



Roj: **STSJ MU 2135/2015 - ECLI: ES:TSJMU:2015:2135**

Id Cendoj: **30030330012015100753**

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

Sede: **Murcia**

Sección: **1**

Fecha: **25/09/2015**

Nº de Recurso: **58/2015**

Nº de Resolución: **791/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **INDALECIO CASSINELLO GOMEZ-PARDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.MURCIA SALA 1 CON/ADMURCIA SENTENCIA: 00791/2015

ROLLO DE APELACION núm. 58/2015

SENTENCIA núm. 791/2015

LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA

SECCION PRIMERA

Compuesta por los Ilmos. Sres.:

Dña. María Consuelo Uris Lloret

Presidenta

D. Indalecio Cassinello Gómez Pardo

D. José M^a Pérez Crespo Payá

Magistrados

Ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA nº 791/15

En Murcia, a veinticinco de septiembre de dos mil quince.

En el rollo de apelación nº 58/2015 seguido por interposición de recurso de apelación contra la sentencia nº 185/14, de veintisiete de mayo, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4 de Murcia, dictada en el recurso contencioso administrativo nº 753/2011, tramitado por las normas del procedimiento abreviado, en cuantía indeterminada, en el que figuran como parte apelante DOÑA Melisa, representada por la Procuradora Doña Rita Ramírez Bueno y asistida por el Letrado Don Germán Ramírez Bueno, y como parte apelada la Delegación del Gobierno de Murcia representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, sobre expulsión y prohibición de entrada en España; siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Indalecio Cassinello Gómez Pardo, quien expresa el parecer de la Sala

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO .- Presentado el recurso de apelación referido, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4 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 Sala, la cual designó



Magistrado ponente y acordó que se oyera a las partes sobre la interpretación de la Directiva 2008/115/CE, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de nacionales de terceros países en situación irregular, lo que efectuaron en tiempo y forma en el sentido que consta en autos, señalándose para la votación y fallo el día 18/9/2015.

II.- FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO .- La sentencia apelada desestima el recurso contencioso administrativo formulado por el recurrente contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Murcia de 7/10/2011 que acuerda la expulsión de DOÑA Melisa con prohibición de entrada en España durante 6 años, por infringir el art. 53.1. a) de la L.O. 4/2000, reformada por L.O. 8/2000, sobre derechos y libertades de los Extranjeros en España y su integración social, por encontrarse irregularmente en territorio nacional por carecer de documentación expedida por las autoridades españolas que autorice su presencia en España y constarle antecedentes policiales.

Entiende el Juzgado de instancia que no procede sustituir la sanción de expulsión por la de multa habida cuenta de que el apelante no había intentado regularizar su situación en España, que carece de **arraigo** y medios lícitos de vida.

Alega el apelante para fundamentar el recurso de apelación que el acuerdo de expulsión carece de motivación y que vulnera el principio de proporcionalidad.

La Administración apelada en su escrito de oposición al recurso de apelación solicita la confirmación de la sentencia recurrida por sus propios argumentos.

SEGUNDO .- No se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada al venir referidos al artículo 57.2 de la L.O. 4/2000 que no resultan de aplicación.

Partiendo de lo anterior, los hechos que motivan la expulsión de la recurrente (encontrarse irregularmente en territorio nacional por carecer de documentación expedida por las Autoridades españolas que autorice su presencia en España), están claramente tipificados como infracción grave en el artículo 53.1. a) de la Ley 4/2000 en la redacción dada por Ley 8/2000.

Sentado lo precedente procede examinar ahora si la sanción de expulsión impuesta es o no proporcionada y a este respecto se debe traer a colación la reciente Sentencia nº 415/2015, de fecha 22/6/2015, dictada por esta Sala en el recurso de apelación nº 30/2015, en la que en su fundamento de derecho "Cuarto" y "Quinto" se decía:

"Sobre la proporcionalidad de la sanción de expulsión aplicada en este caso, se venía interpretando por la jurisprudencia que, conforme a lo dispuesto en el artículo 57.1 de la Ley Orgánica 4-2000 en relación con el artículo 53.1 letra a), tras la reforma operada en virtud de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, la sanción tipo para esta infracción era la de multa y que, para aplicar la expulsión, era preciso que concurrieran otras circunstancias acumulativas y negativas a la mera permanencia en territorio nacional sin contar con autorización de residencia o estancia. Este, por otra parte, era el criterio jurisprudencial, a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Diciembre del dos mil cinco de la Sección Quinta de la Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo - Ponente: Fernández Valverde, Rafael- y reiterado por otras posteriores.

