

**T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD
PALMA DE MALLORCA**

SENTENCIA: 00489/2020

N.I.G: 07040 45 3 2018 0000444

Procedimiento: AP RECURSO DE APELACION 0000207 /2019

Sobre PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

De D/ña. ~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~

Procurador: ANTONIA INIESTA ROZALEN

Contra D/ña. DELEGACION DE GOBIERNO DE LES ILLES BALEARS

Abogado: ABOGADO DEL ESTADO

APEL·LACIÓ

Rotlle Sala núm. 207 de 2019

Actuacions Jutjat núm. 1 PA 114/2018

SENTÈNCIA

Il·lès. Srs.

Palma, a 15 d'octubre de 2020

PRESIDENT:

Gabriel Fiol Gomila.

MAGISTRATS:

Pablo Delfont Maza.

Carmen Frigola Castellón. ----- VISTES per la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears el Rotlle d'apel·lació número 207 de 2019, dimanant de les actuacions número 114/2018 del Jutjat Contenciós Administratiu número 1 de Palma, tramitades pel procediment abreujat, seguit entre parts, d'una, com a apel·lant, ~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~ de nacionalitat colombiana, representat per la procuradora Sra. Iniesta Rozalen i assistit de l'advocat Sr. Ignacio Ribas, i, com a apel·lada l'Administració General de l'Estat, representat per la procuradora Sra. i dirigida pel seu Lletrat.

L'objecte del recurs és la resolució dictada per la Delegació del Govern a les Illes Balears, el dia 16 de febrer de 2018, acordant l'expulsió d'Espanya del Sr. [redacted] nacionalitat colombiana, amb la prohibició d'entrada per un període d'1 any.

La quantia es fixà en indeterminada.

El procediment seguit ha estat el del tràmit de l'apel·lació, previst a la Llei Jurisdiccional 29/1998.

L'Il·lm. Sr. Gabriel Fiol i Gomila, en qualitat de Magistrat ponent expressà el parer de la Sala.

= ANTECEDENTS DE FET =

1r.- El Jutjat número 1 de l'Ordre Contenciós Administratiu de Palma, el dia 12 d'abril de 2019, dictà la sentència núm. 80 on va desestimar el contenciós sense imposar les costes processals al recurrent.

2n.- Interposat el recurs d'apel·lació per part de la representació de la part actora, en el termini prefixat en la Llei Jurisdiccional de 1998, se li donà el tràmit processal adequat, oposant-se al mateix la direcció lletrada de la part demandada.

3r.- Per provisió s'assenyalà, per a la votació i decisió, el dia 15 de setembre de 2020.

FONAMENTS DE DRET

PRIMER.- Hem assenyalat a l'encapçalament, que la revisió jurisdiccional ho era de la la resolució dictada per la Delegació del Govern a les Illes Balears, el dia 16 de febrer de 2018, acordant l'expulsió d'Espanya del [redacted], de nacionalitat colombiana, amb la prohibició d'entrada per un període d'1 any.



La sentència núm. 80 del dia 12 d'abril de 2019, dictada pel Jutjat Contenciós Administratiu núm. 1 dels de Palma, va desestimar el contenciós. Desestimació que, no obstant, no va determinar la imposició de costes processals, donada, explicava la jutgessa d'instància, la naturalesa de la qüestió debatuda.

La resolució administrativa es va emparar, en la seva decisió, en el que considerava infracció greu de l'article 53.1.a) de la Llei Orgànica 4/2000. En concret:

“PRIMERO: El interesado fue detenido en fecha 07/09/2017 por funcionarios de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado sin documentación acreditativa de su identidad, por infracción grave a la Ley de Extranjería por estancia irregular en el territorio español. Así mismo, no portaba ninguna otra documentación que acreditara que se hallaba en España de forma regular.

SEGUNDO: Consultada la base de datos de la Dirección General de la Policía, no consta que nunca haya solicitado ninguna clase de autorización de estancia, residencia, residencia y trabajo ni cualquier otra documentación análoga. Por todo lo anterior, se procedió a iniciar el presente procedimiento sancionador por infracción del artículo 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. Dicho acuerdo de inicio fue debidamente notificado, presentando alegaciones en tiempo y forma. Las citadas alegaciones no vinieron a desvirtuar el contenido del acuerdo de iniciación, por lo que el contenido del acuerdo de incoación se reprodujo en la propuesta de resolución”.

