



JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-
 ADMINISTRATIVO Nº 2
 C/ Alcalde José Emilio García Gómez, nº 5
 Edificio Barlovento
 Santa Cruz de Tenerife
 Teléfono: 922 47 39 34/35
 Fax.: 922 47 64 12
 Email.: conten2.sctf@justiciaencanarias.org

Procedimiento: Procedimiento abreviado
 Nº Procedimiento: 0000489/2019
 NIG: 3803845320190002007
 Materia: Extranjería
 Resolución: Sentencia 000246/2020
 IUP: TC2019012661

Intervención:
 Demandante
 Demandado

Interviniente:
 Subdelegación de Gobierno

Abogado:
 Vanessa Hernandez Delgado
 Abogacía del Estado en SCT

Procurador:

SENTENCIA

En Santa Cruz de Tenerife a la fecha de la firma electrónica.

ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- Por escrito de 22 de septiembre de 2.019, la representación procesal letrada de Don I [redacted] interpuso demanda de recurso contencioso administrativo contra la resolución de 18.07.19 dictada por la Subdelegación del Gobierno en Santa Cruz de Tenerife acordando la expulsión del territorio nacional por periodo de un año.

SEGUNDO.- Por decreto se admitió a trámite la demanda de procedimiento contencioso-administrativo y se reclamó el expediente administrativo. Por diligencia de ordenación se convocó a las partes a la celebración de la vista.

TERCERO.- Convocadas las partes a la vista, la misma tuvo lugar el día señalado con la asistencia de la parte recurrente y el Abogado del Estado. En éste, la parte actora se afirmó y ratificó en su demanda, a la que se opuso el Abogado del Estado. Tras la práctica de las pruebas propuestas y admitidas, las defensas letradas de ambas partes formularon conclusiones, declarándose los autos conclusos y vistos para sentencia.

CUARTO.- La cuantía del presente recurso es indeterminada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Santa Cruz de Tenerife, Oficina de Extranjería, de 18 de julio de 2.019, por la que se acordó la expulsión de territorio nacional del recurrente, con prohibición de entrada por un período de 1 año, dictado en el expediente de expulsión procedimiento ordinario 38002019000!

La parte actora interesa del Juzgado el dictado de una sentencia por la que, estimando la demandada, se declare no ser conforme a Derecho el acto recurrido, y en su consecuencia, se anule con expresa condena en costas de la parte demandada.

El Abogado del Estado interesa la desestimación de la demanda amén del pronunciamiento del

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
ROI LÓPEZ ENCINAS - Magistrado-Juez	20/10/2020 - 14:40:12
En la dirección: https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramite-comprobacion-documento se puede comprobar la autenticidad del documento electrónico siguiente: A	
El presente documento ha sido descargado el 20/10/2020 13:46:05	

Los datos de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disposición de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieren un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.





El contenido de este documento es el resultado de un proceso en el que se ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disolución de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Tribunal de Justicia de la Unión Europea contenido en la reciente sentencia de 23 de abril de 2015.

SEGUNDO.- No constituye una cuestión controvertida para las partes que el ahora recurrente ha cometido la infracción tipificada en el art. 53.1a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, al hallarse en territorio nacional sin contar con una autorización administrativa que le permita residir en España. La actuación administrativa impugnada aplica la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que procede a la modificación del artículo 58.

El artículo 57 de la Ley 4/2000 dispone qué podrá acordarse la sanción de Expulsión del territorio.: "1. Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica, 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".

Tras la Sentencia dictada por el TJUE que ha resuelto la cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ del País Vasco, en un asunto que versaba sobre un ciudadano marroquí, Samir Zaizoune, al que la Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa había expulsado por encontrarse irregularmente en España y que obtuvo del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Donostia una sentencia favorable a sus intereses en el sentido en que la misma sustituía la sanción de expulsión por la sanción de multa pecuniaria , si la Ley española de extranjería era conforme con la Directiva 2008/115/CE relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, señalando la Sentencia del TJUE de fecha 23-4-2015 que esa posibilidad de optar entre sanción de expulsión o imposición de multa pecuniaria, como prevé la normativa española, se opone a la Directiva 2008/115/CE. Así, la citada resolución judicial C-38/14 , de fecha 23-4-2015, declara que:

"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."

