

**Juzgado de lo Contencioso-
Administrativo nº 16 de Madrid**
C/ Gran Vía, 19 , Planta 3 - 28013
45029750

NIG: 28.079.00.3-2016/0000306

Procedimiento Abreviado 16/2016 GRUPO A

Demandante/s: D./Dña. | MANUELA

Demandado/s: DELEGACION DEL GOBIERNO EN MADRID



SENTENCIA Nº 89/2017

En Madrid, a 15 de MARZO de dos mil diecisiete.

El Ilmo. Sr. D. ANGEL MATEO GOIZUETA, MAGISTRADO-JUEZ del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 16 de MADRID ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 16/16 y seguido por el procedimiento abreviado en el que se impugna: RESOLUCION DE LA DELEGACION DEL GOBIERNO EN MADRID, DE FECHA 10 DE NOVIEMBRE DE 2015, QUE CONFIRMA LA RESOLUCION POR LA QUE SE ACUERDA LA EXPULSION DEL TERRITORIO ESPAÑOL POR UN PERIODO DE 3 AÑOS – EXPTE 2800:

Son partes en dicho recurso: como recurrente DOÑA MANUELA
, representado y dirigido por el Letrado DON PEDRO
FERNÁNDEZ BERNAL y como demandada DELEGACION DEL GOBIERNO EN
MADRID, representada y dirigida por la ABOGACIA DEL ESTADO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente mencionado anteriormente se presentó escrito de demanda de Procedimiento Abreviado, contra la resolución

administrativa mencionada, en el que tras exponer los Hechos y Fundamentos de derecho que estimó pertinentes en apoyo de su pretensión terminó suplicando al Juzgado dictase Sentencia estimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto.

SEGUNDO.- Admitida a trámite por proveído, se acordó su celebración con vista, contestándose a la demanda en el acto de la vista. Tras practicarse los medios de prueba propuestos, quedaron los autos vistos para sentencia.

TERCERO.- En este procedimiento se han observado las prescripciones legales en vigor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso-administrativo se impugna la RESOLUCION DE LA DELEGACION DEL GOBIERNO EN MADRID, DE FECHA 10 DE NOVIEMBRE DE 2015, QUE CONFIRMA LA RESOLUCION POR LA QUE SE ACUERDA LA EXPULSION DEL TERRITORIO ESPAÑOL POR UN PERIODO DE 3 AÑOS –

En los hechos que se contienen en la resolución impugnada en vía administrativa se contempla la razón de decidir en los siguientes términos: *“ Al ser requeridos por fuerzas policiales, el día 21/08/2015 para proceder a su identificación y tras las actuaciones llevadas a cabo, se ha comprobado que no dispone de documento alguno que acredite la situación de estancia o residencia legal en España, además desconociéndose cuando y por donde efectuó su entrada en territorio español y si lo hizo por puesto habilitado”*

SEGUNDO.- La parte recurrente ejercita pretensión de nulidad de la actuación administrativa impugnada. Con carácter subsidiario se acuerde la sustitución de la expulsión por imposición de multa.

Las alegaciones en las que la parte recurrente fundamenta su pretensión impugnatoria consisten, en síntesis, en sostener la inexistencia de datos desfavorables que puedan justificar suficientemente la decisión adoptada por la Administración, falta de motivación y arraigo. Que la Administración vulnera el principio de proporcionalidad, pues la expulsión bien pudo ser sustituida por multa

El Abogado del Estado interesa la desestimación del recurso al entender que la resolución impugnada es conforme a Derecho en base a los propios fundamentos que contiene.

TERCERO.- La Resolución recurrida va precedida del oportuno procedimiento encontrándose el recurrente en situación irregular en España en el momento en que se produjo su detención. De conformidad al Art. 20 de la L.O 4/2000 los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetaren en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones, no derivándose del expediente administrativo en ningún caso que se haya producido indefensión.

CUARTO.- Según refiere la legislación aplicable es infracción grave; Art. 53. a) de la Ley Orgánica 4/2000 "*Encontrarse 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, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentario*". El artículo 55 del mismo cuerpo legal regula las Sanciones disponiendo que: 1. *Las infracciones tipificadas en los artículos anteriores serán sancionadas en los términos siguientes: a) Las*

infracciones leves con multa de hasta 300 Euros. b) Las infracciones graves con multa 301 hasta 6.000 Euros c) Las infracciones muy graves con multa desde 6.001 hasta 60.000 Euros.

El Artículo 57 de la Ley 4/00 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 art. 53 de esta Ley Orgánica , podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo.

