones del art. 6 y supuestos de no devolución, la consecuencia debe ser el retorno y expulsión.

Así, se hacen garantizan los principios de efecto útil de las directivas y de cooperación leal a que se refiere la STJUE de 6-12-12 al interpretar esta



misma directiva. Esta sentencia señala que la medida que debe adoptar el órgano judicial es la inaplicación de la legislación nacional contraria a la Directiva, remitiéndose a la STJUE 28-4-2011, asunto El Dridi. No se trata, por tanto del juego del efecto directo de la Directiva por falta de trasposición ante la invocación de su aplicación sino de la existencia de una normativa nacional que puede ser un obstáculo para la eficacia de los fines de la norma europea, debiendo el estado miembro, a través de sus autoridades, garantizar la efectividad de la misma, aún inaplicando la norma interna contradictoria.

SEXTO.- De conformidad con el art. 139 LJ, las costas se imponen a la parte actora.

FALLO

SE DESESTIMA ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por el Letrado Sr. De Ceballos Cabrillo, en nombre y representación de don ~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~ ~~Mustapha El Hanzouar~~ contra la Resolución de la Delegación del Gobierno en Cantabria de 11-11-2014.

Las costas se imponen a la parte actora.

Notifíquese esta resolución al interesado, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, mediante escrito razonado que deberá contener las razones en que se fundamente, y que deberá presentarse ante este Juzgado, en el plazo de quince días, a contar desde el siguiente a su notificación. Para la interposición de dicho recurso es necesaria la constitución de depósito en la cuenta de depósitos y consignaciones del Juzgado de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional decimoquinta de la LOPJ y por el importe previsto en tal norma, lo que deberá ser acreditado a la presentación del recurso.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN: Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA