



**JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2
PALMA DE MALLORCA**

SENTENCIA: 00240/2015

N11600 JOAN LLUIS ESTELRICH N° 10 07003 PALMA

N.I.G: 07040 45 3 2013 0001473

Procedimiento: PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000299 /2013.

Sobre: PROCESOS CONTENCIOSOS-ADMINISTRATIVOS

De D/D*:

Letrado: ABOGADO DEL ESTADO

Procurador D./D*: SANTIAGO CARRION FERRER

Contra D./D* DELEGACIO GOVERN

Letrado: ABOGACÍA DEL ESTADO ISLAS BALEARES

Procurador D./D*

NOT. 3/06/2015
Trib. Apelación 26/06/2015

SENTENCIA N° 240/15

En Palma a cinco de junio de dos mil quince

María Reyes Cabañas Pulido, Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Palma de Mallorca ha pronunciado la siguiente Sentencia en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 299/2013 y seguido por los trámites del procedimiento abreviado, en el que se impugna la Resolución de la Delegación del Gobierno en las Islas Baleares de fecha 23 de septiembre de 2013, expediente número 070020130005484, por la que se impone la sanción de expulsión del territorio nacional con la consiguiente prohibición de entrada en España por tres años.

Son partes en dicho recurso: como demandante D. [Nombre], nacional de Ucrania, con [Nombre] Z, representado por el Procurador de los Tribunales Sr. Carrión Ferrer, asistido de Letrada Doña Margarita Palos Nadal y como demandada la DELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN LAS ISLAS BALEARES, representada por el Ilmo. Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha de 7 de enero de 2014, se presentó por el Procurador Sr. Carrión, escrito de demanda contra el acto administrativo arriba mencionado y en el que, tras las alegaciones de hecho y de derecho que estimó pertinentes, suplicó se dictara sentencia por la que se reconozca el derecho a la revocación de la expulsión del territorio nacional, solicitando su sustitución por la imposición de multa.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda y conferido traslado a la parte demandada, se reclamó el expediente administrativo y

fue entregado a la parte actora a fin de que efectuara las alegaciones que tuviera por convenientes en el acto de la vista, cuya celebración quedó fijada para el día 2 de junio de 2015.

TERCERO.- En el día y hora señalados, tuvo lugar la celebración de la vista en la que la parte recurrente se ratificó en su demanda. Concedida la palabra a la parte demandada ésta hizo las alegaciones que estimó oportunas, solicitando la desestimación de la demanda y oponiéndose a la misma en los términos que constan en las actuaciones. Todas las partes solicitaron el recibimiento del pleito a prueba remitiéndose a estos efectos al expediente administrativo. Tras el trámite de conclusiones quedaron finalizados los autos y vistos para sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso contencioso administrativo la Resolución de la Delegación del Gobierno en las Islas Baleares de fecha 23 de septiembre de 2013, expediente número [redacted] por la que se impone la sanción de expulsión del territorio nacional con la consiguiente prohibición de entrada en España por tres años.

Según relata el Sr. [redacted] fue detenido el 4/04/2013 por un presunto delito de malos tratos y por infracción grave de la ley de Extranjería por estancia irregular en territorio español. Afirmó hallarse en condiciones de solicitar una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo social. Solicita le sea sustituida la expulsión por multa.

SEGUNDO.- El Sr. Abogado del Estado en su contestación alegó, que los hechos constan en el expediente. Que la expulsión lo es por infracción grave del art. 53.1 a) de la LO 4/2000, al ser la estancia irregular causa de expulsión por aplicación del art. 57.1 Ley Extranjería, estando suficientemente motivada y proporcionada la resolución en los términos del art. 54 de la Ley 30/92.

Afirmó ser improcedente la sustitución de la expulsión por multa y que nada cabe objetar si la Autoridad competente considera aplicable la expulsión. Puntualizó el no existir arraigo, ni familiar, ni económico, ni social y no haber sido titular de ninguna residencia.

Invocó la Sentencia del TSJ de las Islas Baleares en supuestos de estar indocumentado. Así como la Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 2015, que por aplicación del principio de primacía, la Administración deberá aplicar la sanción de expulsión, en vez de multa cuando se declare la permanencia ilegal y que los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo deberán aplicar este criterio comunitario y considerar la expulsión como la medida adecuada y procedente

frente a la permanencia ilegal y la Sentencia del TSJ del País Vasco nº 235/2015 de 8/05/2015 que ya se ha pronunciado sobre aplicación directa de la Directiva.

TERCERO.- De conformidad El art. 57,1º, en la redacción dada por el art. un.59 de LO 2/2009 de 11 diciembre de 2009, ya precisa lo anterior al indicar: "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. 53.1 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 ."

