



Roj: **STSJ PV 2133/2015 - ECLI: ES:TSJPV:2015:2133**

Id Cendoj: **48020330032015100417**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **3**

Fecha: **22/07/2015**

Nº de Recurso: **371/2014**

Nº de Resolución: **460/2015**

Procedimiento: **Recurso apelación Ley 98**

Ponente: **MARIA DEL MAR DIAZ PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN Nº 371/2014

SENTENCIA NUMERO 460/2015

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANIA

MAGISTRADOS:

D. JOSE ANTONIO GONZALEZ SAIZ

D^a. MARIA DEL MAR DIAZ PEREZ

En la Villa de Bilbao, a veintidós de julio de dos mil quince.

La Sección 3^a de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los/as Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra la sentencia dictada el 17 de marzo de 2014 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 3 de BILBAO (BIZKAIA) en el recurso contencioso-administrativo número 80/2013 .

Son parte:

- **APELANTE** : D. Pedro , representado por la Procuradora D^a. ZURIÑE GALARZA LOPEZ y dirigido por la Letrada D^a. SANDRA CORTES FERNANDEZ.

- **APELADO** : SUBDELEGADO DEL GOBIERNO EN BIZKAIA, representado y dirigido por el ABOGADO DEL ESTADO.

Ha sido Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D^a. MARIA DEL MAR DIAZ PEREZ.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por Pedro recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia .

SEGUNDO .- El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado al/a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación .

TERCERO .- Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se



señaló para la votación y fallo el día 21/7/2015, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

CUARTO .- Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Interpone recurso de apelación la Letrada Dña. Sandra Cortés Fernández en nombre de D. Pedro , contra la Sentencia nº 61/2014 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Bilbao, de fecha 17 de marzo de 2.014 , desestimatoria del recurso contencioso- administrativo número 80/2013, seguido por el procedimiento abreviado, formulado frente a la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia, de 1 de marzo de 2.013, por la que se desestima el recurso de reposición formulado frente a la Resolución de 3 de enero de 2.013, que acuerda la expulsión del territorio nacional al amparo del art. 53.1.a de la LOEx, con prohibición expresa de entrar nuevamente en España durante el periodo de tres años.

La Sentencia apelada confirma la sanción de expulsión impuesta, razonando en el fundamento de Derecho Cuarto, así:

<< Habrá de analizarse, si además de la permanencia ilegal del demandante que no se discute, constan en el expediente sancionador otros datos negativos que hagan merecedor al extranjero de la sanción de expulsión, datos negativos que constituirían, en su caso, la motivación de la opción por la expulsión y no por la multa pecuniaria.

*En el supuesto analizado por la Sentencia del Tribunal Supremo antes citada, a la permanencia ilegal en España del actor se unía la circunstancia de que no sólo se encontraba irregularmente en España, sino que consta en el expediente que el demandante tiene antecedentes policiales ya que como se señala en el acta de denuncia consultadas las bases de datos de la DGP, consta una detención de la Policía Autónoma en fecha 30 de julio 2012, por delito de malos tratos en el ámbito **familiar**, tales antecedentes que no han sido negados por el recurrente, son un dato negativo sobre la conducta de este, que suponen un plus de gravedad que justifica la expulsión y también la prohibición de entrada en España por un periodo de tres años.*

*Alega el recurrente que tiene una hija en España, nacida en España, pero no se acredita que mantenga relación de afectividad, ni siquiera de ayuda económica, con su hija española. Esto evidencia que no sea de aplicación lo recogido en el art. 2 del Real Decreto 240/2007 , puesto que si bien este Real Decreto "se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los **familiares** de ciudadano de otro Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando le acompañen o se reúnan con él, que a continuación se relacionan: d) A sus ascendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada que vivan a su cargo, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja"; pues falta un requisito esencial, como es que viva su cargo. No aporta medio alguno de vida el aquí recurrente, por lo que mal puede contribuir al bienestar de su hija.>>*

SEGUNDO .- En el recurso de apelación D. Pedro , interesa la revocación de la sentencia de instancia con declaración de nulidad de la sanción de expulsión impuesta, alegando errónea valoración de la prueba por parte de la Juzgadora de instancia.

Sostiene al efecto que no ha sido tenida en cuenta la residencia en territorio nacional durante más de 10 años de toda su familia, compuesta por los dos progenitores, dos hermanos y una hija, todos ellos con permiso de residencia y de trabajo o con trámites avanzados (uno sólo); extremos que fueron ampliamente acreditados. Por lo que la expulsión produciría desarraigo **familiar**.

Que en la actualidad se encuentra desempleado, siendo su familia quien le mantiene.

Que con su hija mantiene relación de afectividad, que debe presuponerse sin necesidad de prueba.

