



Roj: **STSJ MU 1123/2015 - ECLI: ES:TSJMU:2015:1123**

Id Cendoj: **30030330022015100362**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Murcia**

Sección: **2**

Fecha: **14/05/2015**

Nº de Recurso: **45/2015**

Nº de Resolución: **374/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **LEONOR ALONSO DIAZ-MARTA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.MURCIA SALA 2 CON/ADMURCIA SENTENCIA: 00374/2015**

**ROLLO DE APELACIÓN núm. 45/2015**

**SENTENCIA núm. 374/2015**

**LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA**

**SECCIÓN SEGUNDA**

compuesta por los Ilmos. Srs.:

D. Abel Ángel Sáez Doménech

Presidente

D<sup>a</sup>. Leonor Alonso Díaz Marta

D<sup>a</sup>. Ascensión Martín Sánchez

Magistrados

ha pronunciado

**EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

**SENTENCIA nº 374/15**

En Murcia, a catorce de mayo de dos mil quince.

En el rollo de apelación nº 45/15 seguido por interposición de recurso de apelación contra la Sentencia número 301, de 24 de septiembre de 2014, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Murcia dictada en el procedimiento abreviado 302/13, en cuantía indeterminada, figuran como parte apelante Estanislao , representado por la Procuradora Flores Bernal y dirigido por el Letrado Sr. Avilés Martínez, y como parte apelada la Delegación del Gobierno de la Región de Murcia, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, sobre expulsión del territorio español y prohibición de entrada.

Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Leonor Alonso Díaz Marta, quien expresa el parecer de la Sala.

#### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**ÚNICO.-** Presentado el recurso de apelación referido, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Murcia lo admitió a trámite y después de dar traslado del mismo a la Administración demandada para que formalizara su oposición, remitió los autos junto con los escritos presentados a la Sala, que designó ponente



y acordó que quedaran los autos pendientes para dictar sentencia; señalándose para que tuviera lugar la votación y fallo el 30 de abril de 2015.

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia apelada estima parcialmente el recurso contencioso administrativo formulado contra el acuerdo de la Delegación del Gobierno de Murcia de 28 de junio de 2013, por el que se acuerda la expulsión del recurrente, de nacionalidad marroquí, del territorio español, prohibiéndole la entrada en España por un periodo de tres años, dictada en el expediente nº NUM000 , por infracción del art. 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000 , al carecer de documentación expedida por autoridades españolas que autorice su presencia en España, habiendo sido sancionado con anterioridad, el 15-07- 2008, a una multa económica de 700 , notificada el 22-04-2013 por la misma infracción, advirtiéndole de la necesidad de abandonar el territorio nacional en un plazo de 15 días, de conformidad con lo dispuesto en el art. 28.3.c) de la L.O. 4/2000 , en relación con el art. 24 del RD 557/2011, de 20 de abril .

Entiende el Juzgado, en cuanto a la alegación de falta de motivación de la resolución recurrida, que la medida de expulsión acordada viene autorizada en el art. 57.1 de la LO 4/2000 , como medida sustitutoria de la sanción de multa para las infracciones muy graves, o para las graves que en dicho prospecto se detallan, entre las que se encuentra la apreciada en la resolución objeto de este proceso, es decir, la estancia irregular en territorio español, si bien es preciso para que tal medida pueda considerarse correctamente acordada que la misma esté debidamente motivada. Trae a colación la sentencia del TS de 22 de diciembre de 2005 , cuyo contenido reproduce parcialmente. Y considera que aplicada tal doctrina al caso de autos, encuentra que al actor ya fue sancionando por estos mismos hechos en un expediente anterior, circunstancia que, unida a su estancia ilegal, determina que la expulsión haya sido acordada correctamente. Y ningún sentido tiene volver a imponer otra sanción de multa, que ya le fue impuesta en dos expedientes anteriores, al haberse demostrado la pertinaz actitud del recurrente que no ha abandonado voluntariamente el país ni ha realizó gestión alguna tendente a su regularización. Considera igualmente correcta la prohibición de entrada; pero atendiendo al tiempo que lleva en nuestro país y al resto de circunstancias concurrentes el periodo de prohibición de entrada considera que debe reducirse a un año.