L'apel·lació plantejada és, no hi cap dubte, una reiteració del que es digué a la demanda i que va merèixer la resposta de la jutgessa. És a dir, l'alternança de la sanció de multa i expulsió en funció de les circumstàncies concretes del cas i la falta de proporcionalitat i falta de motivació. Entén que és inaplicable la Directiva 2008/115/CE; inaplicació de la qual, clara està, en el seu parer, s'hagi d'entrar a valorar la proporcionalitat de la mesura.

SEGON.- La sentència apel·lada, en el 2n fonament de dret, va assenyalar:

“El esfuerzo argumentativo del letrado de la parte recurrente es loable; sin embargo, la cuestión ha sido zanjada por el propio Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-



administrativo, que con una claridad rotunda afirma en distintas sentencias (por todas sentencia núm.1817, de 18 de diciembre de 2018) “Debiendo proceder a dar respuesta a las cuestiones que constituyen el interés casacional objetivo, han de concluirse de la sentencia transcrita, conforme a la cual, de una parte, tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión a que se ha hecho referencia, no es posible que en aplicación de los artículos 53.1º.a), en relación con los artículos 55.1º.b) y 57.1º, todos ellos de la Ley Orgánica de Extranjería, no es posible optar entre la sanción de multa o expulsión, sino que ha de imponerse preceptivamente la de expulsión. De otra parte, en relación con la segunda de las cuestiones suscitadas en el presente recurso, conforme se razona en la sentencia transcrita anteriormente, debe concluirse que la mencionada doctrina es aplicable incluso a aquellos hechos que acontecieron con anterioridad a la fecha referida y a los procedimientos iniciados con anterioridad a la mencionada fecha de la sentencia”. Y respecto la aplicación directa de la Directiva, la misma sentencia también lo afirma y argumento en fundamento jurídico anterior al transcrito.

No se alega excepción alguna de las incluidas en los apartados 2 a 5 del artículo 6 de la Directiva 2008/115/CE, por lo que debe desestimarse la demanda”.

Nosaltres, el Tribunal, ja hem anat donant, fins ara, resposta a la present controvèrsia, *verbi gratia*, entre d’altres, a la sentència núm. 235 de 27 de maig de 2020, en el rotlle d’apel·lació 290 de 2019:

“El propio Tribunal Supremo ha modificado la doctrina jurisprudencial en que se basa el recurso de apelación en el sentido de interpretar que sí es de aplicación directa la Directiva 2008/115 que impone la expulsión ante la constatación de la estancia ilegal. Criterio al que debemos remitirnos.

Concretamente, la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2018 (ROJ: STS 2523/2018 - ECLI:ES: TS:2018:2523) dictada en el Recurso de Casación: 2958/2017 señala al respecto:

“(…)ha de estarse a la primacía del Derecho comunitario sobre el derecho interno, proclamada desde muy temprano por el Tribunal de Justicia en sentencia de 9 de marzo de 1978 (asunto Simmenthal, reiterada en otras muchas EU:C:1978:49 , apartados 21 y 24; de 22 de junio de 2010, Melki y Abdeli, C-188/10 y C-189/10 , EU:C:2010:363 , apartado 43, y de 4 de junio de 2015, Kernkraftwerke Lippe-Ems, C-5/14 , EU:C:2015:354 , apartado 32), en el sentido de

que «los jueces nacionales encargados de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, están obligados a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que estén obligados a solicitar o esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o mediante otro Procedimiento constitucional».

A ello ha de añadirse la vinculación de los Tribunales nacionales a la doctrina del Tribunal de Justicia en la interpretación del Derecho comunitario, como se desprende de la sentencia de 29 de septiembre de 2015, asunto C-276/14 , según la cual: «Se ha de recordar en ese sentido que, según jurisprudencia reiterada, la interpretación por el Tribunal de Justicia, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 267 TFUE , de una norma del Derecho de la Unión aclara y precisa el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el juez a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los tribunales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma (sentencia Balazs, C-401/13 y C-432/13, EU:C:2015:26, apartado 49 y jurisprudencia citada).»

Se desprende de ello, que el ordenamiento jurídico aplicable para la resolución del expediente abierto por la Administración sobre la situación irregular de la recurrente y su decisión por la resolución impugnada de 4 de abril de 2016, está constituido, como derecho interno, por los preceptos de la Ley Orgánica 4/2000 y, como derecho comunitario, por lo correspondientes preceptos de la Directiva 2008/115/CE, según la interpretación efectuada por el Tribunal de Justicia, todo ello anterior a los hechos valorados en la resolución impugnada, que se refieren a enero de 2016, de manera que ninguna objeción puede oponerse respecto del principio de legalidad y tipicidad en materia sancionadora, en cuanto la conducta imputada a la recurrente estaba definida perfectamente de manera previa en la normativa aplicable.”

