



Roj: **STSJ AND 3390/2016 - ECLI: ES:TSJAND:2016:3390**

Id Cendoj: **18087330012016100312**

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

Sede: **Granada**

Sección: **1**

Fecha: **29/04/2016**

Nº de Recurso: **141/2014**

Nº de Resolución: **1211/2016**

Procedimiento: **CONTENCIOSO - APELACION**

Ponente: **JESUS RIVERA FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN PRIMERA**

**ROLLO DE APELACIÓN NÚMERO 141/2014**

**SENTENCIA NÚM. 1211 DE 2016**

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

PRESIDENTE

DON JESÚS RIVERA FERNÁNDEZ

MAGISTRADOS

DON MIGUEL PEDRO PARDO CASTILLO

DOÑA CRISTINA PÉREZ PIAYA MORENO

---

En la ciudad de Granada, a veintinueve de abril de dos mil dieciséis.

Visto por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, constituida para el examen de este caso, ha pronunciado la siguiente sentencia en el rollo de apelación número 141/2014, dimanante del procedimiento abreviado número 20/2012, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de los de Almería, de cuantía indeterminada, siendo parte apelante **DON Hilario**, representado por el Procurador de los Tribunales Don Modesto Berbel Rubia, y dirigido por la Letrada Doña Eva María Alonso Díaz; y parte apelada, la **ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN ALMERÍA**, representada y dirigida por el Sr. Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Don JESÚS RIVERA FERNÁNDEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

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

**PRIMERO.-** En el mencionado procedimiento, tramitado ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo citado, se dictó sentencia en fecha 30 de abril de 2013, interponiéndose frente a dicha resolución recurso de apelación dentro de plazo.

**SEGUNDO.-** Tras ser admitido por el Juzgado, se dio traslado a las demás partes personadas para que en el plazo de quince días formularan su oposición al mismo, presentándose por la parte apelada el escrito de impugnación de dicho recurso.



**TERCERO.-** Elevadas las actuaciones a esta Sala, se formó el oportuno rollo, se registró, se designó Ponente, y, al no haberse practicado prueba, ni celebrado vista o conclusiones, se declararon concluidas las actuaciones para dictar la resolución procedente.

**CUARTO.-** Se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso el día referido en las actuaciones, en que efectivamente tuvo lugar.

**QUINTO.-** En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Es objeto de impugnación en el presente recurso de apelación la sentencia de fecha 30 de abril de 2013, dictada por el Juzgado de lo contencioso administrativo número 1 de los de Almería, por la que se desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por el recurrente apelante frente a la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Almería, de fecha 21 de octubre de 2011, que ordenó la expulsión del **extranjero** apelante, por la comisión de la infracción tipificada en el 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, por carecer de la documentación necesaria que acredite su estancia legal en España.

**SEGUNDO.-** El apelante, nacional de Marruecos, que ya pidió en su demanda la sustitución de la sanción de expulsión por la de multa, fundamenta su recurso de apelación, en síntesis, en la falta de motivación y en la infracción del principio de proporcionalidad al imponer la sanción más grave de expulsión en lugar de la de multa.

La parte apelada replica aduciendo que la sentencia apelada es ajustada a derecho.

**TERCERO.-** La sentencia apelada, para desestimar el motivo sustentado en la inaplicación de la sanción de multa en lugar de la de expulsión por la comisión de la precitada infracción grave, argumenta, en su fundamento jurídico segundo, in fine, que, aun siendo cierto que al **extranjero** demandante la sanción de expulsión acordada por resolución de 20 de octubre de 2009 le fue sustituida por la de multa por resolución de 25 de febrero de 2010, ello "... no introduce variación alguna ni en el objeto del presente procedimiento, ni en la valoración que conduce a su resultado, toda vez que la sustitución anterior de orden de expulsión por multa (ajena al presente recurso y sobre la que no cabe pronunciarse), en nada empece para que la expulsión acordada en la resolución aquí recurrida sea conforme a derecho".

Esta Sala, haciendo aplicación de la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, había sostenido que, según la recta interpretación que, de los artículos 55.1 y 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000 hacía el Alto Tribunal, la sanción principal que, en los supuestos de comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 53.1 del mismo cuerpo legal, debía imponer era la pecuniaria de multa, por ser la principal prevista, y, subsidiariamente, la de expulsión. Y que, para castigar la estancia irregular en nuestro país con la sanción secundaria de expulsión, era preciso que la Administración, para no vulnerar el principio de proporcionalidad, motivase específicamente esta sanción, exteriorizando la concurrencia en el **extranjero** de circunstancias, antecedentes o hechos que, razonablemente, pudieran reputarse como negativos, lo que podría entenderse colmado ora porque así se expresara en la propia resolución que la impusiera ora porque aquéllos -los hechos o antecedentes negativos, se entienden- constasen en el propio expediente administrativo. Por tanto, la regla general, por la comisión de la precitada infracción administrativa, era la imposición de la sanción de multa y, excepcionalmente y siempre que estuviera motivada, la secundaria de expulsión.

En efecto, la cuestión había sido objeto de tratamiento por el Tribunal Supremo. Así, en la sentencia de la Sección Quinta de la Sala Tercera, de fecha 30 de junio de 2006 (recurso de casación número 5101/2003; ponente, Excmo. Sr. Don Pedro José Yagüe Gil), en su fundamento jurídico quinto, con motivo de la aplicación indebida del artículo 57-1 de la Ley Orgánica 4/2000, aducida por el Sr. Abogado del Estado sobre la base de que, del simple examen del expediente administrativo se deduce la motivación adecuada de la resolución que se impugna, señala que, "en la Ley Orgánica 7/85, de 1 de julio, la expulsión del territorio nacional no era considerada una sanción, y así se deduce de una interpretación conjunta de sus artículos 26 y 27, al establecerse como sanción para las infracciones de lo dispuesto en la Ley la de multa y prescribirse que las infracciones que den lugar a la expulsión no podrían ser objeto de sanciones pecuniarias. Quedaba, pues, claro en aquella normativa que los supuestos en que se aplicaba la multa no podían ser castigados con expulsión. La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (artículos 49 -a), 51-1-b) y 53-1), en regulación mantenida por la reforma operada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (artículos 53 -a), 55-1-b) y 57-1), cambia esa concepción de la expulsión, y prescribe que en el caso de infracciones muy graves y graves de las letras a), b), c), d) y f) del artículo 53 "podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español", e introduce unas previsiones a cuyo tenor "para la graduación de las sanciones, el órgano competente en



imponerlas (sic) se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad, y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia". De esta regulación se deduce: 1º.- Que el encontrarse ilegalmente en España (una vez transcurridos los noventa días previstos en el artículo 30-1 y 2 de la Ley 4/2000, reformada por la Ley 8/2000 ya que durante los primeros noventa días no procede la expulsión sino la devolución), repetimos ese encontrarse ilegalmente en España, según el artículo 53 -a), puede ser sancionado o con multa o con expulsión. No sólo se deduce esto del artículo 53 -a) sino también del artículo 63-2 y 3, que expresamente admite que la expulsión puede no ser oportuna ( artículo 63-2) o puede no proceder ( artículo 63-3), y ello tratándose, como se trata, del caso del artículo 53-a), es decir, de la permanencia ilegal. Por su parte, el Reglamento 864/2001, de 20 de julio, expresamente habla de la elección entre multa o expulsión, pues prescribe en su artículo 115 que "podrá acordarse la expulsión del territorio nacional, salvo que el órgano competente para resolver determine la procedencia de la sanción de multa", (Dejemos de lado ahora el posible exceso del Reglamento, que, en este precepto y en contra de lo dispuesto en la Ley, parece imponer como regla general la expulsión y como excepción la multa). Lo que importa ahora es retener que, en los casos de permanencia ilegal, la Administración, según los casos, puede imponer o bien la sanción de multa o bien la sanción de expulsión. 2º.- En el sistema de la Ley la sanción principal es la de multa, pues así se deduce de su artículo 55-1 y de la propia literalidad de su artículo 57-1, a cuyo tenor, y en los casos, (entre otros) de permanencia ilegal, "podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio nacional", 3º.- En cuanto sanción más grave y secundaria, la expulsión requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal, ya que ésta es castigada simplemente, como hemos visto, con multa. Según lo que dispone el artículo 55-3, (que alude a la graduación de las sanciones, pero que ha de entenderse que resulta aplicable también para elegir entre multa y expulsión), la Administración ha de especificar, si impone la expulsión, cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y, en general, añadimos nosotros, cuáles son las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la expulsión y prohibición de entrada, que es una sanción más grave que la de multa. 4º.- Sin embargo, resultaría en exceso formalista despreciar esa motivación por el hecho de que no conste en la resolución misma, siempre que conste en el expediente administrativo. En efecto: A) Tratándose de supuestos en que la causa de expulsión es, pura y simplemente, la permanencia ilegal, 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 la permanencia ilegal, en principio, como veíamos, se sanciona con multa. B) Pero en los supuestos en que en el expediente administrativo consten, además de la permanencia ilegal, 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 mismo sentido, las sentencias de la misma Sección Quinta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, tres de ellas de fechas 10 de febrero de 2006 (recursos de casación números 2600/2003, 6969/2003 y 6691/2003; ponente, Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil) y 21 de abril de 2006 (recurso de casación número 1448/2003; ponente, Excmo. Sr. Don Pedro José Yagüe Gil).

Más tarde, la sentencia de la Sección Quinta de la Sala Tercera del Alto Tribunal, de fecha 28 de junio de 2007 (recurso número 10265/2003; ponente, Excmo. Sr. Don Mariano de Oro Pulido y López), confirma la citada doctrina y hace exégesis de la normativa sancionadora en materia de extranjería. Así, señala que <<la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (artículos 49 -a), 51-1-b) y 53-1), en regulación mantenida por la reforma operada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (artículos 53 -a), 55- 1-b) y 57-1), cambia esa concepción de la expulsión, y prescribe que en el caso de infracciones muy graves y graves de las letras a), b), c), d) y f) del artículo 53 "podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español", e introduce unas previsiones a cuyo tenor "para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerlas (sic) se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad, y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia".

De esta regulación se deduce:

1º.- Que el encontrarse ilegalmente en España (una vez transcurridos los noventa días previstos en el artículo 30-1 y 2 de la Ley 4/2000, reformada por la Ley 8/2000 ya que durante los primeros noventa días no procede la expulsión sino la devolución), repetimos ese encontrarse ilegalmente en España, según el artículo 53 -a), puede ser sancionado o con multa o con expulsión. No sólo se deduce esto del artículo 53 -a) sino también del artículo 63-2 y 3, que expresamente admite que la expulsión puede no ser oportuna (artículo 63-2) o puede no proceder (artículo 63-3), y ello tratándose, como se trata, del caso del artículo 53 -a), es decir, de la permanencia ilegal.

Por su parte, el Reglamento 864/2001, de 20 de julio, expresamente habla de la elección entre multa o expulsión, pues prescribe en su artículo 115 que "podrá acordarse la expulsión del territorio nacional, salvo que el órgano competente para resolver determine la procedencia de la sanción de multa", (Dejemos de lado ahora el posible exceso del Reglamento, que, en este precepto y en contra de lo dispuesto en la Ley, parece imponer como regla general la expulsión y como excepción la multa). Lo que importa ahora es retener que, en los casos de



permanencia ilegal, la Administración, según los casos, puede imponer o bien la sanción de multa o bien la sanción de expulsión.

2º.- En el sistema de la Ley la sanción principal es la de multa, pues así se deduce de su artículo 55-1 y de la propia literalidad de su artículo 57-1, a cuyo tenor, y en los casos, (entre otros) de permanencia ilegal, "podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio nacional",

3º.- En cuanto sanción más grave y secundaria, la expulsión requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal, ya que ésta es castigada simplemente, como hemos visto, con multa. Según lo que dispone el artículo 55-3, (que alude a la graduación de las sanciones, pero que ha de entenderse que resulta aplicable también para elegir entre multa y expulsión), la Administración ha de especificar, si impone la expulsión, cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y, en general, añadimos nosotros, cuáles son las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la expulsión y prohibición de entrada, que es una sanción más grave que la de multa.

4º.- Sin embargo, resultaría en exceso formalista despreciar esa motivación por el hecho de que no conste en la resolución misma, siempre que conste en el expediente administrativo.