No puede silenciarse que el propio TJUE admite en la resolución judicial citada que "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 la decisión de retorno", es decir, cabe la posibilidad de que si en el ciudadano extranjero concurren circunstancias excepcionales - concretamente, las previstas en el 6, apartados 2 a 5, de la Directiva 2008/115- las autoridades nacionales competentes valoren si es procedente o no la adopción de una resolución de retorno. Así, de conformidad a

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
ROI LÓPEZ ENCINAS - Magistrado-Juez	20/10/2020 - 14:40:12
En la dirección https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramites-comprobacion-documentos puede ser comprobada la autenticidad del contenido del documento electrónico siguiente:)-	
El presente documento ha sido descargado el 20/10/2020 13:46:05	



En el presente expediente se ha realizado la copia de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



lo dispuesto en el art. 6.4 de la Directiva 2008/115" 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.". Igualmente, es importante destacar que el art. 5 de la precitada Directiva determina que "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".

TERCERO.- En el caso de autos, y descartando el motivo de nulidad consistente en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en aplicación de la consabida doctrina del TEDH sentencias de 9.10.79 caso Arey y de 25 de abril de 1983, caso Pakeili, toda vez que no consta que se haya producido denegación de asistencia letrada de oficio y por ende no se ha generado indefensión de ningún tipo, si cabe valorar la reciente sentencia del TUE sobre la sustitución de la expulsión por multa.

La sentencia del TUE de 8 de octubre de 2020, revierte la interpretación expuesta en el fundamento precedente y en contestación a la cuestión prejudicial planteada por la Sala del TSCCM, sobre la interpretación de la Directiva 2008/115, da un giro copernicano a lo que se derivaba de la sentencia ZAIZOUNE (C: 2015:260). La nueva sentencia, destaca que el efecto directo de las directivas, no pueden emplearse para soslayar la normativa nacional más favorable, cuando el Estado no la ha traspuesto debidamente). De ahí, que si en la normativa española sobre extranjería, se fija la multa como regla general, no puede España basarse únicamente en la Directiva, para expulsar o retornar al extranjero, con preferencia a la opción de multa.

Por tanto, dado que la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de 16.12.08, debe interpretarse en el sentido de que cuando la normativa nacional, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de un estado miembro, imponga una sanción de multa, o bien la expulsión, teniendo en cuenta que la segunda medida, solo puede adoptarse, si existen circunstancias agravantes en la personas de dichos nacionales, adicionales a la situación irregular. La autoridad nacional no podrá basarse directamente en lo dispuesto en la Directiva, para adoptar la decisión de retorno.

Por tanto en este caso, no existiendo tales circunstancias agravantes no procedería la directa expulsión.

Como fuera que la resolución administrativa se dicta con anterioridad al dictado de la sentencia y por tanto, no pudo ponderar la misma, procede con anulación de aquélla, la retroacción del procedimiento, para que se dicte nueva resolución con arreglo a los postulados de la jurisprudencia expresada.

En consecuencia, es disconforme a Derecho la resolución impugnada. Procede, por tanto, la estimación parcial de la demanda.

CUARTO.- No procede condena en costas al no apreciarse mala fe o temeridad en la

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
ROI LÓPEZ ENCINAS - Magistrado-Juez	20/10/2020 - 14:40:12
En la dirección https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramites-comprobacion-documentos puede ser comprobada la autenticidad de este copia, mediante el número de documento electrónico siguiente:	
El presente documento ha sido descargado el 20/10/2020 13:46:05	



personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



interposición del recurso o en el sostenimiento de la excepción (art. 139 LJCA).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

1 Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto la representación procesal letrada de Don _____ y anulación de la resolución impugnada y retroacción del procedimiento administrativo al momento del dictado de una nueva resolución ponderando la doctrina Jurisprudencial expuesta.

2 No condenar en costas.

Notifíquese a las partes, haciéndoles saber que contra esta sentencia cabe recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, recurso, éste, que deberá interponerse a través de este Juzgado en un plazo máximo de quince días hábiles a contar desde el siguiente al de la recepción de la correspondiente notificación.

Así lo acuerda y firma D. ROI LOPEZ ENCINAS, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Santa Cruz de Tenerife.

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
ROI LÓPEZ ENCINAS - Magistrado-Juez	20/10/2020 - 14:40:12
En la dirección: https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramites-comprobacion-documento-electronico probada la autenticidad de este copia mediante el número de documento electrónico siguiente:	
El presente documento ha sido descargado el 20/10/2020 13:46:05	