

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 31 de Madrid

c/ Princesa, 5 , Planta 3 - 28008

45029730

NIG: [REDACTED]

Procedimiento Abreviado [REDACTED]/2020

Demandante: D. [REDACTED]

LETRADO D. JOSE MANUEL BELTRAN CRISTOBAL, PASEO: SANTA MARÍA DE LA CABEZA, nº 42 Esc/Piso/Prta: 1º ESC. 3, PUERTA 3 C.P.:28045 Madrid (Madrid)

Demandado/s: DELEGACION DEL GOBIERNO EN MADRID

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA Nº 20/2021

En Madrid, a 25 de enero de 2021.

La Ilma Sra. Dña. [REDACTED] Magistrad del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 31 de MADRID ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número [REDACTED] 2020 y seguido por el Procedimiento Abreviado en el que se impugna la siguiente actuación administrativa:

Resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid, que acuerda la expulsión del territorio nacional de ciudadano extranjero al comprobarse que no dispone de documento alguno que acredite la situación de estancia o residencia legal en España.

Son partes en dicho recurso: como recurrente D. [REDACTED] [REDACTED], representado y dirigido por LETRADO D. JOSE MANUEL BELTRAN CRISTOBAL, y como demandada DELEGACION DEL GOBIERNO EN MADRID, representada y dirigida por Sr. ABOGADO DEL ESTADO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escrito presentado se interpuso Recurso Contencioso-Administrativo contra la “Resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid de 15 de junio de 2020 que DECRETA LA EXPULSIÓN Y PROHIBICIÓN DE ENTRADA POR 1 AÑO de mi defendido a España.” formulando demanda en cuyo suplico interesa el dictado de Sentencia:

“declarando:

- No ser conforme a Derecho la orden de expulsión del territorio nacional de DON [REDACTED], con la consiguiente prohibición de entrada en España por un periodo de 1 año.
- Anule el acto con la imposición de costas a la Administración.
- Subsidiariamente solicitamos que se sustituya la orden de expulsión por una multa con el aviso de abandonar territorio español de forma voluntaria en un plazo de 15 días y sin prohibición de entrada, y sin perjuicio de la situación sanitaria actual. Y subsidiariamente que en caso de que se mantenga la expulsión se rebaje a 6 meses.”

SEGUNDO.- Previo reparto fueron turnadas las actuaciones a este Juzgado y admitido a trámite el recurso, se acordó reclamar a la Administración, el correspondiente expediente y convocar a las partes a la celebración de la vista que tuvo lugar en la fecha señalada, compareciendo ambas partes, cada una alegó los hechos y fundamentos de derecho que, en defensa de sus intereses, tuvo por conveniente, practicándose la prueba documental y testifical que, propuesta, fue declarada pertinente, con el resultado que obra en autos, tras lo cual, previas conclusiones de las partes, se declararon conclusos para dictar Sentencia.

TERCERO.- Se fija la cuantía del presente recurso en indeterminada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del recurso se concreta en determinar la conformidad al ordenamiento jurídico de la Resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid, de fecha 15 de junio de 2020, recaída en el expediente nº [REDACTED] por la que se acuerda la expulsión del territorio nacional del recurrente, don [REDACTED], nacional de Costa Rica, y prohibición de entrada por un periodo de 1 año, al

comprobarse que no dispone de documento alguno que acredite la situación de estancia o residencia legal en España.

Solicita el recurrente, la nulidad de la referida resolución, alegando, con las precisiones efectuadas en la vista, la ausencia de notificación de la propuesta de resolución, generándose la indefensión del expedientado. Subsidiariamente indica que ha de aplicarse la excepción del artículo 5 de la directiva 2008/115CE en cuanto al mantenimiento de la vida familiar que desarrolla el recurrente como queda acreditado con la documental aportada, significando