En efecto:

A) Tratándose de supuestos en que la causa de expulsión es, pura y simplemente, la permanencia ilegal, 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 la permanencia ilegal, en principio, como veíamos, se sanciona con multa.

B) Pero en los supuestos en que en el expediente administrativo consten, además de la permanencia ilegal, 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">> .

El esclarecido criterio jurisprudencial ha sufrido un cambio radical con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 23 de abril de 2015 (Asunto C-38/14 ), que ha supuesto un punto de inflexión a partir del cual la solución jurídica que hay que arbitrar en los supuestos de comisión de la infracción, de carácter grave, tipificada en el artículo 53.1 a) de la Ley Orgánica 4/2000 , es, justamente, la contraria, esto es, que la sanción principal, en aplicación de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento y del Consejo, es la de expulsión y la secundaria y excepcional, la de multa.

El artículo 6 de la indicada Directiva, que regula la "Decisión de retorno", establece

"1. Los Estados miembros dictarán una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio, sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5.

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.

6. La presente Directiva no impedirá a los Estados miembros adoptar una decisión sobre la finalización de la situación regular, unida a una decisión de retorno y/o de expulsión y/o a una prohibición de entrada, en una única





*decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial, si así lo dispone su legislación nacional, sin perjuicio de las garantías procedimentales previstas en el Capítulo III y otras disposiciones pertinentes del Derecho comunitario y nacional" .*

La mencionada sentencia europea, de forma clara, considera que no se ajusta a la Directiva 2008/115/CE del Parlamento y del Consejo, la normativa española en materia de extranjería que permite la sustitución de la expulsión del **extranjero** que permanece ilegal en territorio español por la medida de multa. Y así el Tribunal Europeo parte de señalar 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"* , y concluye afirmando que *"la Directiva (...) 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 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"* .

Esta Sala, al igual que cualquier autoridad administrativa o institucional del Estado español, está obligada a hacer aplicación del Derecho Comunitario en la interpretación que, del mismo, hace el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la medida en que España, como miembro de la Unión Europea, ha de acatar el ordenamiento jurídico comunitario, integrado en el concepto más global de *"acervo comunitario"* , es decir, el conjunto de reglas y normas por las que se rigen los países signatarios del Tratado de la Unión Europea, habiendo contribuido el TJCE a garantizar el proceso integrador mediante la unívoca declaración de la prevalencia del Derecho Comunitario sobre cualquier ordenamiento nacional de los Estados miembros que sea contrario al mismo. Ello se ha hecho, fundamentalmente, a través de dos principios generales del Derecho Comunitario, extraídos, en una hermeneusis sistemática y teleológica del Tratado y del resto de sus fuentes (Reglamento, Decisión y Directiva): el de eficacia directa y el de primacía del Derecho Comunitario. La eficacia directa, que es una característica relativa, significa que las normas comunitarias deben desplegar, por sí mismas, plenitud de efectos de manera uniforme en todos los Estados miembros, a partir de su entrada en vigor y durante toda la duración de su validez y se funda en el carácter objetivo de los Tratados. La primacía del Derecho Comunitario, es una característica absoluta y una condición existencial de las propias Comunidades Europeas, y ha de entenderse, según el TJCE, como la capacidad que tiene el Derecho Comunitario para imponerse por sí mismo: es la voluntad misma de los Estados la que da origen a los Tratados (y los actos de las Instituciones tienen su origen en los mismos) y esa voluntad común tiene que prevalecer sobre las voluntades particulares, pues, si el Derecho Comunitario tuviera que ceder ante normas constitucionales, legislativas o administrativas nacionales, no podría existir.