(...)

La STS antes transcrita ya señala que ante la situación de extranjeros que incurran en conductas tipificadas como graves en el apartado a) del artículo 53.1 de la Ley Orgánica 4/2000 “lo procedente es decretar la expulsión del extranjero cuando concurra un supuesto de estancia irregular, salvo que concurra alguno de los supuestos de excepción previstos en los apartados 2



a 5 del artículo 6 de la Directiva retorno o, en su caso, de los supuestos del art. 5 que propicien la aplicación del principio de no devolución”. Y es evidente que en el caso no concurren tales excepciones”.

La situació ara, en canvi, està capgirada per la recent sentència de la Sala Sisena del Tribunal de Justícia, dictada el dia 8 d'octubre de 2020, en relació a les conseqüències d'aplicació de multa o bé expulsió i en l'anàlisi de quina és la legislació nacional més favorable per als interessats, a l'assumpte C-569/18. Sentència dictada a rel d'una petició de decisió prejudicial plantejada, de conformitat amb l'article 267 TFUE, pel Tribunal Superior de Justícia de Castilla-La Mancha, mitjançant interlocutòria de 11 de juliol de 2019. En els punts 36è i 37è de la sentència, el TJUE assenyala:

“Por lo tanto, si la normativa nacional que es de aplicación a MO en el litigio principal establece que, a los efectos de dicha normativa, la expulsión de los nacionales de terceros países que se encuentren en territorio español solo puede ordenarse si existen circunstancias agravantes en la persona de dichos nacionales, adicionales a su situación irregular, y esa misma normativa no puede interpretarse de conformidad con la Directiva 2008/115, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, el Estado miembro no podrá basarse directamente en dicha Directiva para, a los efectos de lo dispuesto en ella, adoptar una decisión de retorno respecto de MO y hacer cumplir esta aun cuando no existan circunstancias agravantes.

37 Habida cuenta de todos los razonamientos anteriores, ha de contestarse a la cuestión prejudicial planteada que la Directiva 2008/115 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, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, teniendo en cuenta que la segunda medida solo puede adoptarse si existen circunstancias agravantes en la persona de dichos nacionales, adicionales a su situación irregular, la autoridad nacional competente no podrá basarse directamente en lo dispuesto en la Directiva para adoptar una decisión de retorno y hacer cumplir dicha decisión aun cuando no existan circunstancias agravantes”.

En conseqüència, superada ja la doctrina inicial i retornant-se a la que hem transcrit en part, amb acceptació de la tesi del recurrent, arribem a l'estimació del recurs d'apel·lació per



la manca de motivació. Hem de revocar la sentència d'instància. L'acte administratiu és disconforme amb l'ordenament jurídic i cal estimar el contenciós interposat pel

...ao, de nacionalitat colombiana.

TERCER.- No es fa imposició de costes processals de conformitat amb l'article 139 de la Llei Jurisdiccional a cap de les dues instàncies; la segona per l'estimació de l'apel·lació i a la primera, en la mesura que el debat és jurídic i ha merescut interpretacions diverses

VIST els articles esmentats i d'altres disposicions de caràcter general

DECIDIM

PRIMER.- ESTIMAR el present recurs d'apel·lació contra la sentència número 80 de 12 d'abril de 2019 dictada pel Jutjat Contenciós Administratiu número 1 de Palma en el si de les seves actuacions 114/2018 tramitades pel procediment abreujat, la qual **REVOQUEM**.

SEGON.- ESTIMAR el recurs contenciós administratiu **anul·lant** l'acte administratiu impugnat per la seva disconformitat amb l'ordenament jurídic.

TERCER.- No es fa imposició de costes processals i es deixen sense efecte les imposades a la primera instància.

Contra la present, i conforme a la modificació operada per la Llei Orgànica 7/2015, de 21 de juliol, en quant afecta a la Secció 3era del Capítol III del Títol IV integrada pels articles 86 a 93 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la Jurisdicció Contenciosa Administrativa, hi cap recurs de cassació per a davant el Tribunal Suprem en el termini de 30 dies comptador des del següent a la notificació de la sentència amb la forma prevista als citats articles i amb més prenent-se en compte l'acord de la Sala de Govern del Tribunal Suprem de 26 d'abril de 2016, publicat que fou en el BOE núm. 162 de 6 de juliol de 2016.

Si el recurs hagués de fundar-se exclusivament en infracció de normes emanades de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, serà competent aquest Tribunal.