



Roj: **STSJ CLM 2126/2016 - ECLI: ES:TSJCLM:2016:2126**

Id Cendoj: **02003330022016100677**

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

Sede: **Albacete**

Sección: **2**

Fecha: **21/07/2016**

Nº de Recurso: **203/2015**

Nº de Resolución: **261/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **RAQUEL IRANZO PRADES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.2

ALBACETE

SENTENCIA: 10261/2016

Recurso Apelación núm. 203/15

Ciudad Real

S E N T E N C I A Nº 261

SALA DE LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO. SECCIÓN 2ª.

Ilmos. Sres.:

Presidenta:

D.ª Raquel Iranzo Prades

Magistrados:

D. Jaime Lozano Ibáñez

D. Miguel Ángel Pérez Yuste

D. Miguel Ángel Narváez Bermejo

D. Ricardo Estévez Goytre

En Albacete, a veintiuno de julio de dos mil dieciséis.

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, los presentes autos número **203/15** del recurso de Apelación seguido a instancia de **D. Modesto**, representado por la Procuradora Sra. Jiménez Martínez-Falero y dirigido por la Letrada Dª. Mª. Pilar Martínez Ruiz, contra la **SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN CIUDAD REAL**, que ha estado representada y dirigida por el Sr. Abogado del Estado, sobre **EXPULSIÓN**; siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dª. Raquel Iranzo Prades.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se apela la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Ciudad Real, nº 2, de fecha 16 de mayo de 2.014, número 134, recaída en los autos del recurso contencioso-administrativo número 264/2013. Dicha sentencia desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Modesto (NIE NUM000) contra la resolución dictada por el Subdelegado del Gobierno de Ciudad Real, de 25 de marzo de 2.013, expediente NUM001, por la cual se acordó, tras la tramitación del procedimiento preferente, la **expulsión** del interesado del territorio nacional con prohibición de reingreso por plazo de dos



años, por la comisión de una infracción del art. 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, estancia irregular.

SEGUNDO.- El demandante interpuso recurso de apelación alegando que concurrían las circunstancias para que fuera estimado el mismo.

TERCERO.- El apelado se opuso señalando el acierto y corrección de la sentencia apelada.

CUARTO.- Recibidos los autos en esta Sala, se formó el correspondiente rollo de apelación, y no habiéndose opuesto la inadmisibilidad del recurso ni solicitado prueba, se señaló votación y fallo para el día 18 de julio de 2016; llevada a cabo la misma, quedaron los autos vistos para dictar la correspondiente sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se apela la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Ciudad Real, nº 2, de fecha 16 de mayo de 2.014, número 134, recaída en los autos del recurso contencioso-administrativo número 264/2013. Dicha sentencia desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Modesto (NIE NUM000) contra la resolución dictada por el Subdelegado del Gobierno de Ciudad Real, de 25 de marzo de 2.013, expediente NUM001, por la cual se acordó, tras la tramitación del procedimiento preferente, la **expulsión** del interesado del territorio nacional con prohibición de reingreso por plazo de dos años, por la comisión de una infracción del art. 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, estancia irregular.

La sentencia de instancia hizo aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo según la cual no se puede aplicar la sanción de **expulsión**, frente a la de multa, sin una motivación específica que establezca la concurrencia en el interesado de ciertas razones que agravan la mera y pura situación de estancia irregular. No obstante, en aplicación de dicha doctrina la Administración en la resolución sancionadora, y el Juez, consideraron que en este caso sí concurría dicha circunstancia negativa, entendiendo que ésta era la indocumentación del interesado que no había aportado más que unas fotocopias de dos páginas de su pasaporte, a las que no se les daba validez. Igualmente haber dado identidades falsas a los agentes que procedieron a la detención, a quienes dijo ser su hermano que sí constaba con residencia legal en España; además, dice la sentencia, el interesado no ha acreditado el arraigo familiar que invoca, dado que la no constan medios lícitos de subsistencia.

El apelante en primer lugar invoca que sí cuenta con pasaporte que fue aportado en sus alegaciones a la Administración, que no se le notificó personalmente la resolución sancionadora, que convive con su hermano y subsiste con el trabajo de éste y con su trabajo como temporero, y que no se ha justificado la procedencia del procedimiento preferente.

SEGUNDO .- En cuanto a la procedente del procedimiento preferente, la sentencia de instancia fundamenta acertadamente esa elección.