El TJCE ha mantenido esos dos principios en su jurisprudencia, prácticamente, de modo uniforme, debiéndose destacar las sentencias que pueden considerarse pioneras en esa materia. Por lo que se refiere al principio de eficacia directa, destacamos la sentencia *Van Gend en Loos* , de fecha 5 de febrero de 1963 , que aceptó que las normas de los Tratados pueden producir efectos jurídicos (derechos y obligaciones) inmediatos, por sí mismas, sin precisar de normas nacionales para su aplicación o sin que éstas sean un obstáculo para su aplicación, siendo de resaltar, por su carácter novedoso, el principio que destaca relativo a que los particulares pueden hacer valer ante los jueces nacionales y éstos deben asegurar el respeto a las obligaciones asumidas por los Estados en los Tratados y proteger los derechos individuales. Por lo que hace a la primacía del Derecho Comunitario, es obligado citar la sentencia del caso *Costa c. ENEL* , de fecha 15 de julio de 1964 , que tuvo en cuenta que las Comunidades están dotadas de poderes efectivos tanto en el plano interno como externo, ***"que emanan de una limitación de competencias o transferencias de los Estados a la Comunidad"*** , atribución que entraña una limitación definitiva en determinados ámbitos de sus derechos soberanos a favor del ordenamiento jurídico comunitario, por lo que no puede prevalecer una norma nacional posterior sobre esos derechos definitivamente transferidos. De otro modo, ***"las obligaciones contraídas en el tratado constitutivo de la Comunidad no podrían ser incondicionales, sino solo eventuales si pudieran ser puestas en causa por actos legislativos futuros de los signatarios"*** . También en relación con este segundo principio comunitario, es menester invocar la importantísima sentencia del TJCE dictada en el caso *Simmenthal* , de fecha 9 de marzo de 1978 , en la que remarcó, por un lado, que la norma comunitaria ***"hace inaplicable de pleno derecho, desde su entrada en vigor, toda disposición contraria de la legislación nacional"*** , y, por otro, que la vigencia de la norma comunitaria ***"impide la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que fueran incompatibles con las normas comunitarias"*** , imponiendo al juez nacional, en el caso de que se adoptase una norma nacional incompatible con una norma comunitaria, ***"la obligación de aplicar, íntegramente, el derecho comunitario, y de proteger los derechos que éste confiere a los particulares, dejando sin aplicación, si fuere necesario, en virtud de su propia autoridad, toda disposición contraria de la ley nacional, ya sea anterior o posterior a la norma comunitaria, sin que para ello hay de pedir o esperar su previa eliminación por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional"*** .



Como decimos, no es necesario esperar a la derogación del susodicho artículo 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000, pues, a tenor de lo expuesto, la Sala debe hacer inaplicación del mismo, y, en todo caso, cabe que, en aplicación del principio de interpretación conforme al Derecho Comunitario de la normativa interna ( sentencia *Van Munster*, de 5 de octubre de 1994 -C- 195/1991 - y la sentencia *Marleasing*, C-106/1989, de 13 de noviembre de 1990 ), la administración o los jueces españoles reserven la aplicación de la multa o consideren procedente la expulsión cuando se verifique alguna de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5 del art. 6.1 de la Directiva "Decisión de Retorno ": posesión de autorización de estancia expedido por otro Estado miembro; asunción del **extranjero** por otro Estado miembro; "razones humanitarias o de otro tipo" que lleven a conceder un permiso de residencia autónomo u otra autorización"; suspensión del procedimiento de expulsión si está pendiente la renovación del permiso de residencia u otra autorización.

Pues bien, el examen del expediente administrativo revela que, conforme al nuevo criterio impuesto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la sanción con expulsión del **extranjero** por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 53.1 a) de la Ley Orgánica 4/2000, no se conforma con la denominada " Directiva de Retorno", ya que sí aparece acreditado que el **extranjero** está incurso en alguna de las excepciones enumeradas en los apartados 2 a 5 del artículo 6.1 de la misma, concretamente en las contempladas en los apartados 4 y 5. En efecto, el citado apartado 4 no sólo prevé que se pueda autorizar la estancia en nuestro país por razones humanitarias, sino que, con un cierto grado de discrecionalidad, remite a la concurrencia de razones "... de otro tipo", en cuya hipótesis podemos subsumir el hecho de que el **extranjero** cuya expulsión se decretó por la Administración reside en España, al menos, desde el año 2005, como lo corroboran tanto el informe de inserción social como toda la documentación adjunta al escrito de demanda (folios 17 y siguientes de las actuaciones procesales), existiendo otras circunstancias que enervan el hecho negativo de hallarse, en la actualidad, de forma irregular en nuestro país, como es el hecho de que la denegación de la autorización de residencia por arraigo solicitada por el recurrente en fecha 14 de abril de 2010 se fundara en que el contrato de trabajo aportado se refería a la contratación como peón agrícola, lo que, a juicio de la Administración, no aseguraba la continuidad de la relación laboral, inferencia ésta equivocada y que ha sido rectificadas, reiteradamente, por esta Sala (vid. documentos 4 de los acompañados con la demanda; folio 28 de las actuaciones procesales).