Como así se expone en la Sentencia de 25 de junio de 2014 dictada por la Ilma. Sala de lo Contencioso Administrativo de nuestro Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, en su Fundamento de Derecho **SEGUNDO.- PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN MATERIA SANCIONADORA Y CORRELATIVA OBLIGACIÓN DE MOTIVAR LA IMPUESTA.**

"Admitido que la L.O. 4/2000 (en su redacción tras la L.O. 8/2000), prevé que ante las infracciones que se detallan en su art. 57.1 º "podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo", la duda radica en si este "podrá" implica el ejercicio de un derecho de opción o elección favor de la Administración, carente de cualquier control jurisdiccional.

En este punto, no cabe duda de que la idoneidad de la elección es verificable a través de las técnicas de control jurisdiccional, máxime cuando nos encontramos con una decisión dictada en el seno de un procedimiento administrativo sancionador en el cual, la elección afecta a la gravedad de la sanción.

Cuando la norma contempla dos sanciones posibles y una es más gravosa que otra -como ocurre en el caso en el que la sanción de expulsión lo es con respecto a la sanción económica-, la Administración debe realizar un juicio de proporcionalidad o de individualización de la sanción en atención a las circunstancias del infractor -criterio de prevención especial- y de la infracción misma -criterio de prevención general-. En definitiva, a la resolución sancionadora le es de plena aplicación lo previsto en el art. 131 de la Ley 30/1992 en cuanto que recoge el principio de proporcionalidad en materia sancionadora en el sentido de que la sanción aplicada deberá guardar la debida adecuación con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. El art. 20.2º de la Ley 4/2000 prevé que los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, por lo que la aplicación del art. 131 de la Ley 30/1992, es incuestionable."

El Tribunal Constitucional, en sus sentencias números 260/07 y 140/09 ha señalado que: "...la posibilidad prevista legalmente en el art. 57 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, de que en los casos de comisión de determinadas infracciones se puede imponer, en lugar de la pena de multa, la sanción de expulsión del territorio nacional, este Tribunal ha reiterado que la imposición de la sanción de expulsión no depende de la absoluta discrecionalidad de la Administración, sino que la ley establece unos presupuestos objetivos y subjetivos, así como unos criterios de aplicación que condicionan normativamente a la Administración, como son los previstos en el art. 55.3 de la Ley Orgánica 4/2000, al establecer criterios para la aplicación de dicha sanción, y en el art. 50 de esa misma norma, que remite a lo establecido en el art. 131 de la Ley 30/1992, en creación del principio de proporcionalidad y de los criterios de graduación de la sanción a aplicar en el curso de un procedimiento administrativo que deberá acomodarse a las exigencias del art. 20.2 de la citada Ley Orgánica 4/2000.

En la Sentencia dictada por la Ilma. Sala de lo Contencioso Administrativo de nuestro Tribunal Superior de Justicia en fecha 1 de abril de 2014 se expone "Una vez hechas las anteriores precisiones, debemos señalar que el ahora apelante, residente en España desde hacía varios años, como es pacífico, al igual que ha de serlo que hubo de entrar en su día en España o en territorio de la Unión Europea incluido en acuerdo sobre fronteras del que España forma parte, en definitiva, tuvo que hacerlo con pasaporte, siendo tan cierto que no lo ha presentado en este caso -ni en sede administrativa ni en sede jurisdiccional- como igualmente cierto es que tampoco figura que se le requiriera para hacerlo.

Con todo, supuesto que tuvo que entrar en su día con pasaporte y que en la actualidad no contaba con el mismo, sin embargo, siendo indudable que incurría en la infracción de estancia ilegal, no puede afirmarse que sea cierto que se encontrase indocumentado a la vista del documento de identidad presentado, documento que ya había sido tomado en cuenta y no rechazado por las autoridades españolas para dejar reflejada su identidad en el Libro de Familia que se le entregaría en su momento, como después ha servido de base para reflejar esa identidad sin expresar duda alguna tanto en sede administrativa como en las actuaciones seguidas en el Juzgado num. 2.

Y por otro lado, es necesario recordar que a la hora de imponer una sanción administrativa como la del caso no puede ser considerado como dato negativo -por incompatibilidad irreconciliable con la efectividad del derecho fundamental a la presunción de inocencia- ni la mera detención policial ni el inicio de actuaciones judiciales de índole penal ni la reclamación judicial por algún órgano jurisdiccional del orden penal"

CUARTO.- La infracción grave consistente en estancia ilegal - artículo 53.a. de la Ley Orgánica 4/00 se ha venido sancionando, en principio, con multa. Por otro lado, la

sanción de expulsión por la comisión de infracción grave de estancia ilegal precisa que la Administración motive de forma expresa por qué impone esa sanción más gravosa; y tal motivación ha de serlo sobre la base de que consten en el expediente las conductas o circunstancias del interesado que constituyan datos negativos de suficiente entidad para que, sumados a la estancia ilegal, permitan entender que la sanción de expulsión se encuentra justificada en cada caso.