La cuestión de la nulidad de una resolución de **expulsión** en un expediente donde había una ausencia de motivación que justificara la elección del procedimiento preferente.

Esta es una cuestión casuística de modo que hay que determinar en cada caso si existe o no la motivación exigida, y si es o no bastante.

En ese orden de casos, en el presente supuesto, la Sala entiende que sí se ofreció por la Administración motivación que justificara la elección del procedimiento, y que consta suficientemente en el expediente.

En efecto, conforme al art. 63.1 de la L.O. 4/2000, el procedimiento preferente será aplicable cuando, tratándose de las infracciones previstas en la letra a) del apartado 1 del artículo 53, se diera alguna de las siguientes circunstancias: a) riesgo de incomparecencia; b) que el extranjero evitara o dificultase la **expulsión**, sin perjuicio de las actuaciones en ejercicio de sus derechos; c) que el extranjero representase un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional, concurriendo las circunstancias a) y b) en el caso examinado.

Así se señalaba desde el primer momento en la denuncia, en el acuerdo de incoación, y en la propuesta de resolución que el denunciado carecía de pasaporte o documento de viaje válido, expedido por las autoridades competentes de su país de origen, que permita tanto su entrada en nuestro país por puesto fronterizo habilitado como la acreditación de su identidad y nacionalidad, no acreditando en ningún momento la fecha y lugar de entrada en España. Negándose en todo momento a facilitar indicaciones sobre el paradero de la misma.

El hecho de que el ciudadano extranjero presentado no llevara la documentación que acredite su identidad y nacionalidad, contraviendo el deber establecido en el artículo 4.1 de la L.O. 4/2000 de 11 de enero, supone serias dificultades para proceder a su **expulsión**. Dificultades impuestas voluntariamente por él mismo ante



una posible identificación en un control de extranjería, ya que era conocedor de su situación de ilegalidad en nuestro país.

De igual modo se entendió que trataba de dificultar su **expulsión**, ya que en momento de ser identificado dio tres identidades distintas, siendo una de ellas la de su hermano Bienvenido . Que se le muestra la fotografía del tal Bienvenido , manifestando en todo momento que se trataba de él. Que el hecho de identificarse como su hermano es porque es conocedor que éste se encuentra en situación regular. La Administración entendió que todo ello suponía serias dificultades para proceder a su **expulsión**, como así era.

Durante varios años hemos estado haciendo aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo que señala la sentencia de instancia y que invoca el apelante, anulando sanciones de **expulsión** y sustituyéndolas por las de multa en casos de infracción del art. 53.1.a Ley Orgánica 4/2000 , cuando no había ninguna "circunstancia desfavorable" añadida la simple permanencia ilegal. En el seno de esta doctrina, el Tribunal Supremo y esta Sala ha venido entendiendo que era circunstancia negativa que el extranjero estuviera indocumentado entendiendo por tal carecer de D.N.I. o de pasaporte.

En este caso el denunciado aportó en el expediente fotocopia de varias páginas de un pasaporte. La Administración, aún sin hacer referencia expresa, se entiende que consideró que la simple fotocopia no hacía fe de la existencia y validez del documento.

Ahora bien, en el proceso contencioso-administrativo lo primero que llama la atención que se inicia por demanda de Letrado designado por la Comisión de Justicia Gratuita de Ciudad Real y que acompaña como primer documento, el testimonio de la Secretaria del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n1 2 de Ciudad Real, de la comparecencia para otorgar poder para pleitos especiales, en la que por la misma se afirma que D. Modesto , con pasaporte NQ3789828 otorgó el poder para interponer el recurso contencioso-administrativo.

Un fedatario público tuvo que tener a la vista el pasaporte controvertido y de fecha que éste existía e identificaba al interesado. Poco más se puede añadir, y al margen queda toda elucubración sobre el valor de una fotocopia para acreditar la identidad de un extranjero a efectos de justificar la sanción de **expulsión**.

El documento en cuestión, el apoderamiento apud-acta, existía en el proceso contencioso-administrativo y debió ser abordado y valorado por el Juzgador a fin de entender que no concurría la causa sobre la que la Administración dictó resolución de **expulsión**.

De acuerdo con esta última doctrina el recurso habría de ser estimado.