El apelante basa su recuso en los siguientes fundamentos:

1.- Error en la valoración de la prueba documental obrante en el expediente administrativo y la acompañada con el escrito de demanda en cuanto a la concurrencia de las circunstancias de arraigo alegadas. Reitera lo dicho en los otros procesos, referido a las enormes circunstancias de arraigo que avalan la imposición de multa frente a la expulsión. El interesado sí ha llevado a cabo actuaciones para regularizar su situación en España, puesto que señaló el 31 de noviembre de 2013 como fecha para contraer matrimonio con Camino , ciudadana española; lo que es indicador de que el apelante está integrado en la sociedad española. Añade que tiene un hijo común con la anterior, de tres años de edad, como consta en el Libro de Familia, lo que otorgaría la autorización de residencia temporal con carácter de comunitario al progenitor desde el momento en que pueda estar a cargo de su hijo, como dispone el art. 124.3.a) del Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica de Extranjería .

2.- Reconocimiento judicial de la situación de arraigo en las medidas cautelares acordadas en el presente procedimiento. En la pieza de medidas cautelares nº 302/2013 se ha reconocido la situación de arraigo del recurrente, habiéndose acordado la suspensión del acto administrativo recurrido; la citada resolución reconoce que hay una acreditación, cuanto menos indiciaria, con los documentos acompañados con la demanda de la situación de arraigo del apelante, basada en la partida de nacimiento de su hijo y en la solicitud para contraer matrimonio; concluyendo que dicha situación de arraigo es digna de protección por lo que se accedió a la medida cautelar.

3.- Nulidad del procedimiento. Omisión de determinados actos de instrucción que prevé la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Tales omisiones constituyen nulidad de pleno derecho en virtud de lo establecido en el art. 62.1.a y e de la Ley 30/92 , por cuanto la Administración no ha instruido el procedimiento conforme a derecho.

El Sr. Abogado del Estado se opone el recurso de apelación por no alegarse razones o causas que desvirtúen la sentencia recurrida.

**SEGUNDO.-** Se aceptan los hechos y fundamentos de derecho de la sentencia apelada.

El motivo de la expulsión es encontrarse irregularmente en territorio español de conformidad con el art. 53.1a) de la L.O. 4/2000 . Ninguna duda hay de que el recurrente no se encontraba regularizado, y, además, con anterioridad había sido sancionado por infracción del art. 53.1a) de la Ley de Extranjería . En ese expediente



se dictó resolución de 15-07-2008, se le impuso una sanción de multa de 301 , notificada el 23-07-2008, por la misma infracción, y en fecha 17/03/2012 por la misma infracción, a una multa económica de 700 , notificada el 30/01/2012, advirtiéndole de la necesidad de abandonar el territorio nacional en un plazo de 15 días, según lo dispuesto en el art. 28.3 c) de la Ley Orgánica 4/2000 , además de que por sentencia de 4-05-2011 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 6, en el PA 522/2010 se le sustituyó la expulsión por multa de 600 . Por tanto, cuando el 15 de mayo de 2013 fue nuevamente detenido por infracción del art. 53.1 a) de la Ley de Extranjería y se inicia el nuevo expediente, ya era firme la resolución de 17-03-2012 y habían transcurrido más de 90 días, y, evidentemente, había incumplido la salida obligatoria del territorio español. Por ello, al carecer de autorización es por lo que se incoa el expediente de expulsión, pues señala actualmente el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, vigente desde el 30 de junio de 2011, en su artículo 24 al hablar de las salidas obligatorias (antes en el art. 158 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre ) lo siguiente:

*1. En los supuestos de falta de autorización para encontrarse en España, en especial por no cumplir o haber dejado de cumplir los requisitos de entrada o de estancia, o en los de denegación administrativa de solicitudes de prórrogas de estancia, de autorizaciones de residencia o de cualquier otro documento necesario para la permanencia de extranjeros en territorio español, así como de las renovaciones de las propias autorizaciones o documentos, la resolución administrativa dictada al efecto contendrá la advertencia al interesado de la obligatoriedad de su salida del país, sin perjuicio de que, igualmente, se materialice dicha advertencia mediante diligencia en el pasaporte o documento análogo o en documento aparte, si se encontrase en España amparado en documento de identidad en el que no se pueda estampar dicha diligencia.*