Por otra parte, alega que una detención no supone por sí sola la culpabilidad, ni los antecedentes policiales son válidos para justificar la expulsión pues con ello se suprimiría el principio general de presunción de inocencia; correspondiendo a la Administración demostrar la derivación de aquellos en antecedentes penales.

TERCERO .- El Abogado del Estado se opone al recurso, interesando su desestimación, a la vista de que la sentencia de instancia sigue la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de esta Sala, constando en el expediente administrativo que el actor se encontraba en situación de irregular en nuestro país, a lo que se añade la existencia de antecedentes policiales por malos tratos en el ámbito **familiar** de fecha 30 de julio de 2.012, no acreditando carecer de antecedente penales, ni situación de **arraigo** social o laboral que justifique su



permanencia en España, ni disponer de medios de vida necesarios y suficientes que garanticen su estabilidad económica.

Por lo que, como bien dice el Juzgador a quo, la Administración ni ha desconocido el principio de proporcionalidad ni ha dejado de exponer las razones por las que acordó la expulsión del ciudadano extranjero en España.

CUARTO .- La jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida en Sentencia de 22 de diciembre de 2.005 (recurso de casación 3743/2002),y en otras posteriores y concordantes, señala que en los casos en los que la comisión por la persona extranjera de la infracción del artículo 53.a) de la Ley Orgánica 4/2000 trae causa, pura y simplemente, de la permanencia ilegal en territorio español, sin otros hechos negativos, el alcance proporcionado de la sanción se corresponde con la sanción principal o básica de multa, si bien se aprecia que cuando concurren otras circunstancias o datos negativos, tales factores introducen un plus de gravedad en la conducta que justifica la expulsión.

Y así se interpreta textualmente que:

"A) Tratándose de supuestos en que la causa de expulsiones, pura y simplemente, la permanencia ilegal, o la realización de una actividad profesional sin haber obtenido las autorizaciones pertinentes, 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 tales comportamientos, en principio, como veíamos, se sancionan con multa.

"B) Pero en los supuestos en que en el expediente administrativo consten, además de la permanencia ilegal o la realización sin las debidas autorizaciones de una actividad profesional, 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."

En el caso, la sanción de expulsión por infracción del art. 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, se impone al ahora apelante por encontrarse irregularmente en territorio español, al carecer de autorización de residencia o documento análogo que autorice su estancia legal en España y por la tenencia de un antecedente por malos tratos.

Sin embargo, tal antecedente es policial, sin que haya procedido la Administración sancionadora a la averiguación de cuál fue el resultado del mismo, pues cabe la posibilidad de que el antecedente policial no desembocara en actuaciones judiciales o éstas finalizaran sin condena, por lo que tal antecedente por sí mismo no resulta relevante contra el apelante, con lo cual la resolución sancionadora no incorporaba el plus, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, suficiente para motivar la imposición de la sanción de expulsión.

Tampoco tiene en cuenta la resolución sancionadora, el **arraigo familiar** que se acredita en vía administrativa, a saber: el recurrente convive en Bilbao, con sus padres y dos hermanos y con su hija menor de edad Raimunda (nacida en Bilbao de nacionalidad brasileña), según acredita con el volante de empadronamiento del Ayuntamiento de Bilbao de 30 de agosto de 2.012; parte de los miembros de la familia son residentes legales (madre y uno de los hermanos); ya en el recurso contencioso, se acredita la residencia legal del padre y de la hija del recurrente; circunstancias de las que tampoco se hace mención en la sentencia apelada.

Siendo que, ante dicha convivencia, el extranjero tiene una protección frente a la expulsión derivada del **arraigo familiar** que acredita.

Situados, por tanto, en el terreno de la ponderación, tenemos, por una parte, la estancia ilegal y una situación **familiar** del extranjero en nuestro país que no ha sido controvertida; no estando, por ello fundada la imposición de la sanción de expulsión a D. Pedro .

Llegados a este extremo, la aplicación al caso de la Sentencia de 23 de abril de 2.015 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que dio respuesta a la cuestión prejudicial formulada por esta Sala en Auto de 17 de diciembre de 2.013, impone la directa anulación de la resolución sancionadora al descartarse la posibilidad de la sanción de multa; expresándose la Sentencia en los siguientes términos:

<<29 Resulta del auto de remisión que, con arreglo a la normativa nacional controvertida en el procedimiento principal, tal como es interpretada por el Tribunal Supremo, la situación irregular de los nacionales de terceros países en territorio español puede ser sancionada exclusivamente mediante una multa, que es incompatible con la expulsión del territorio nacional, medida esta que sólo se acuerda si existen circunstancias agravantes adicionales.

30A 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.

31Como indica el apartado 35 de la sentencia *El Dridi* (C-61/11PPU, 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.

32En 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 *Achughbajian*, 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. Arsenio se encuentre en una de las situaciones contempladas en dichos apartados.