“Que mi representado vino a España el 16 de julio de 2019 conforme consta en su pasaporte (DOCUMENTO N 3). Y el motivo por el cual mi representado vino a España fue para ver a su pareja sentimental, Doña [REDACTED], de nacionalidad española de origen con DNI [REDACTED]. Se adjunta copia de su DNI como DOCUMENTO N 4. Que era intención de mi representado volver a Costa Rica, y más adelante es intención de ambos contraer matrimonio. (...) Si bien la relación de la pareja ya estaba totalmente consolidada, habiéndose empadronado mi representado en el mismo domicilio que Doña [REDACTED], se adjunta certificado de empadronamiento como DOCUMENTO N 14. Durante el tiempo de estancia en España mi representado ha contado con recursos económicos propios de su país y con la ayuda de su pareja y su familia. La relación se ha consolidado hasta tal punto que la pareja ha decidido contraer matrimonio, situación que desde luego permitiría a mi representado obtener el permiso de residencia como familiar comunitario regularizando así su situación. Con tal fin la pareja pidió y se le dio cita previa ante el Registro Civil de [REDACTED] para el 24 de marzo de 2020 para presentar la solicitud de expediente de matrimonio, se adjunta la cita como DOCUMENTO N 15. Si bien, por motivo del Covid – 19, la cita fue suspendida y no pudieron presentar la solicitud, de hecho ahora tienen el problema de no poder aportar el certificado de nacimiento de mi representado por estar palizada la Administración hondureña.(...) Hay que tener en cuenta la voluntad de mi representado de salir bien parado del presente procedimiento sancionador, pues es su intención junto con Doña [REDACTED] de continuar con su relación sentimental, de contraer matrimonio y de tener hijos. Además mi representado tiene formación como cocinero y no son pocas las ofertas que le van saliendo. A efectos de su formación se aporta Título de Bachiller en Educación Media como DOCUMENTO N 17, título de Técnico Medio en Industria Textil como DOCUMENTO N 18, Curso de fundamentos básicos de la Gastronomía como DOCUMENTO N 19, Título de manipulación de Alimentos como DOCUMENTO N° 20..”.

La Abogacía del Estado se ha opuesto a la demanda interesando su desestimación con remisión a la resolución impugnada.

SEGUNDO.- En el supuesto de autos, la comisión de la infracción resulta acreditada, pues se trata de un ciudadano extranjero, sin permiso de trabajo ni residencia, que no ha procedido a regularizar su situación careciendo a la fecha de incoación de cualquier documento que le permita la permanencia legal en territorio nacional. En el acuerdo de incoación se deja constancia de que el recurrente es detenido por infracción de la ley de extranjería. Como es de ver, la propuesta de resolución, no trasladaba extremo alguno distinto de los hechos ya consignados en el propio acuerdo de incoación. Asimismo, de la lectura de las alegaciones de descargo efectuadas, que la resolución impugnada manifiesta

haber tomado en consideración, no se desprende que se propusiera medio probatorio alguno distinto de la documental que se adjuntaba.

TERCERO.- La cuestión relativa a la dualidad punitiva que la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social prevé para la infracción grave de estancia irregular, prevista en su art. 53.1.a), y que puede dar lugar a la sanción de multa o -en su lugar y en atención al principio de proporcionalidad- a la expulsión conforme a los art. 55.1.b) y 57.1 de dicho texto, y cual sea la relación de dicha normativa con 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, ha presentado la siguiente evolución:

A) El TSJ, Madrid, ha venido sosteniendo (SSTSJ, Madrid, Contencioso sección 3 de 30 de noviembre de 2016, Recurso: 615/2016 y de 20 de julio de 2016, Recurso: 354/2016) que tras la STJUE de 23 de abril de 2015 no es posible imponer multa en situación de estancia irregular, siendo obligado el respeto a la Directiva de retorno, por la primacía del derecho comunitario. No es una aplicación retroactiva contraria a la constitución, y en definitiva “la cuestión de la proporcionalidad de la sanción de expulsión ha devenido a ser irrelevante a raíz de la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 23 de Abril de 2015 que revisa el desarrollo en el ordenamiento español de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento y del Consejo”, de modo que no es posible imponer multa en situación de estancia irregular, siendo obligado el respeto a la Directiva de retorno, por la primacía del derecho comunitario, y que ello no entraña una aplicación retroactiva contraria a la constitución. También el TSJ de Madrid (sección 6 de 16 de diciembre de 2015 Sentencia: 555/2015 | Recurso: 696/2015) señala que “solo en caso de que se aprecien circunstancias humanitarias, menores a cargo por ejemplo, podría dejarse sin efecto la sanción teniendo en cuenta los preceptos de la Directiva 2008/115”

B) La STS, Contencioso sección 5 del 12 de junio de 2018 (ROJ: STS 2523/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2523), avaló esta interpretación señalando que resulta clara la postura mantenida por el TJUE sobre la normativa nacional aplicable, concluyendo, 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. En consecuencia, el ordenamiento jurídico aplicable para la resolución del expediente abierto por la Administración sobre la situación irregular del recurrente y su decisión por la resolución impugnada está constituido, como derecho interno, por los preceptos de la Ley Orgánica 4/2000 y, como derecho comunitario, por lo correspondientes preceptos de la Directiva 2008/115/CE, según la interpretación efectuada por el Tribunal de Justicia, de manera que ninguna objeción puede oponerse respecto del principio de legalidad y tipicidad en materia sancionadora, en cuanto la conducta imputada al recurrente estaba definida perfectamente de manera previa en la normativa aplicable. En el mismo sentido se pronunciaron con posterioridad, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2018 (Sec. 5ª, recurso nº 5819/2007), de 21 de enero de 2019 (Sec. 5ª, recurso nº 4856/2017) y de 8 de febrero de 2019 (Sec. 5ª, recurso nº 4666/201).