Como hechos o circunstancias que constituirían motivación suficiente para imponer la sanción de expulsión en vez de la multa, se venían considerando por el propio Tribunal Supremo, entre otras, estar indocumentado el extranjero y por tanto sin acreditar su identificación y filiación, ignorarse cuándo y por dónde entró en territorio español (sentencias de 23 de octubre y 5 de julio de 2007); constar una previa prohibición de entrada (sentencia de 4 de octubre de 2007) o haberse dictado con carácter previo a la expulsión una orden de salida obligatoria del territorio nacional que tendría que haberse hecho efectiva sin haber intentado legalizar su situación en España (sentencia de 22 de febrero de 2007).

En cambio, en relación con los antecedentes policiales, el Tribunal Supremo ya, en la Sentencia de 29 de septiembre de Septiembre del dos mil seis, vino a proclamar que "si la Administración sancionadora quiere fundar en esas actuaciones policiales o judiciales la expulsión que decreta (en lugar de la multa) ha de averiguar cuál fue su resultado y dejar constancia de ello en el expediente administrativo, pues en otro caso, seguirá inmotivada la elección de la expulsión". Dicho criterio fue reiterado por otras sentencias de treinta y uno de enero y siete de febrero del dos mil siete.

Y, en tal sentido, no se podía compartir el criterio adoptado por la juzgadora de instancia, cuando tomó en consideración como dato negativo la existencia de unos antecedentes policiales para reputar proporcionada la sanción de expulsión, cuando se desconocía cuál había sido el resultado definitivo de estas y, el mismo podía ser jurídicamente irrelevante para el sancionado. De otro lado, consta incorporado junto con la demanda copia de su pasaporte y volante de empadronamiento, lo que descartaba que pudiera reputarse indocumentado, de tal



forma, que con arreglo a la doctrina que venía manteniendo esta Sala era procedente la sustitución de la sanción de expulsión por la de multa.

Sin embargo, debe resaltarse, tal y como se dio oportunidad a las partes para que alegaran, que la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 23 de abril del dos mil once, asunto (C-38/14), dictada a instancias de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la interpretación de la Directiva 2008/115/CE, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, y la posible colisión de tal interpretación con la configuración por la Ley española de Extranjería de las sanciones de expulsión y multa. En ella se declara 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".

Y, en esta sentencia, en sus considerandos treinta a cuarenta y uno se razona lo siguiente:

30.- A 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.

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

32.- En 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 Achughbadian, 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. Nemesio se encuentre en una de las situaciones contempladas en dichos apartados.

33.- Asimismo, 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 Achughbadian, C-329/11, EU:C:2011:807, apartado 35).

34.- Por 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).

35.- De 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.

36.- La 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.

37.- Así, 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 entre sí.

38.- En 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.

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

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

41.- En 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 entre sí."

A la vista de aquella sentencia y del principio de interpretación conforme al Derecho comunitario de la normativa interna (sentencia Van Munster de 5 de Octubre de 1994 (C-195/1991), de 5 de Octubre de 1994 y la sentencia Marleasing, C-106/89, de 13 de noviembre de 1990) no van a poder los Tribunales Españoles acordar la sustitución de la sanción de expulsión por la de multa, sino que debe adoptar una resolución de retorno, a salvo que concurra alguno de los supuestos excepcionales previstos en los apartados 2 a 5 del artículo 6 de la citada Directiva 2008/115/CE y, en consecuencia, ya no cabía la solución que se venía adoptando hasta ahora de sustituir aquella sanción de expulsión por la de multa.