La cuestión ha de ser analizada conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2.006, en cuyo Fundamento de Derecho QUINTO, literalmente dice: *“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. [Ha de significarse, en este punto, que la actual regulación del vigente Real Decreto 2.393/2.004, de 30 de diciembre, que ha venido a sustituir al Real Decreto 864/2.001, de 20 de julio, da un matiz diferente a la redacción de su artículo 138, que en su inciso primero determina, que “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 57.5 y 6 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, cuando el infractor sea extranjero y realice alguna o algunas de las conductas tipificadas como muy graves o conductas graves de las previstas en los párrafos a), b), c), d) y f) del artículo 53 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español”, circunstancia ésta que no viene sino a abundar en la teoría o doctrina mantenida por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 30 de junio de 2.006 transcrita]. 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 despreciar 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.”.

QUINTO.- Los preceptos citados ut supra deben ser igualmente interpretados a la luz de la reciente jurisprudencia de la Sala tercera del Tribunal Supremo sobre la aplicación del principio de proporcionalidad respecto de las sanciones en materia de extranjería y, en particular, la sentencia de 9 de marzo de 2007, Recurso de casación: 9887/2003, que en sus fundamentos de derecho establece: "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 la 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 la regulación expuesta cabe deducir: 1º. Que el encontrarse ilegalmente en España (una vez transcurridos los noventa días previstos en el artículo 30-1 y 2 de la Ley Orgánica 4/2000 , reformada por la Ley Orgánica 8/2000 , ya que durante los primeros noventa días no procede la expulsión sino la devolución), según el artículo 53 -a), y el encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida, según el artículo 53 -b) pueden ser sancionados o con multa o con expulsión.

La 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 vistos, 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, cuales son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción.

No obstante lo anteriormente expuesto, procede traer a colación la doctrina emanada del TJUE, Sala Cuarta, en sentencia de 23 de abril de 2015, al disponer:

“ 30 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.

31 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.

32 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 *Achughbaban*, 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.(....).

38 (....). Ahora bien, habida cuenta del objetivo que persigue esta Directiva, recordado en el apartado 30 de la presente sentencia, y de las obligaciones que imponen claramente a los Estados miembros los artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, de la misma Directiva, la citada compatibilidad no queda garantizada si la normativa nacional establece un sistema como el descrito en el apartado anterior de esta sentencia.

39 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 *Achughbaban*, C-329/11, EU:C:2011:807, apartado 33 y jurisprudencia citada).

40 De lo anterior se desprende que una normativa nacional como la controvertida en el procedimiento principal puede frustrar la aplicación de las normas y de los procedimientos comunes establecidos por la Directiva 2008/115 y, en su caso, demorar el retorno, menoscabando de este modo el efecto útil de dicha Directiva (véase, en este sentido, la sentencia *Achughbaban*, C-329/11, EU:C:2011:807, apartado 39).

(....)

*En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:
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 de Justicia ofrece una interpretación de la directiva 2008/115 de la que se deduce 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. Las autoridades nacionales han de tener en cuenta las excepciones previstas expresamente en la Directiva (artículo 5 del la Directiva 2008/115/CE): el interés superior del niño, la vida familiar o el estado de salud del interesado. Así pues, una vez adoptada la decisión de retorno, si el extranjero no ha respetado esta obligación, las autoridades nacionales están obligadas a adoptar todas las medidas necesarias para proceder a la expulsión del interesado todo ello en aplicación del principio de primacía del derecho de la Unión sobre la Ley española de extranjería, de tal modo que la Administración ya no podrá multar sino que habrá que expulsar al extranjero que éste en situación irregular en España salvo en los casos excepcionales previstos en la Directiva 2008/115/CE y, consiguientemente, los Tribunales españoles no podrán sustituir la sanción de expulsión por una multa”

En el supuesto sometido a enjuiciamiento la parte recurrente hace referencia a circunstancias de arraigo o de vida familiar toda vez vive con sus padres y hermano todos ellos familiares comunitarios como acredita, siendo que y dado la edad de la recurrente dichas circunstancias pueden justificar la sanción de multa en lugar de la expulsión por lo que en atención a la doctrina emanada del TJUE, Sala Cuarta, en sentencia de 23 de abril de 2015, siendo que en este punto procede

estimar el recurso interpuesto, toda vez aporta volante de empadronamiento, siendo cuenta con familiares directos sometidos a régimen comunitario.

