



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disposición de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO  
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN  
PRIMERA

Plaza San Francisco nº 15  
Santa Cruz de Tenerife  
Teléfono: 922 479 385  
Fax.: 922 479 424

Email: s1contadm.tfe@justiciaencanarias.org

Proc. origen: Procedimiento abreviado Nº proc. origen:  
0000141/2019-00

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 4 de Santa  
Cruz de Tenerife

Procedimiento: Recurso de apelación  
Nº Procedimiento: 0000159/2020  
NIG: 3803845320190000572  
Materia: Extranjería  
Resolución: Sentencia 000131/2021

Intervención:  
Demandante  
Demandado

Interviniente:  
SUBDELEGACION DE GOBIERNO

Procurador:

## SENTENCIA

**Ilmo. Sr. Presidente Don Pedro Manuel Hernández Cordobés**

**Ilma. Sra. Magistrado Doña María del Pilar Alonso Sotorrío (Ponente)**

**Ilmo. Sr. Magistrado Don Francisco Eugenio Úbeda Tarajano**

En Santa Cruz de Tenerife a 24 de marzo de 2021, visto por esta Sección Primera de la SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS, con sede en Santa Cruz de Tenerife, integrada por los Señores Magistrados anotados al margen, el **RECURSO DE APELACIÓN** seguido con el nº **159/2020**, interpuesto por ██████████, representado/a y dirigido/a por el Abogado Don/ña Gisela Aurora García Marín, habiendo sido parte como **demandada SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO** y en su representación y defensa Abogado del Estado, se ha dictado **EN NOMBRE DE S.M. EL REY**, la presente sentencia con base en los siguientes:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO: Pretensiones de las partes y hechos en que las fundan**

**A.-** Por el Juzgado nº 4 de lo Contencioso-Administrativo de Santa Cruz de Tenerife se dictó Sentencia de fecha 18 de febrero del 2020 con el siguiente fallo: "desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto".

**B.-** La representación de la parte actora interpuso recurso de apelación contra dicha resolución interesando que, estimando en todas sus partes el recurso, se acordase su revocación.

**C.-** La representación procesal de la Administración demandada se opuso al recurso interpuesto e interesó que, previos los trámites oportunos, se dictase resolución por la que se desestimase el recurso y se confirmase la resolución recurrida en todos sus términos.





La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



## SEGUNDO: Conclusiones, votación y fallo

No siendo necesaria la práctica de prueba ni la celebración de vista, se señaló día para la votación y fallo, teniendo lugar la reunión del Tribunal, habiéndose observado las formalidades legales en el curso del proceso, dándose el siguiente resultado y siendo ponente el Ilma. Sra. Magistrado Doña M<sup>a</sup> del Pilar Alonso Sotorrió que expresa el parecer de la Sala.

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

#### PRIMERO: Objeto del recurso

Constituye el objeto del presente recurso determinar la adecuación o no a derecho de la sentencia de fecha 18 de febrero del 2020 dictada por el Juzgado nº 4 de lo Contencioso-Administrativo de Santa Cruz de Tenerife.

La **representación procesal de la parte actora** recurre en apelación la sentencia dictada por las consideraciones siguientes:

Error en la valoración de la prueba.

El recurrente lleva residiendo en **España 19 años, siendo evidente su arraigo.**

El recurrente fue titular de permiso de residencia que no pudo renovar por carecer de tiempo de cotización.

Constan dichos datos a la administración en la oficina de extranjería.

La copia de su pasaporte y sellos de entrada y salida hacen prueba de su estancia en España.

**Vulneración del principio de proporcionalidad conforme al art 55.3 de la LOEX.**

Los perjuicios son irreparables más teniendo en cuenta que ha residido 19 años en España sin que exista riesgo para el orden publico.

El recurrente carece de antecedentes penales.

La CA de Canarias no reconoce las parejas de hecho cuando uno de los integrantes se encuentra en situación de ilegal.