En esta última resolución, se afirmaba lo siguiente:

“Sobre la base de nuestros los precedentes pronunciamientos -en los que nos ratificamos-, y siendo la cuestión suscitada en el presente recurso de casación, como más arriba decíamos, sustancialmente igual a la planteada y resuelta en nuestra sentencia nº 38, de 21 de enero del corriente (casación 4856/17), procede reiterar:

A) Que, conforme a la STJUE de 23 de abril de 2015, interpretando la Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, la sanción aplicable a los extranjeros cuando hayan incurrido en las conductas tipificadas como graves en el apartado a) del artículo 53.1 de la Ley Orgánica 4/2000 será la de expulsión, que, no obstante, podrá no llevarse a efecto cuando concorra alguno de los supuestos de excepción previstos en los apartados 2 a 5 del artículo 6 de la Directiva retorno o, en su caso, en su art. 5, que determinará la aplicación del principio de no devolución.

B) Que tales supuestos de excepción, incluido el previsto en el art. 6.4 de la Directiva, no operan como criterios de ponderación o proporcionalidad a efectos de aplicar alternativamente y de manera sustitutoria la sanción de multa”.

C) No obstante, con fecha 25 de julio de 2019 el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha planteó al TJUE, asunto C-568/19, la siguiente cuestión prejudicial: Si es compatible con la doctrina del 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 Derecho comunitario para imponer a un Estado la debida transposición de las Directivas.

Con fecha 8 de octubre de 2020 se ha dictado sentencia resolviendo la cuestión prejudicial antedicha, asunto C-568/19, EU:C:2020:807, con el siguiente y literal tenor en su parte declarativa: 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.

D) El TS, Contencioso sección 1, mediante auto del 27 de octubre de 2020, ha admitido a trámite el Recurso de casación 2870/2020, frente a la sentencia de 17 de enero de 2020 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 9ª) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, precisando que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar:

* 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 concurren circunstancias agravantes añadidas a su situación irregular.

E) El TSJ de Madrid, Sala de lo contencioso, declara que debe seguir manteniendo la interpretación de las normas legales que se ha venido declarando por el Tribunal Supremo desde la sentencia de 12 de junio de 2018. Señala la Sala de lo Contencioso-Administrativo deL Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sentencia nº 798/2020 Sección Décima, de 12 de noviembre de 2020, Apelación 566/2020) que “(..) La infracción del principio de proporcionalidad por referencia a la eventual imposición de una multa es una tesis que no puede admitirse pues presupone que la doctrina tradicional del Tribunal Supremo, al interpretar la normativa nacional, y la jurisprudencia comunitaria, al interpretar la Directiva 2008/115/CE, resultan compatibles.

Pues bien, esta Sección estima que no cabe acoger la pretendida compatibilidad entre la jurisprudencia nacional y la comunitaria a que se ha hecho referencia en fundamentos precedentes pues a ello se opone el claro tenor de

la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015 (“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”).

Posición que resulta confirmada por las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2018 y posteriores que han sido mencionadas en el fundamento jurídico precedente.”

CUARTO.- 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".

Junto a estos, el artículo 5 de la citada Directiva, sobre no devolución, interés superior del niño, vida familiar y estado de salud, 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.

En el presente caso sí se observan datos relevantes pues de las actuaciones documentadas en el proceso, se comprueba, como se alegaba en la demanda, que el ciudadano extranjero se encuentra empadronado y reside junto a su pareja sentimental, de nacionalidad española, relación que continua hasta la fecha habiendo incluso solicitado inicio de expediente matrimonial.

QUINTO.- En cuanto a las costas, de conformidad con el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, en la redacción dada por la ley 37/2011, y como autoriza el precepto, no debe producirse su imposición en aquellas situaciones, como la presente, en el que fáctica y jurídicamente el asunto no está suficientemente claro desde un principio

FALLO

Primero.- Estimar el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación del recurrente don [REDACTED], contra la resolución de la DELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN MADRID-AGE reseñada en el F.D. Primero, anulándola por mostrarse disconforme a Derecho.

Segundo.- Sin imposición de costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN, que se interpondrá ante este Juzgado en el plazo de QUINCE DÍAS, siguientes al de su notificación.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronuncio, mando y firmo