Pero es que, así bien, concurre en el **extranjero** la excepción prevista en el apartado 5 de la tan nombrada Directiva, cual es la pendencia de resolución de una solicitud de autorización solicitada por el **extranjero** cuya salida ha acordado, indebidamente, la Administración. Y es que, efectivamente, como se colige del documento número 5 de la demanda (folio 30 de las actuaciones procesales), consta un requerimiento de documentación de la Administración dirigido al **extranjero** recurrente en relación con su solicitud de autorización temporal por circunstancias excepcionales presentada el día 9 de septiembre de 2011, en el expediente número NUM000 ; concretamente, se le requiere la aportación del documento acreditativo de que la empresa garantiza la solvencia necesaria y el informe de vida laboral, debiendo la Sala dejar constancia, aunque sólo sea *obiter dicta*, de que el primero de los aludidos requerimientos es de todo punto improcedente, pues, como hemos declarado hasta la saciedad, no puede trasladarse al **extranjero** solicitante la carga de probar la solvencia de la empresa contratante en los supuestos en que la autorización es solicitada personalmente por el **extranjero** y no por el empresario contratante.

En definitiva, la Administración, al elegir como sanción la expulsión en lugar de la de multa, infringió el principio de proporcionalidad, al no compadecerse con lo normado en la indicada Directiva, por las razones anteriormente expuestas, por lo que procede la estimación del recurso de apelación, la revocación de la sentencia apelada y la anulación de la resolución impugnada, estimándose más justa y ponderada la sanción de multa en su grado mínimo, 501,00 €, prevista en el artículo 55.1 b) de la Ley Orgánica 4/2000 para las infracciones graves, al no constar circunstancias agravantes en los hechos sancionados, sin que, por otra parte, se estime necesario retrotraer las actuaciones al momento del dictado de la resolución sancionadora para que la Administración individualice la sanción, pues, y más en supuestos como el enjuiciado, como señala la sentencia de la Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de fecha 17 de marzo de 2005 (recurso de casación número 3047/2001 ; ponente, Excm.a. Sra. D<sup>a</sup> Margarita Robles Fernández; Ref. EDJ 2005/47085), con cita de la más reciente jurisprudencia, (valgan por todas la Sentencia de 15 de octubre de 2001 (recurso de casación 5899/97), en aplicación del principio de economía procesal, <<...no puede haber una "aceptación ciega e incondicionada" de la característica revisora de la jurisdicción contencioso administrativa, de tal forma que cuando, como en el caso de autos, hay elementos de juicio suficientes y determinados para resolver sobre el fondo de la cuestión debatida, puede la Sala sentenciadora entrar a resolver sobre el mismo, sin necesidad de devolución de las actuaciones a la Administración. Al haber procedido en esos términos el Tribunal "a quo", es evidente que ha actuado con arreglo a derecho>> .

Razones, todas las cuales, culminan en la estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto por el **extranjero** en la instancia.



**CUARTO.-** No se hace expresa declaración sobre las costas causadas en esta instancia, de conformidad con lo que dispone el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción .

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

#### **FALLO**

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por DON Hilario contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de los de Almería, de fecha 30 de abril de 2013 , de que más arriba se ha hecho expresión, la que revocamos y dejamos sin efecto por no ser ajustada a derecho, y, en consecuencia, estimamos el recurso contencioso- administrativo interpuesto por DON Hilario frente a la Resolución de la **SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN ALMERÍA** , de fecha 21 de octubre de 2011, ut supra citada, dictada en el expediente número NUM001 , acto administrativo que anulamos por no ser conforme a derecho, fijándose la sanción en la de multa de 501,00 €, y sin hacer expresa declaración sobre las costas procesales causadas en esta instancia.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase, y devuélvanse las actuaciones, con certificación de la misma, al Juzgado de procedencia, para su notificación y ejecución, interesándole acuse recibo.

Notifíquese la presente resolución a las partes, con las prevenciones del artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial , haciéndoles saber que, contra la misma, no cabe recurso ordinario alguno.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.