TERCERO.- Ahora bien, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015 (asunto C-38/2014) obliga a replantear la citada doctrina tal como se venía aplicando. Y así en algunas sentencias donde ya la hemos tomado en consideración (tales como por ejemplo la dictada en el recurso de apelación 36/2014 , entre otras) hemos aceptado la **expulsión** administrativa en casos de mera estancia ilegal sin circunstancias negativas añadidas, declarando que no debe ser sustituida por la multa, sino mantenida.

La mencionada sentencia del TJUE, aunque obliga a introducir importantes matices en la tradicional doctrina del Tribunal Supremo sobre sustitución de la **expulsión** por multa, no obliga desde luego a abolirla por completo y a aceptar, sin más, **expulsiones** que, en realidad, debidamente analizada la cuestión, podrían no ser más conformes al derecho comunitario y a la STJUE de 23 de abril de 2015 que la sustitución incondicionada de la **expulsión** por la multa.

Así, conviene indicar que la STJUE de 23 de abril de 2015 contestó negativamente a la cuestión prejudicial planteada tal como fue planteada, a saber: si es compatible con el derecho comunitario el que la **expulsión** se sustituya por multa, siendo incompatibles ambas sanciones. Y la razón que dio para contestar negativamente fue que había que preservar la Directiva 2008/115/CE en tanto que obliga a que ante la situación de estancia irregular se dicte una "decisión de retorno", y sólo se ejecute mediante **expulsión** (y prohibición de entrada) si no se cumple en el plazo al efecto; es decir, la sentencia no dice que a toda situación irregular deba aplicarse la **expulsión**, sino, al contrario, lo que dice es que hay que aplicarle la "decisión de retorno" u "orden de salida" voluntaria; y sólo si no se cumple, ejecutarla mediante **expulsión**.

Ahora bien, lo que no incluyó la pregunta formulada al TJUE fue la mención a que cuando en derecho español se impone la multa, aneja a la misma va la declaración de la obligación de salida obligatoria en 15 días que se declara, entre otros supuestos, en caso de "falta de autorización para encontrarse en España" (art. 28 de la Ley Orgánica 4/2000 y 24 del Reglamento). Y resulta que esta "multa con declaración de salida" sí que cumple perfectamente aquello que la STJUE dice que hay que garantizar, a saber, la "decisión de retorno", e incluso resulta más gravosa que la previsión europea, pues incluye una multa que no es precisa según la misma.

Esto no quiere decir que la cuestión prejudicial estuviera necesariamente mal planteada, pues es lo cierto que la práctica de los tribunales (que no de la Administración) era sustituir la **expulsión** por la multa sin más adiciones;



pero desde luego no obliga a abolir completamente la doctrina anterior, sino más bien a precisarla y matizarla en el sentido de sustituir la **expulsión** no por multa, sino por multa -no exigida por el derecho europeo, pero sí establecida por la ley española- más orden de salida -la "decisión de retorno" de la Directiva 2008/115/CE-.

Una decisión como esta no solo resulta compatible con el Derecho europeo, sino que, en los casos en que se trate de la primera vez que se encarta al extranjero, es precisamente la que más se adecúa al mismo. Pues en efecto lo que no se adecúa, en los casos de primer encartamiento, es el aplicar directamente una **expulsión**, con prohibición de entrada, pues no es eso lo que la Directiva 2008/115/CE y la STJUE establecen, sino, como regla general, una decisión de retorno a cumplir voluntariamente y sin prohibición de entrada obligatoria (art. 11).

En este sentido, no obstante, debemos distinguir los siguientes supuestos de **expulsión** que se pueden presentar, pues no todos son equivalentes a este respecto:

a) **Expulsión** acordada por la Administración en el procedimiento ordinario del art.63.bis de la Ley Orgánica 4/2000 : en este caso " la resolución en que se adopte la **expulsión**...incluirá un plazo de cumplimiento voluntario para que el interesado abandone el territorio nacional. La duración de dicho plazo oscilará entre siete y treinta días ". En este caso la medida parece adecuada y no debería ser modificada, pues parece responder perfectamente al esquema de los arts. 6, 7 y 8 de la Directiva: obligación de salida voluntaria entre siete y treinta días y ejecución forzosa mediante **expulsión** si no se cumple. Quedaría no obstante el posible problema de que, cuando se cumple voluntariamente la salida, en principio la medida no tiene por qué ir automáticamente acompañada de una prohibición de entrada (art. 11 de la Directiva); no obstante el art. 11 permite que se aplique también en casos de decisiones de retorno, luego la Ley española, al así preverlo, debería considerarse que ha hecho aplicación lícita de esta habilitación.