Consta en los folios 1-4 del expediente administrativo, atestado instruido por un presunto de malos tratos en el ámbito familiar, figura el Sr. [redacted] como indocumentado. En primer lugar manifestó a los agentes llamarse [redacted].

En el Antecedente de hecho segundo de la resolución de 23 de septiembre de 2013 "no consta que hubiera solicitado u obtenido ninguna clase de autorización de estancia, residencia, residencia y trabajo ni cualquier otra documentación análoga que en la actualidad se encuentre en vigor"

Se hizo constar en la resolución recurrida, que fue detenido en tres ocasiones por infracción de la Ley de Extranjería y que por la detención de fecha 8/02/2007 por infracción a la citada Ley, fue objeto de un procedimiento de expulsión.

El dato negativo para acordar su expulsión por la Administración, es no tener ninguna autorización de estancia, residencia ni otra análoga que se encuentre en vigor; así como los tres antecedentes policiales.

Respecto a la solicitud de ser impuesta la sanción de multa. La Sra. Letrada de la parte actora sostuvo en conclusiones, que si bien es cierto la Sentencia del TJUE, así como la Directiva, considera que podría no ser de aplicación a su representado, al haber sido detenido en 2013. Invocó Sentencia del TSJ de Galicia.

Es de notoria importancia la Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 2015, en la que se expuso que en aplicación del principio de primacía, la Administración deberá aplicar la sanción de expulsión, en vez de multa cuando se declare la permanencia ilegal. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 23 de abril de 2015 concluye:

"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"

En la Sentencia dictada por la Sección 1ª del TSJ de Galicia, se dijo en su Fundamento Jurídico Quinto: (...) Resulta evidente que dicha doctrina comunitaria impide que pueda sustituirse la expulsión decretada por multa, pues en la reseñada sentencia TJUE se declara que la normativa y jurisprudencia española sobre expulsión del extranjero con permanencia ilegal no se ajusta a la Directiva 2008/115/CE del Parlamento y del Consejo, en cuanto se permite la sustitución de la expulsión del extranjero que permanece ilegal en territorio español por la medida de la multa. (...)

En consecuencia, el juego combinado del principio de confianza legítima y del principio de tutela judicial efectiva, nos lleva a que en el presente y singularísimo caso, en que al tiempo de tener lugar la vista oral del procedimiento abreviado ni se había dictado la Sentencia comunitaria citada ni tampoco las partes argumentaron los alegatos allí estimados (...)

Con pleno respeto a lo resuelto por la Sala de lo Contencioso del TSJ de Galicia, esta Juzgadora de forma prudente, no puede aplicar la Sentencia invocada al caso de autos. El pasado día dos de junio se celebró la vista oral del presente procedimiento y se invocó por el Sr. Abogado del Estado el ser aplicable al presente procedimiento la Sentencia comunitaria de 23 de abril de 2015 y el hecho de haberse dictado el 8/05/2015 Sentencia por la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ del País Vasco, en la que se estimó el recurso de apelación interpuesto por la Abogacía del Estado.

Por otro lado, la contradicción entre el ordenamiento español y el ordenamiento de la Unión Europea, se resuelve en aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, aplicando directamente el derecho europeo y desplazando el ordenamiento nacional, en virtud de la eficacia directa que al mismo reconoce una constante doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Es un hecho probado que el Sr. [redacted] se encontraba en situación de estancia ilegal. En aplicación del principio de primacía, la Administración deberá aplicar la sanción de expulsión.

En aplicación de la anterior doctrina de nuestro Tribunal Superior, se ha de desestimar el presente recurso contencioso administrativo. Se declara conforme a derecho la resolución impugnada.

QUINTO.- En aplicación del Art. 139.1 de la LJCA, no se hace especial pronunciamiento en costas.

En atención a lo expuesto, los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de su Majestad el Rey, por la autoridad que confiere la Constitución



FALLO

DESESTIMAR el recurso interpuesto por D. [redacted] nacional de [redacted], representado por el Procurador de los Tribunales Sr. Carrión Ferrer, frente a la Resolución de la Delegación del Gobierno en las Islas Baleares de fecha 23 de septiembre de 2013, expediente número [redacted] por la que se impone la sanción de expulsión del territorio nacional con la consiguiente prohibición de entrada en España por tres años.

Resolución que se declara conforme a derecho. No se hace especial pronunciamiento en costas.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndolas saber que contra la misma cabe recurso de apelación en dos efectos que deberá interponerse por escrito ante este mismo Juzgado dentro del plazo de quince días siguientes a su notificación y del que conocerá, en su caso, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares y previo pago de las correspondientes tasas previstas en la Disposición Adicional Decimoquinta la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará por testimonio a los autos de su razón definitivamente juzgando lo pronuncio, mando y firmo.