33Asimismo, ha de señalarse 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, al transporte físico del interesado fuera del Estado miembro (véase, en este sentido, la sentencia *Achughbajian*, C-329/11, EU:C:2011:807, apartado 35).

34Por otra parte, debe recordarse que tanto del deber de lealtad de los Estados miembros como de las exigencias de eficacia recordadas en particular en el considerando 4 de la Directiva 2008/115, se deriva que la obligación impuesta a los Estados miembros por el artículo 8 de la citada Directiva de proceder a la expulsión, en los supuestos mencionados en el apartado 1 de ese artículo, debe cumplirse lo antes posible (véase la sentencia *Sagor*, C-430/11, EU:C:2012:777, apartado 43 y jurisprudencia citada).

35De ello se deriva que una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal no responde a las manifiestas exigencias impuestas por los artículos 6, apartado 1 , y 8, apartado 1, de la Directiva 2008/15 .

36La facultad de los Estados miembros de establecer excepciones, en virtud del artículo 4, apartados 2 y 3, de la Directiva 2008/115 , a las normas y procedimientos regulados en ésta no puede desvirtuar dicha conclusión.

37Así, respecto a las disposiciones pertenecientes al acervo comunitario en materia de inmigración y de asilo que resulten más favorables para el nacional de un tercer país, contempladas en el apartado 2 de dicho artículo, es preciso señalar que ningún precepto de dicha Directiva ni ninguna disposición de un acto perteneciente al acervo comunitario permiten establecer un sistema que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de un Estado miembro, imponga, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entresí.

38En cuanto al apartado 3 del mismo artículo, debe señalarse que la facultad de establecer excepciones que contiene está supeditada al requisito de que las disposiciones más favorables para las personas incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115, adoptadas o mantenidas por los Estados miembros, sean compatibles con dicha Directiva. 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.

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

40De 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 *Achughbajian*, C-329/11, EU:C:2011:807, apartado 39).

41En atención a las consideraciones anteriores, debe responderse a la cuestión planteada que la Directiva 2008/115, 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 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 entresí.>>

En el caso, pese a no concurrir ninguno de los supuestos de los apartados 2 a 5 del art. 6 de la Directiva 2008/115, en los términos establecidos en el art. 4.2 de dicha Directiva y conforme a las disposiciones del acervo comunitario en materia de inmigración y asilo, se impone la protección del "derecho a la vida **familiar**" derivado de los arts. 8.1 CEDH y 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, como elemento relevante para apreciar la existencia de **arraigo** en el territorio determinante de la prevalencia de tales vínculos frente al interés general en que se lleve a cabo la expulsión de quien carezca de permiso o autorización de residencia.

Acreditado en el supuesto litigioso la convivencia del apelante con sus padres, hermanos e hija, en su mayor parte residentes legales en España o en proceso de serlo, es decir, probada la existencia de intereses de relevancia constitucional y comunitaria de protección a la familia que pudieran verse en peligro a consecuencia de la expulsión de D. Pedro, sin que en este concurra otro dato negativo que el de la estancia irregular, procede anular la sanción de expulsión impugnada y con ello revocar la sentencia de instancia.

QUINTO .- Sin expresa imposición de costas en ambas instancias - art. 139.2 de la Ley de la Jurisdicción -.

Y es por los anteriores fundamentos jurídicos, por los que este Tribunal emite el siguiente

III. FALLO

PRIMERO .- ESTIMAR EL RECURSO DE APELACIÓN NÚMERO 371 DE 2.014, INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN PROCESAL DE D. Pedro, CONTRA LA SENTENCIA N° 61/2014 DICTADA POR EL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N° 3 DE BILBAO, DE FECHA 17 DE MARZO DE 2.014, QUE REVOCAMOS.

SEGUNDO .- ESTIMAR EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NÚMERO 80/2013, SEGUIDO POR EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO, INTERPUESTO POR D. Pedro FRENTE A LA RESOLUCIÓN DE LA SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN BIZKAIA, DE 1 DE MARZO DE 2.013, POR LA QUE SE DESESTIMA EL RECURSO DE REPOSICIÓN FORMULADO CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 3 DE ENERO DE 2.013, QUE ACUERDA LA EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL AL AMPARO DEL ART. 53.1.A DE LA LOEX, CON PROHIBICIÓN EXPRESA DE ENTRAR NUEVAMENTE EN ESPAÑA DURANTE EL PERIODO DE TRES AÑOS, QUE ANULAMOS.

TERCERO .- SIN COSTAS EN AMBAS INSTANCIAS.

Devuélvanse al Juzgado de procedencia los autos originales y el expediente administrativo para la ejecución de lo resuelto, junto con testimonio de esta sentencia.

Esta sentencia es firme y contra la misma no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.