b) **Expulsión** acordada por la Administración en el procedimiento preferente del art.63 de la Ley Orgánica 4/2000 : En estos casos "se acordará la **expulsión** sin que quepa la concesión del período de salida voluntaria " y " la ejecución de la orden de **expulsión** se efectuará de forma inmediata ". Esta medida de ejecución inmediata es la que en los alegatos de la parte se contempla como posiblemente contraria a la Directiva, en tanto que ésta previene como medida primaria la orden de salida voluntaria en un plazo, y sin prohibición de entrada. Ahora bien, no puede olvidarse que la Directiva permite no dar opción de salida voluntaria, sino expulsar directamente y con prohibición de entrada cuando haya " 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 " (arts. 74, 8.1 y 11.1). Y justamente este procedimiento especial se aplica a los supuestos de los arts. 53.1.d, 53.1.f, 54.1.a, 54.1.b, y 57.2, o bien, tratándose del 53.1.a, a los casos de riesgo de incomparecencia, cuando el extranjero evitara o dificultase la **expulsión** o representase un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional; es decir, se aplica a supuestos en los que se dan circunstancias claramente afines a las que se contemplan en la directiva para la **expulsión** directa. Ahora bien, es aquí donde la doctrina del Tribunal Supremo, afianzada sobre la base de que el derecho español opta por regular el régimen como régimen de naturaleza sancionadora, puede seguir teniendo un eco, en el sentido de que deberá motivarse suficientemente por la Administración que se dan las circunstancias que justifican la aplicación del procedimiento preferente y de la **expulsión** automática aneja al mismo, y en otro caso deberá preferirse a la **expulsión** la multa, eso sí, con la orden de salida del derecho español o "decisión de retorno" de la Directiva, para respetar así el contenido de la STJUE. En este sentido, asiste la razón al interesado cuando indica que la doctrina del Tribunal Supremo y la STJUE siguen teniendo un cierto ámbito de convivencia.

c) Por último, **expulsión** automática a un extranjero al que le constaba una orden de salida anterior (sea por multa, por denegación de un permiso o por cualquier otra circunstancia): ya hemos visto más arriba cómo en estos casos, bajo el imperio de la antigua doctrina del Tribunal Supremo, la Sala ha vacilado acerca de si una anterior orden de salida constituía o no "elemento negativo" que permitiera acordar la suspensión. Ahora bien, a la vista de la STJUE y de la Directiva de referencia, debe considerarse que en estos casos no procedería confirmar la **expulsión** y no sustituirla por multa con orden de salida, pues el art. 8 de la Directiva precisamente establece que la falta de cumplimiento de una "decisión de retorno" (orden de salida) dará lugar a la **expulsión**, y así lo confirma la STJUE. Siendo también correcto, conforme al art. 11, que se aplique la prohibición de entrada.

Podemos observar cómo el TSJ de Murcia, en sentencias tales como la de 30 de diciembre de 2015 (recurso 78/2015) y otras muchas viene anulando las decisiones de **expulsión** con prohibición de entrada, sustituyéndolas por la declaración de que la Administración requiera al extranjero para que retorne a su país de origen de forma voluntaria en el plazo de entre 7 y 30 días, sin perjuicio de que en el caso de que no lo lleve a cabo tome las medidas necesarias para proceder a su **expulsión**, con la consiguiente prohibición de entrada en tal caso. Criterio con el que coincidimos, pero solamente cuando se trate del supuesto b) de los que se han indicado más arriba y no haya una justificación suficiente, a la vista de los criterios allí señalados, para acordar la **expulsión**, y además con la diferencia de que en nuestro caso entendemos que la norma europea

debe aplicarse en la forma en que la ley española determina, de modo que habrá que imponer también la multa prevista por la Ley Orgánica 4/2000 y no sólo la orden de salida.

En caso de que el interesado incumpla la orden de salida el art. 8 de la Directiva establece su ejecución forzosa (**expulsión**). Esta **expulsión** no tiene en la Directiva carácter sancionador, sino de mera ejecución de la orden de salida. Cabe preguntarse si, regulándose en la ley española la **expulsión** como una sanción, en caso de incumplimiento de la orden de salida sería preciso un nuevo expediente sancionador para su ejecución; ahora bien, no siendo tal cuestión decisiva en el presente caso no procede que nos pronunciemos sobre la misma evidentemente.