En el artículo 6 de la citada Directiva 2008/115/CE, bajo la rúbrica de Decisión de retorno, tras proclamar, en su número primero que los "Estados miembros dictarán una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio" agrega que "sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5". Dichos apartados excluyen de la posibilidad de adoptar de la decisión de retorno, a los siguientes:

"2. A los nacionales de terceros países que se encuentren en situación irregular en el territorio de un Estado miembro y sean titulares de un permiso de residencia válido u otra autorización que otorgue un derecho de estancia expedido por otro Estado miembro se les exigirá que se dirijan de inmediato al territorio de dicho Estado miembro. En caso de que el nacional de un tercer país de que se trate no cumpla esta exigencia, o si fuera necesaria su salida inmediata por motivos de orden público o de seguridad nacional, se aplicará el apartado 1.

3. Los Estados miembros podrán abstenerse de dictar una decisión de retorno contra un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio si otro Estado miembro se hace cargo del mencionado nacional en virtud de acuerdos o convenios bilaterales vigentes en la fecha de entrada en vigor de la presente Directiva. En ese caso, el Estado miembro que se haya hecho cargo del nacional de un tercer país de que se trate aplicará el apartado 1.

4. Los Estados miembros podrán, en cualquier momento, decidir conceder a un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio un permiso de residencia autónomo u otra autorización que otorgue un derecho de estancia por razones humanitarias o de otro tipo. En este caso no se dictará ninguna decisión de retorno. De haberse ya dictado, se revocará la decisión de retorno o se suspenderá durante el periodo de validez del permiso de residencia o de otra autorización que otorgue un derecho de estancia.

5. Si el nacional de un tercer país que se halla en situación irregular en el territorio de un Estado miembro tiene pendiente un procedimiento pendiente de renovación del permiso de residencia u otra autorización que otorgue el derecho de estancia, el Estado miembro considerará la posibilidad de abstenerse de dictar una decisión de retorno hasta que finalice el procedimiento pendiente, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6".

Se trata, por tanto, de cuatro supuestos, a saber:

1) Los nacionales de terceros países que se encuentren en situación irregular en el territorio de un Estado miembro y sean titulares de un permiso de residencia válido u otra autorización que otorgue un derecho de estancia expedido por otro Estado miembro.



2) Si, en virtud de acuerdos o convenios bilaterales vigentes en la fecha de entrada en vigor de la Directiva, un Estado miembro se hace cargo de un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en el territorio de otro Estado miembro.

3) La concesión a un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio de un permiso de residencia autónomo u otra autorización que otorgue un derecho de estancia por razones humanitarias o de otro tipo.

4) El nacional de un tercer país que se halla en situación irregular en el territorio de un Estado miembro que tiene pendiente un procedimiento que a su vez pende de renovación del permiso de residencia u otra autorización que otorgue el derecho de estancia.

Junto a estos, el artículo 5 de la citada Directiva, sobre no devolución, interés superior del niño, vida **familiar** y estado de salud de la citada Directiva establece que, al aplicar la presente Directiva, los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta: a) el interés superior del niño; b) la vida **familiar**; c) el estado de salud del nacional de un tercer país de que se trate, y respetarán el principio de no devolución.

(...)

QUINTO.- En relación con el retorno, el artículo 7.1, dispone que "la decisión de retorno establecerá un plazo adecuado, cuya duración oscilará entre siete y treinta días, para la salida voluntaria, sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 y 4 y, en este último apartado establece que "si existiera riesgo de fuga, o si se desestimara una solicitud de permanencia legal por ser manifiestamente infundada o fraudulenta o si la persona de que se trate representara un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional, los Estados miembros podrán abstenerse de conceder un plazo para la salida voluntaria, o podrán conceder un periodo inferior a siete días", lo cual debe vincularse con lo previsto en el artículo 8, sobre expulsión, que establece, en su número primero, que los "Los Estados miembros tomarán todas las medidas necesarias para hacer cumplir la decisión de retorno cuando no se haya concedido un plazo para la salida voluntaria de conformidad con el artículo 7, apartado 4, o cuando no se haya cumplido con la obligación de retorno dentro del plazo para la salida voluntaria concedido de conformidad con el artículo 7" y, es en relación con estos supuestos donde el artículo 11 contempla la prohibición de entrada.