Del mismo modo en relación a la falta de sello de entrada en el pasaporte el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-administrativo, viene señalando que no se considera suficiente este dato de la ausencia de entrada por puesto habilitado para la acordar la expulsión sino que han de concurrir otras circunstancias como puede ser la indocumentación total del extranjero. En Sentencia de dicho Tribunal de fecha 4 de septiembre de 2009 (recurso 115/2008 señala que: *“La sentencia recoge con toda precisión la doctrina que el Tribunal Supremo viene sentando desde principios del año 2006, en relación con la necesidad de que, en los casos de infracciones al art. 53.a de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero , de extranjería, y para hacer aplicación de la sanción de expulsión, en lugar de la de multa, debe motivarse expresamente, o al menos constar en el expediente administrativo de forma clara, que concurre alguna circunstancia adicional a la mera estancia ilegal que justifique suficientemente la medida. En este sentido, nos remitimos al fundamento jurídico segundo de la sentencia apelada.*

En la doctrina del Tribunal Supremo que se acaba de mencionar, no sólo se establece la anterior exigencia, sino que se hace un análisis, necesariamente casuístico y no limitado, de las circunstancias que se considera pueden justificar, precisamente, la adopción de la medida de expulsión en lugar de la de multa. Pues bien, es en este punto donde la sentencia, en el fundamento jurídico tercero, considera que, de acuerdo con las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de febrero y 21 de abril de 2006 , la falta de sello de entrada en el pasaporte del interesado, que pone de manifiesto una entrada clandestina en el territorio nacional, es causa suficiente que motiva la expulsión .

Ahora bien, a juicio de la Sala, el examen de las sentencias del Tribunal Supremo citadas por la de instancia pone de manifiesto que en ellas no se considera suficiente este dato de la ausencia de entrada por puesto habilitado para la expulsión, sino que las mismas se fundan, principalmente, en el dato de la indocumentación total del extranjero, en el sentido de carencia de cualquier documento que acredite la identidad y filiación, aunque desde luego además se

mencione la entrada clandestina, consecuencia obligada de la ausencia de documentación identificativa. Son estos casos de indocumentación total y falta de acreditación de la identidad y filiación los que primero destacó el Tribunal Supremo para considerar proporcionada la medida de expulsión, añadiendo posteriormente otros, tales como las diligencias penales, luego transformadas en condena firme, y otros; pero no nos consta que la mera ausencia del sello de entrada en el pasaporte que sí se posea (que es el caso que se da en el supuesto de autos) haya sido considerado motivo suficiente de expulsión, y desde luego posee poca relación de proporción con el caso de la indocumentación total y absoluta que el Tribunal Supremo contemplaba en las sentencias citadas. En cualquier caso, es lo cierto que la estancia ilegal en España puede producirse de dos formas: o bien por la entrada legal seguida de la ausencia de obtención de los permisos necesarios una vez transcurrido el período inicial, o bien por la entrada ilegal; que el segundo caso posea un plus de antijuridicidad que sea suficiente para motivar la expulsión no es cosa evidente a nuestro juicio - el carácter ilegal de la estancia es el mismo en ambos casos-, y desde luego los casos que el Tribunal Supremo viene considerando como suficientes poseen una entidad superior a la del supuesto en cuestión.

En consecuencia, procede estimar el recurso de apelación, debiéndose anular la medida de expulsión declarada por la Administración, declarando que sólo puede imponerse la sanción de multa, como reclama la parte; multa que, según hemos venido estableciendo en sentencias anteriores, y visto que no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes para el interesado, no podrá exceder de la cantidad de (...). Ante dicha fundamentación procede también estimar el recurso en este punto, al haberse acreditado las circunstancias antedichas.

SEXTO.- Sin costas conforme a lo dispuesto en el art. 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa conforme a la redacción dada por la Ley de Agilización Procesal aprobada en fecha 22 de septiembre de 2011.

F Bernal Abogados nº 9 13063105

Vistos los artículos citados y demás preceptos de pertinente y general aplicación este Tribunal dicta el siguiente

FALLO

QUE ESTIMANDO PARCIALMENTE EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 16 DE 2016 INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCION DE LA DELEGACION DEL GOBIERNO EN MADRID, DE FECHA 10 DE NOVIEMBRE DE 2015, QUE CONFIRMA LA RESOLUCION POR LA QUE SE ACUERDA LA EXPULSION DEL TERRITORIO ESPAÑOL POR UN PERIODO DE 3 AÑOS – EXPTE 2 - EN LO QUE SE REFIERE A LA SANCIÓN DE EXPULSIÓN IMPUESTA AL RECORRENTE, QUE DEBERÁ QUEDAR SIN EFECTO, SUSTITUYÉNDOSE ÉSTA POR LA DE MULTA EN SU CUANTIA MINIMA, MANTENIENDO EL RESTO DE LA RESOLUCIÓN EN SU INTEGRIDAD. SIN COSTAS.

Una vez firme la presente, remítase testimonio de la misma, con expresión de su firmeza, a la Administración demandada, con devolución del expediente administrativo, interesando el acuse de recibo.

Así, por esta mi sentencia, de la que se unirá certificación a los autos de su razón, lo pronuncio, mando y firmo D. Angel Mateo Goizueta, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo número Dieciséis de los de Madrid.