La **demandada** contesta al recurso solicitando su desestimación por entender que:

Los motivos del recurso son una reiteración de los alegados en la demanda y que han sido respondidos en la sentencia.

Resulta de aplicación la sentencia del TJUE sin que se encuentre en ninguno de los supuestos del art 2 a 5 de la Directiva 2008/115/CE, dado que la familia está constituido por ciudadanos extranjeros.

En relación al arraigo procede remitirse a la sentencia, falta de prueba de las alegaciones.

SEGUNDO: Conforme al expediente administrativo, citado en las dependencia de extranjería el hoy recurrente se comprobó que el mismo había sido titular de un permiso de residencia y trabajo por arraigo que caducó el 1/1/2003 y una normalización 2005 RGLCA inicial que caducó el 11/7/2006, **teniendo dos antecedentes policiales.**





Iniciado procedimiento de expulsión dada su situación de estancia ilegal el mismo finalizó mediante resolución de fecha 13 de noviembre del 2018 que acordó su expulsión con prohibición de entrada en España por plazo de 3 años al career de documentación que acredite su situación administrativa, sin acreditar medios económicos ni arraigo laboral o social conforme al art 124 del RD 557/2011.

interpuesto recurso contencioso administrativo el mismo fue desestimado por la sentencia objeto de impugnación en el presente recurso.

**TERCERO:** Alega la recurrente que se ha incurrido en error en la valoración de la prueba así como la existencia de arraigo.

Lo cierto es que durante la tramitación del presente recurso de apelación se dictó la sentencia del TJUE de 8/10/2020 en el asunto C-568/2019 que por la trascendencia de su pronunciamiento afecta al presente recurso.

La sentencia del TJUE de 8/10/2020 responde a una petición de decisión prejudicial planteada por el TSJ de Castilla la Mancha en la que se pregunta *“si la Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que, cuando la normativa nacional, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de un Estado miembro, imponga, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, teniendo en cuenta que la segunda medida solo puede adoptarse si existen circunstancias agravantes en la persona de dichos nacionales, adicionales a su situación irregular, la autoridad nacional competente pueda basarse directamente en lo dispuesto en la Directiva para adoptar una decisión de retorno y hacer cumplir dicha decisión aun cuando no existan circunstancias agravantes.”* el TJUE tras examinar la Directiva y normativa contenida en la LOEX declara:

*“34. En el caso de autos, parece que el órgano jurisdiccional nacional, encargado de dilucidar si está en condiciones de interpretar la normativa nacional de que se trata en el litigio principal de conformidad con el Derecho de la Unión, descarta que exista tal posibilidad. Considera que, en esta situación, se plantea la cuestión de si cabe aplicar directamente la Directiva en cuestión cuando ello va en perjuicio de los interesados.*

*35. A este respecto, es preciso recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las directivas no pueden, por sí solas, crear obligaciones a cargo de los particulares, pues los Estados miembros no pueden invocar las disposiciones de las directivas, en su calidad de tales, contra dichas personas (véanse, en ese sentido, las sentencias de 26 de febrero de 1986, Marshall, 152/84, EU:C:1986:84, apartado 48, y de 12 de diciembre de 2013, Portugás, C-425/12, EU:C:2013:829, apartado 22).*

*36. Por lo tanto, si la normativa nacional que es de aplicación a MO en el litigio principal establece que, a los efectos de dicha normativa, la expulsión de los nacionales de terceros países que se encuentren en territorio español solo puede ordenarse si existen circunstancias agravantes en la persona de dichos nacionales, adicionales a su situación irregular, y esa misma normativa no puede interpretarse de conformidad con la Directiva 2008/115, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, el Estado miembro no podrá basarse directamente en dicha Directiva para, a los efectos de lo dispuesto en ella, adoptar una decisión de retorno respecto de MO y hacer cumplir esta aun cuando no existan*







