

Notif. 13/01/2015

**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO Nº 3 DE BILBAO**
**BILBOKO ADMINISTRATIOAREKIKO AUZIEN 3
ZK.KO EPAITEGIA**

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

Tel: 94-4016704
Fax: 94-4016990

N.I.G. P.V./ IZO EAE: 48.04.3-16/002284
N.I.G. CGPJ / IZO BJKN :48044.53.2-0160/002284
Proced.abreviado / Prozedura laburtua 152/2015

Demandante / Demandatzailea: FERNANDO [REDACTED]
Representante / Ordezkarla:

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

ACTUACION RECURRIDA / ERREKURRITUTAKO JARDUNA:
LA RESOLUCIÓN DE LA SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN BIZKAIA DE 11-05-2015 POR LA QUE SE ACUERDA DECRETAR LA EXPULSION DEL TERRITORIO NACIONAL POR UN PERIODO DE 10 AÑOS

CEDULA DE NOTIFICACION

En el recurso contencioso - administrativo de referencia, se ha dictado la resolución que a continuación se reproduce:

JAKINARAZPEN-ZEDULA

Aipatutako administrazioarekiko auzi-errekurtsuan, hurrengo ebazpena eman da:

SENTENCIA Nº 220/2015

En BILBAO (BIZKAIA), a treinta de diciembre de dos mil quince.

El/La Sr/a. D/ña. OLATZ AIZPURUA BIURRARENA, MAGISTRADO del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 3 de BILBAO (BIZKAIA) ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 152/2015 y seguido por el procedimiento Abreviado, en el que se impugna: LA RESOLUCIÓN DE LA SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN BIZKAIA DE 11-05-2015 POR LA QUE SE ACUERDA DECRETAR LA EXPULSION DEL TERRITORIO NACIONAL POR UN PERIODO DE 10 AÑOS.

Son partes en dicho recurso: como recurrente FERNANDO [REDACTED] y representado/a y dirigido/a por el Letrado/a ; como demandada SUBDELEGACION DE GOBIERNO EN VIZCAYA, representado/a y dirigido/a por el Letrado/a

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El demandante FERNANDO [REDACTED] interpone recurso contencioso-administrativo contra resolución de la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia de fecha 11-05-15 en la que se acuerda su expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada durante diez años.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se han seguido las disposiciones legales previstas para el procedimiento abreviado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone el presente recurso contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia, por la que se impuso al interesado la sanción de expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada por un periodo de años.

Alega el demandante que está casado con una ciudadana española y son padres de tres hijos menores de edad también españoles, que residen como núcleo familiar en el mismo domicilio y están empadronados en Bilbao desde el año 2007. Tiene antecedentes penales cancelados y únicamente está vigente la condena por la que actualmente está en prisión, de seis años y un día de prisión por delito contra la salud pública, pero su condición de padre de hijos menores de nacionalidad española debe prevalecer, por el interés de los menores y por ello, solicita que se revoque la expulsión, subsidiariamente solicita que se sustituya por multa.

SEGUNDO.- La Subdelegación del Gobierno en Bizkaia se opone al recurso porque consta que se halla en situación irregular desde el 23-10-13 fecha en la que se le denegó la autorización de residencia de larga duración, tiene antecedentes penales por varias condenas y en la actualidad se halla en prisión cumpliendo una condena de seis años y un día de prisión por delito contra la salud pública, impuesta en sentencia firme de 12-12-14.

TERCERO.- Marco normativo.

El art. 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX), tipifica como falta 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, siempre que el interesado no hubiese solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente.

El art. 55.1.b) LOEX sanciona las faltas graves con multa de 501 hasta 10.000 euros.

El art. 57.1 LOEX, establece: 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 configuren la infracción.

En la interpretación de estos preceptos, la doctrina jurisprudencial (SSTs de 28 de febrero de 2007, 27 de abril de 2007, 19 de julio de 2007, 9 de enero de 2008 entre otras) ha venido sosteniendo que encontrarse ilegalmente en España, por sí misma, es una conducta que infringe el art. 53.1-a) LOEX y es sancionable con multa y no con la sanción más grave de expulsión del territorio nacional prevista por el art. 57.1, si bien se aprecia que cuando concurren otras circunstancias o datos negativos, entre los que se incluyen la existencia de una previa orden de salida obligatoria incumplida, ignorarse cuando y por donde efectuó la entrada en España, disponer de documentación falsa, constar una previa prohibición de entrada, invocar una falsa nacionalidad, tales factores introducen un plus de gravedad en la conducta que justifica la expulsión.

No obstante, la sentencia de 23 de abril de 2015 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dando respuesta a la cuestión prejudicial planteada por la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del País Vasco, concluyó que la normativa nacional española anteriormente referida "puede frustrar la aplicación de las normas y 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". Y que "la Directiva 2008/115, en particular sus artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, en relación con su artículo 4, apartados 2 3, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una 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."

De acuerdo con dicho pronunciamiento, resulta contrario a la Directiva 2008/115 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, el marco legal resultante de la transposición efectuada por la LO 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. En concreto los arts. 53.1.a) LOEX que tipifica como falta grave "encontrarse irregularmente en territorio español"; 55.1.b), que sanciona dicha infracción con multa de 501 hasta 10.000 euros; 55.3, que obliga al órgano sancionador a ajustarse al principio de proporcionalidad; 57, que establece como mera posibilidad en atención al principio de proporcionalidad, la sanción de expulsión en lugar de la de multa; y la jurisprudencia que su interpretación establece que la sanción aplicable a la infracción de estancia irregular es la de multa, y que la imposición de la sanción de expulsión sólo procede en virtud del principio de proporcionalidad para los supuestos

en que además de la estancia irregular concurren otros factores negativos de los que hemos dejado constancia en el fundamento jurídico segundo.

En el presente caso, consta que a la fecha de dictarse la resolución recurrida, el recurrente se encontraba en situación irregular al carecer de permiso de residencia. También consta que desde el año 2006 ha sido condenado en varias ocasiones, teniendo los antecedentes penales cancelados, a excepción de la condena de seis años y un día de prisión, que está cumpliendo actualmente en prisión, por delito contra la salud pública, impuesta en sentencia firme del 12-12-14.

Junto a estos datos negativos que avalarían la sanción de expulsión, el recurrente ha acreditado que vive en España cuando menos desde el año 2006 con su esposa y tienen tres hijos menores de edad al tiempo de acordarse la expulsión; tanto su esposa como sus hijos adquirieron la nacionalidad española en el año 2013, forman un núcleo familiar, residen en el mismo domicilio, donde están empadronados desde el año 2007. Consta asimismo que durante su estancia en España de diez años, ha trabajado y cotizado a la Seguridad Social durante cinco años.

Estos datos, sobre los que no se pronuncia la resolución recurrida, revelan la existencia un arraigo en España familiar y laboral, pero fundamentalmente la existencia de hijos españoles menores de edad con los que convive, determina que deba prevalecer el interés de esos menores de vivir con su padre, frente al interés público que se recoge en la resolución administrativa.

Por ello, el recurso debe ser estimado y procede revocar la sanción de expulsión acordada en la resolución recurrida.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 139.2 de la Ley de la Jurisdicción, procede imponer las costas causadas a la parte demandada.

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

FALLO

ESTIMO el recurso contencioso-administrativo formulado por **FERNANDO [REDACTED]** contra resolución de la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia de fecha 11-05-15 en la que se acuerda su expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada durante diez años y, en consecuencia anulo la misma por no ser ajustada a Derecho.

Se imponen las costas a la parte demandada.