



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.



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:
0000595/2019-00

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 3 de Santa
Cruz de Tenerife

Procedimiento: Recurso de apelación
Nº Procedimiento: 0000201/2020
NIG: 3803845320190002436
Materia: Extranjería
Resolución: Sentencia 000128/2021

Intervención:
Demandante
Demandado

Interviniente:
SUBDELEGACIÓN DE GOBIERNO

Procurador:

SENTENCIA

ILMO. SR. PRESIDENTE

D. Pedro Hernández Cordobés (Ponente)

ILMO. SRES. MAGISTRADOS

D^a María Pilar Alonso Sotorrijo

D. Francisco Eugenio Úbeda Tarajano

En Santa Cruz de Tenerife, a 22 de marzo de 2021.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife, Sección Primera, integrada por los Sres. Magistrados al margen anotados, ha visto el presente recurso de apelación número 201/2020 procedente del Juzgado de lo Contencioso-administrativo Nº 3 de Santa Cruz de Tenerife, que ha tenido como objeto la sentencia dictada en el procedimiento abreviado 595/2019, sobre derecho de extranjería, sanción de expulsión.

Intervienen las siguientes partes: (i) apelante, D. ██████████, dirigido por la letrada Sra. Ruíz González; (ii) apelada, la Subdelegación del Gobierno en Santa Cruz de Tenerife, representada y dirigida por la Abogacía del Estado, y;

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- El Juzgado de lo Contencioso Administrativo anteriormente referido, dictó sentencia cuya parte dispositiva dice:



« 1º.- DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo.

2º.- Imponer las costas del recurso.»

2º.- I. Por la representación de la parte recurrente, antes mencionada, se interpuso recurso de apelación, solicitando previos los trámites legales pertinentes, se resolviera por la Sala dictar sentencia revocando la sentencia dictada en la primera instancia disponiendo en su lugar la estimación del recurso.

II. Formuló escrito de oposición al recurso de apelación la Subdelegación del Gobierno en Santa Cruz de Tenerife, interesando se dicte sentencia desestimatoria.

3º.- Seguido el recurso por todos sus trámites se elevaron las actuaciones a esta Sala, formándose el correspondiente rollo con señalamiento para votación y fallo, acto que tuvo lugar en la reunión del tribunal del día 18-03-2021 con el resultado que seguidamente se expone. Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Pedro Hernández Cordobés.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º.- La sentencia apelada desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto frente a la resolución de la Subdelegación del Gobierno de Santa Cruz de Tenerife, de 12 de noviembre de 2019, acordando la expulsión del territorio español del recurrente, con prohibición de entrada por un periodo de tres años.

En relación a las circunstancias del caso, en su fundamento de derecho quinto, expone lo siguiente:

« Del resultado de la prueba practicada queda acreditado, tal y como se expone en la resolución que acuerda la expulsión del territorio nacional a la recurrente, que; “Con motivo de las actuaciones realizadas con fecha 29/05/2019, por motivo de una investigación sin detención de un ciudadano extranjero por conducción sin el permiso correspondiente, el/la ciudadano/a extranjero/a es identificado por funcionarios de la COMISARÍA LOCAL PN PLAYA LAS AMÉRICAS, comprobándose a través de las consultas de vuelos, que figura una persona con los datos facilitados por el expediente titular del pasaporte de Uruguay n.º [redacted] con entrada en territorio Schengen el 21/05/14 por el aeropuerto de Madrid-Barajas.

Que consultada la Base de Datos de Extranjeros de la Policía Nacional y la Guardia Civil (ADEXTRA), se comprueba que se encuentra en situación irregular, ya que carece de autorización administrativa para residir en España, y no consta que haya realizado trámite alguno ante las Autoridades Españolas para regularizar su situación.”.

No se acredita en el recurrente, sin perjuicio de los esfuerzos probatorios llevados a



cabo por parte de su letrada, de circunstancia excepcional alguna, concretamente a las que alude el artículo 5 de la Directiva de Retorno, citadas anteriormente, que justifique su estancia en territorio nacional.»

2º.- Recurso de apelación.