TERCERO .- Si con los anteriores materiales descendemos al caso que tenemos entre manos veremos que la Administración aplicó la **expulsión** sin posibilidad de salida voluntaria y con prohibición de entrada propia del proceso preferente.

Siendo así, en primer lugar no cabe sustituir la **expulsión** por mera multa, sin orden de salida, porque ello no sería adecuado en ningún caso al derecho europeo según al STJUE de 23 de abril de 2015 . Pero en este concreto caso tampoco procede sustituir la **expulsión** por la "multa más orden de salida" porque el interesado está en el caso del art. 8 de la Directiva, esto es, ha incumplido la orden de salida voluntaria. Si sustituyésemos en este caso la **expulsión** por una multa sin más, vulneraríamos lo declarado en la STJUE, pero si la sustituimos por una multa más la orden de salida estaríamos también vulnerando la normativa europea, pues la consecuencia del incumplimiento de la decisión de retorno es necesariamente la **expulsión** (art. 8) con prohibición de entrada (art. 11).

CUARTO .- La Sentencia 42750/09, de 21 de octubre del 2013, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos , establece que no puede hacerse aplicación retroactiva de un cambio de doctrina judicial en materia penal. Ahora bien, creemos que el caso de autos no responde a lo que en dicha sentencia se establece, pues en materia sancionadora administrativa quien ejerce la potestad sancionadora es la Administración, no este Tribunal, y justamente la Administración aplicó la medida de **expulsión** y no substituyó la **expulsión** por multa. De modo que al realizar la Sala una labor de mera revisión no puede sino confirmar o revocar la decisión, pero no es ahora cuando se ejerce la potestad punitiva ni se ejerce por este Tribunal, a diferencia de lo que sucede en materia penal. Si al revisar la actuación administrativa, aunque sea por razón de una sentencia del TJUE, se observa que la Administración actuó correctamente, confirmar la resolución administrativa no equivale a hacer aplicación retroactiva de una norma penal, pues la aplicación de dicha norma penal al hizo ya al Administración, al momento de aplicarla, en el sentido de expulsar. Simplemente ahora se constata que la decisión fue correcta por un cambio de perspectiva en los tribunales, pero, insistimos, tales tribunales no hacen aplicación de la legislación punitiva sino a efectos de revisión.

QUINTO .- Dicho lo anterior, el análisis del asunto no estaría sin embargo completo si no se hiciera referencia a la invocación del arraigo familiar que realiza la parte, dado que la Directiva 2008/115/CE establece que la aplicación de la misma habrá de llevarse a cabo teniendo en cuenta siempre el principio de la "vida familiar" (art. 5), al cual hay que dar el debido campo de actuación y eficacia; y dicha previsión puede ser vinculada a la del art. 6.4, según el cual el Estado podrá detener la salida en cualquier momento y conceder un permiso por razones humanitarias.

A este respecto, sin embargo, no puede entenderse que la mera permanencia empadronado y con tarjeta de SS equivalga a arraigo suficiente ni a motivos familiares, y que la mención del Juez a que ni siquiera la relación de convivencia con pareja de hecho se mantiene resulta sumamente relevante para rechazar sin más esta invocación de arraigo.

SEXTO .- Procede pues la desestimación del recurso de apelación. En cuanto a las costas de esta instancia, y por aplicación del artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa , procedería su imposición al apelante, pero se entiende procedente no imponerlas a la vista de que el recurso de apelación poseía suficiente fundamento contemplado a la luz de la anterior doctrina del Tribunal Supremo.

Vistos los artículos citados y demás de general y común aplicación,

FALLAMOS

1- Desestimamos el recurso de apelación.

2- No hacemos imposición de costas.

Notifíquese, con indicación de que contra la presente sentencia no procede la interposición de recurso ordinario alguno.



Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Iltna. Sra. Magistrada D^a. Raquel Iranzo Prades, estando celebrando audiencia en el día de su fecha la Sala de lo Contencioso Administrativo que la firma, y de lo que como Secretario, certifico en Albacete, a veintiu **no** de julio de dos mil dieciséis.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