La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

*circunstancias agravantes.*

*37. Habida cuenta de todos los razonamientos anteriores, ha de contestarse a la cuestión prejudicial planteada que la Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que, cuando la normativa nacional, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de un Estado miembro, imponga, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, teniendo en cuenta que la segunda medida solo puede adoptarse si existen circunstancias agravantes en la persona de dichos nacionales, adicionales a su situación irregular, la autoridad nacional competente no podrá basarse directamente en lo dispuesto en la Directiva para adoptar una decisión de retorno y hacer cumplir dicha decisión aun cuando no existan circunstancias agravantes.”*

Más recientemente el Tribunal Supremo ha resuelto el recurso de casación nº 2870/2020 por sentencia nº 366/2021 del pasado 17 de marzo, cuyo objeto era “*Si, conforme la interpretación dada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de octubre de 2020 - asunto C-568/19- a la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, la expulsión del territorio español es la sanción preferente a imponer a los extranjeros que hayan incurrido en la conductas tipificadas como graves en el art. 53.1.a) Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero o sí, por el contrario, la sanción principal para dichas conductas es la multa, siempre que no concurran circunstancias agravantes añadidas a su situación irregular.*”

En dicha sentencia se fija como doctrina que:

*“« Primero, que la situación de estancia irregular determina, en su caso, la decisión de expulsión y no cabe la posibilidad de sustitución por una sanción de multa.*

*Segundo, que la expulsión, comprensiva de la decisión de retorno y su ejecución, exige, en cada caso y de manera individualizada, la valoración y apreciación de circunstancias agravantes que pongan de manifiesto y justifiquen la proporcionalidad de la medida adoptada, tras la tramitación de un procedimiento con plenas garantías de los derechos de los afectados, conforme exige la jurisprudencia comunitaria.*

*Tercero, que por tales circunstancias de agravación han de considerarse las que se han venido apreciando por la jurisprudencia en relación a la gravedad de la mera estancia irregular, bien sean de carácter subjetivo o de carácter objetivo, y que pueden comprender otras de análoga significación. »*

A la vista de dicho pronunciamiento la Sala estima que en el presente caso la expulsión impuesta y confirmada por la sentencia objeto de impugnación, que aplica correctamente de la anterior doctrina del TJUE, únicamente motiva la imposición de la expulsión en la mera estancia irregular en España sin que se expongan otros datos negativos a tener en cuenta, lo que determina que a la luz de las últimas dos sentencias citadas, del TJUE y TS, proceda la estimación del recurso con revocación de las impugnadas.

**CUARTO: Sobre las costas procesales.** De conformidad con lo previsto en el Art. 139.2 de la LJCA, no procede imponer las costas a ninguna de las partes en ninguna de las instancias dado que el presente pronunciamiento se produce como consecuencia del dictado de la sentencia del TJUE de 8 de octubre del 2020 y TS de 17 de marzo del 2021, que implican un







La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



cambio de los pronunciamientos judiciales hasta el momento efectuados sobre la cuestión objeto del presente recurso.

### FALLO

En atención a lo expuesto, la Sala ha decidido **estimar** el presente recurso conforme a los fundamentos de la presente sentencia, sin que haya lugar a expresa imposición de costas.

### **RECURSOS**

Notifíquese esta resolución a las partes en legal forma haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer ante esta Sala, por escrito, en el plazo de treinta días hábiles y cumpliendo los trámites, requisitos y condiciones exigidos por los arts. 86 y siguientes de la LJC-A, recurso de CASACIÓN del que conocerá la Sala correspondiente del Tribunal Supremo, debiendo, en su caso, la parte actora realizar el depósito previo de 50 euros en la cuenta de consignaciones de esta Sección, acreditándolo al interponer el recurso, sin lo cual no se admitirá a trámite el mismo, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Devuélvanse posteriormente los autos originales al Juzgado remitente con certificación de la presente y a fin de que, en su caso, se dé al depósito realizado el destino previsto en los apartados 8 y siguientes de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos mandamos y firmamos