El recurso de apelación se sustente, en síntesis, en los siguiente motivos. En el primero considera que la sentencia no ha tenido en cuenta las circunstancias personales del recurrente, su matrimonio con ciudadana española el 10-03-2020 y los vínculos que mantiene con ciudadanos de la U.E. (parentesco), con la consecuencia de la aplicación de un régimen jurídico de los apartados 2 al 5 del artículo 6.1 de la Directiva.

En el segundo, considera el pronunciamiento contenido en la sentencia y la doctrina que invoca del Tribunal Supremo, resultan contrarios a la jurisprudencia del TJUE que refiere, en tanto que establece que no procede la aplicación directa inversa en perjuicio de los ciudadano a instancia del Estado incumplidor de las Directivas incorrectamente transpuestas, y que una interpretación conforme a las Directivas no puede servir como fundamento a una interpretación contra legem del Derecho nacional.

Por último, que no discutiendo la situación de estancia ilegal del recurrente, la legislación española aplicable conforme a sus razonamientos, contempla la imposición de una sanción de multa ante la inexistencia de datos negativos sobre la conducta del recurrente. También y en consecuencia, que resulta desproporcionada la extensión de la prohibición acordada de tres años.

3º.- Pronunciamiento de la Sala.

I. Al recurrente se le impone la sanción de expulsión prevista en materia de derecho de extranjería 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, pero la resolución de la Subdelegación del Gobierno de 12 de noviembre de 2019, no se ha limitado a referenciar la sentencia de 23 de abril de 2015 del TJUE. En el hecho segundo refiere los siguientes hechos:

«Segundo.- Le constan dos detenciones policiales por conducción sin permiso o licencia, en fecha 23/05/18 y 17/05/19, habiendo sido condenado, según informe de Gerencia de Justicia de fecha 31/10/19 por :

-sentencia firme 31/05/18, causa 456/2018, por el Juzgado de lo Penal nº 6 de Santa Cruz de Tenerife, por delito de conducción sin permiso o retirada cautelar o definitiva,

-sentencia firme 22/05/19, causa 1291/2019, por el Juzgado de lo Penal nº 8 de Santa Cruz de Tenerife, por delito de conducción sin permiso o retirada definitiva,

-sentencia firme 31/05/19, causa 1118/2019, por el Juzgado de lo Penal nº 9 de Santa Cruz de Tenerife, por delito de conducción sin permiso o retirada definitiva. »

Le constan, por tanto, datos negativos, no solo la mera estancia ilegal.



II. Del expediente administrativo resulta.

El inicio del expediente de expulsión se le notifica el 29-05-2019. Fue identificado mediante pasaporte de [redacted] en el que consta entrada en territorio Schengen el 21/05/2014. Según refirió, llegó a España en 2004 (aporta documentos de escolarización en los cursos 2004-2005, 2007-2008 y 2008-2009), fecha desde la que ha estado viajando continuamente a su país.

Como vínculos personales señala que residen legalmente en España su padre, un hermano y un tío (aporta certificados de empadronamiento de [redacted] su padre, según certificado de nacimiento apostillado, y de su tío [redacted] ambos residente en el mismo domicilio en San Miguel de Abona).

También alega la convivencia marital con ciudadana española y con los hijos de su pareja, acompaña un certificado parroquial de 19-11-2017 de curso prematrimonial con [redacted] de nacionalidad española, con la que acredita, ya en sede contencioso administrativa, que contrajo matrimonio el 10 de marzo de 2020.

Según certificado histórico de empadronamiento le consta alta en el padrón del término municipal de Adeje el 16-09-2015 y baja por cambio de domicilio el 12-07-2017.

III. La sentencia de primera instancia –también la resolución administrativa impugnada– se ajustan a la línea jurisprudencial surgida a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada el 23 de abril de 2015 (Asunto C-38/14 "Zaizoune"), según la cual debe aplicarse en los casos de situación irregular de nacionales de terceros países una obligación de retorno o expulsión en caso de su incumplimiento, salvo en los supuestos excepcionales previstos en la Directiva de retorno, 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, sentencias de la Sala 3ª Sección 5ª del Tribunal Supremo, de 12 de junio de 2018 (recurso 2958/2017), 4 de diciembre de 2018 (recurso 5819/2017), 19 de diciembre de 2018 (recurso 5248/2017), entre otras.