*No contendrán orden de salida obligatoria las resoluciones de inadmisión a trámite de solicitudes dictadas de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero .*

*2. La salida obligatoria habrá de realizarse dentro del plazo establecido en la resolución denegatoria de la solicitud formulada, o, en su caso, en el plazo máximo de quince días contado desde el momento en que se notifique la resolución denegatoria, salvo que concurran circunstancias excepcionales y se justifique que se cuenta con medios económicos suficientes; en tal caso, se podrá prorrogar el plazo hasta un máximo de noventa días. Una vez transcurrido el plazo indicado sin que se haya efectuado la salida, se aplicará lo previsto en este Reglamento para los supuestos a que se refiere el art. 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero .*

*3. Si los extranjeros a que se refiere este artículo realizasen efectivamente su salida del territorio español conforme a lo dispuesto en los apartados anteriores, no serán objeto de prohibición de entrada en el país y eventualmente podrán volver a España, con arreglo a las normas que regulan el acceso al territorio español...*

Por tanto, la Delegación de Gobierno tenía que aplicar lo dispuesto en el art. 53.1.a) citado, sin que procediera la sanción de multa, pues al hecho de encontrarse el apelante irregular en España, se unía la reincidencia en la infracción de la Ley de extranjería y el incumplimiento de salir de España que era para él obligatorio. Además en ningún momento aporta el apelante el libro de familia, ni consta que tenga un hijo menor de edad (la certificación literal del menor aportada no lo hace constar como hijo suyo). En estos supuestos, aunque en el caso anterior se le impusiera una multa, la única sanción justa es la expulsión, pues de otro modo a base de imponerle y satisfacer las multas, sin obtener la regularización, se estaría permitiendo la estancia irregular de forma permanente en nuestro país.

A todo lo anterior podemos añadir que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ante la cuestión prejudicial planteada por el TSJ del País Vasco, en sentencia de 23 de abril de 2015, recaída en el asunto C-34/2014 (**Zaizoune**), interpretando los artículos 6, apartado 1 y 8, apartado 1 en relación con el artículo 4 apartados 2 y 3, todos de la Directiva citada, ha declarado 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.*

De la fundamentación de esta sentencia se desprende que, con cita de asuntos precedentes (C-61/11 PPU, El Dridri y C- 329/11, Achughbabian), 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, y 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 una decisión de retorno (apartados 31 y 32).

En los apartados 33 a 35 razona la Sentencia citada que:

*Cuando se ha adoptado una decisión de retorno respecto a un nacional de un tercer Estado, pero éste no ha respetado la obligación de retorno, ya sea en el plazo concedido para la salida voluntaria, ya sea cuando no se ha fijado plazo alguno al efecto, el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2008/115 impone a los Estados miembros, con objeto de garantizar la eficacia de los procedimientos de retorno, la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para proceder a la expulsión del interesado, esto es, como dispone el artículo 3, punto 5, de la citada Directiva, el transporte físico del interesado fuera del Estado miembro (véase, en este sentido, la sentencia Achughbadian, C-329/11, apartado 35).*

Todo lo cual lleva a la Sala a confirmar la sentencia apelada y a considerar adecuada a derecho la resolución en su día recurrida.

**TERCERO.-** En razón de todo ello procede desestimar el recurso de apelación, confirmando la sentencia recurrida; con expresa imposición de costas a la parte apelante de acuerdo con lo dispuesto en art. 139.2 de la Ley Jurisdiccional .

En atención a todo lo expuesto, Y POR LA AUTORIDAD QUE **NO** S CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

## FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación nº 45/15, interpuesto por la representación procesal de Estanislao , contra la sentencia número 301, de 24 de septiembre de 2014, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Murcia dictada en el procedimiento abreviado 302/13, que se confirma íntegramente; con expresa imposición de las costas procesales causadas en esta instancia a la parte apelante.

Notifíquese la presente sentencia, que es firme al no darse contra ella recurso ordinario alguno.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.