En la Directiva se utilizan las expresiones de "retorno", "decisión de retorno", "expulsión" y "salida voluntaria", dando en el artículo tres, definición de cada uno de estos. Así por "retorno", se entiende el proceso de vuelta de un nacional de un tercer país, bien sea en acatamiento voluntario de una obligación de retorno, bien de modo forzoso a: su país de origen, o un país de tránsito con arreglo a acuerdos de readmisión comunitarios o bilaterales o de otro tipo, u - otro tercer país al que el nacional de un tercer país decida volver voluntariamente y en el cual será admitido; la "decisión de retorno" se entiende como una decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial por el que se declare irregular la situación de un nacional de un tercer país y se imponga o declare una obligación de retorno; la "expulsión", como la ejecución de la obligación de retornar, es decir, el transporte físico fuera del Estado miembro; y finalmente la "salida voluntaria" es el cumplimiento de la obligación de retorno en el plazo fijado a tal efecto en la decisión de retorno.

En nuestro derecho interno, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de abril, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su artículo 28, tras declarar en su número primero que "las salidas del territorio español podrán realizarse libremente, excepto en los casos previstos en el Código Penal y en la presente Ley", recoge los supuestos en que la salida se configura con carácter obligatorio y estos son: a) Expulsión del territorio español por orden judicial, en los casos previstos en el Código Penal; b) Expulsión o devolución acordadas por resolución administrativa en los casos previstos en la presente Ley; c) Denegación administrativa de las solicitudes formuladas por el extranjero para continuar permaneciendo en territorio español, o falta de autorización para encontrarse en España y d) Cumplimiento del plazo en el que un trabajador extranjero se hubiera comprometido a regresar a su país de origen en el marco de un programa de retorno voluntario.

En desarrollo de este precepto el artículo 24 del Reglamento de la Ley Orgánica aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, establece que la resolución denegatoria de la autorización de residencia o prórroga de estancia contendrá la advertencia al interesado de la obligatoriedad de su salida del país, añadiendo, en su número segundo que "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 (...). 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".



TERCERO .- A la luz de lo expuesto, en el caso que nos ocupa, la resolución recurrida acordaba la expulsión del recurrente, prohibiéndole la entrada en España por un período de 6 años por estancia irregular y constarle antecedentes policiales.

Sin embargo, lo que debe examinarse es si el recurrente pudiera encontrarse en alguna de las excepciones que se contemplaban en el artículo 6 de la Directiva, o en alguno de los supuestos de no devolución a que se refiere el artículo 5 de la misma y examinado el expediente administrativo y la prueba practicada en autos la respuesta ha de ser positiva toda vez que consta aportado libro de familia y certificación literal de nacimiento que acreditan que la recurrente tiene un hijo nacido en España el día el día NUM000 /2009, siendo éste fruto de su relación de pareja con Don Luis Antonio , natural de Paraguay, con el que al menos ha venido conviviendo desde el 20/10/2009 hasta el día 10/3/2010 según resulta de los volantes de empadronamiento colectivo aportados, circunstancias que impiden acordar su retorno a su país de origen, según el artículo 5 de la citada Directiva por lo que procede estimar su recurso y anular la Sentencia apelada y la Orden de expulsión recurrida.

CUARTO.- En razón de todo procede estimar íntegramente el recurso de apelación sin que proceda hacer imposición de costas en ninguna de las instancias (art. 139.2 de la Ley Jurisdiccional en su redacción vigente a la fecha de la interposición de la demanda).

En atención a todo lo expuesto, y por la autoridad que nos confiere la Constitución de la Nación Española,

FALLAMOS

Estimar el recurso de apelación interpuesto por DOÑA Melisa contra la sentencia nº 185/2014, de veintisiete de mayo, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4 de Murcia, dictada en el recurso contencioso administrativo nº 753/2011 , que se revoca, anulando la orden de expulsión recurrida por no ser conforme a derecho, declarando de oficio las costas de ambas instancias.

Notifíquese la presente sentencia, que es firme al no darse contra ella recurso ordinario alguno, y devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia con testimonio de la presente resolución.

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