Este criterio, en la línea indicada por los acertados razonamientos que contiene el recurso de apelación, ha considerado la Sala que se ha visto afectado tras la sentencia del (TJUE de 8 de octubre de 2020 (C-568/2019), que da respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla - La Mancha:

«Si es compatible con la doctrina de ese Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a los límites del efecto directo de las Directivas, la interpretación de su sentencia de 23 de abril de 2015 (asunto C-38/14, Zaizoune) en el sentido de que la Administración y los Tribunales españoles pueden hacer una aplicación directa de la Directiva 2008/115/CE en perjuicio del nacional del tercer Estado, con omisión e inaplicación de disposiciones internas más beneficiosas en materia sancionadora, con agravamiento de su responsabilidad sancionadora y posible omisión del principio de legalidad penal; y si la solución a la inadecuación de la normativa española a la Directiva no debe hacerse por esa vía, sino por la de una reforma legal, o por las vías previstas en el Derecho comunitario para imponer a un Estado la debida transposición de las Directivas.»



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 contengan 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.



Cuestión prejudicial resuelta en la sentencia de 8 de octubre, señalando:

« 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, 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. »

Pues bien, el Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 5ª, en la reciente sentencia de 17-03-2021 (recurso de casación 2870/2020) ya se ha pronunciado en relación con el alcance de la sentencia del TJUE 2020/807, señalando que ha entenderse:

« 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. »

IV. Excluida, pues, la posibilidad de dictar la orden con sustento en lo dispuesto en la Directiva y de conformidad con la última sentencia del Tribunal Supremo, la expulsión 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.

En su aplicación al caso resulta, que si bien constan indudable datos negativos, también se deben apreciar los datos de arraigo que concurren en la persona del recurrente, singular y muy especialmente su relación con ciudadana española que ya al tiempo de la tramitación del expediente sancionador merecía la consideración de análoga a la matrimonial, valorando el certificado aportado y la posterior celebración del matrimonio. La necesaria ponderación entre ambos (el principio de proporcionalidad trata de realizar, como dice en la sentencia de 17-03-2021, el juicio de ponderación, entendido como el equilibrio necesario que debe establecerse entre los intereses generales a que obedece la norma y los valores o bienes de los ciudadanos en conflicto que se ven sacrificados con su aplicación), justifica que pese a





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.

los aludidos datos negativos no apreciamos que la orden de expulsión objeto del recurso se encuentra adecuadamente motivada, en cuanto al necesario examen de "los factores añadidos" a la estancia irregular, tanto los negativos como los positivos, para acordar la expulsión, única medida ya posible, nuevamente según la sentencia dictada en el recurso de casación 2870/2020, por lo que procede la estimación del recurso de apelación, la revocación de la sentencia de primera instancia, y en su lugar disponer la anulación de la orden de expulsión.

4º.- Sobre las costas procesales causadas en ambas instancias.

Al ajustarse la resolución administrativa y la sentencia de primera instancia a la doctrina jurisprudencial que resultaba aplicable con anterioridad a la sentencia del TJUE 8 de octubre 2020, no procede especial imposición de las costas procesales causadas en ambas instancias judiciales a ninguna de las partes litigantes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139. 1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Vistos los preceptos legales citados por las parte y los que son de general aplicación;

FALLAMOS

Que debemos estimar el recurso de apelación interpuesto en nombre de D. **[REDACTED]** frente a la sentencia dictada en el procedimiento abreviado 595/2019 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo Nº 3 de Santa Cruz de Tenerife, que revocamos, disponiendo en su lugar la estimación del recurso contencioso administrativo y la anulación de la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Santa Cruz de Tenerife que constituye su objeto. Sin costas.

La sentencia es susceptible de recurso de casación que se preparará ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente a su notificación, en los términos que determinan los artículos 86 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, justificando interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

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

