



**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE
CANTABRIA. SALA DE LO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

Avda Pedro San Martín S/N
Santander
Teléfono: 942 35 71 24
Fax.: 942 35 71 35
Modelo: TX901

Procedimiento Abreviado 0000307/2014 - 00
JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 1 de Santander
Ponente: José Ignacio López Cárcamo

Proc.: **RECURSO DE APELACIÓN**

Nº: **000099/2015**

NIG: 3907545320140000905

Resolución: Sentencia 000262/2015

Intervención:	Interviniente:	Procurador:
Apelante	DELEGACION DEL GOBIERNO EN CANTABRIA	
Apelado	XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX	EVA MARÍA PLAZA LÓPEZ

SENTENCIA nº 000262/2015

Iltmo. Sr. Presidente

Don Rafael Losada Armadá

Iltmo/a. Sr/a. Magistrado/a

Don José Ignacio López Cárcamo

Doña María Esther Castanedo García

En Santander, a diecinueve de junio de dos mil quince.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria ha visto el recurso de apelación número **99/15**, interpuesto por la **DELEGACION DEL GOBIERNO EN CANTABRIA**, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, contra la Sentencia núm. 33/2015 de 9 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Uno de Santander, siendo parte apelada ~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~
~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~ representado por la Procuradora D^a Eva María Plaza López y defendido por la Letrada D^a Claudia Noelia Fuentevilla Gómez.

Es ponente de esta sentencia el Iltmo. Sr. D. José Ignacio López Cárcamo, quien expresa el parecer de la Sala.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: La Delegación del Gobierno ha interpuesto recurso de apelación contra la Sentencia del JCA nº 1 nº 33/2015, de 9 de febrero, por la que se estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del Delegado del Gobierno, de fecha 15 de julio de 2014, que impuso la sanción de expulsión, anulando ésta y sustituyéndola por multa de 900 euros.

SEGUNDO: La parte apelante solicita de la Sala dicte sentencia por la que, estimando el recurso, revoque la de instancia, confirmando la sanción impugnada.

TERCERO: La parte apelada formula oposición al recurso de apelación, solicitando de la Sala dicte sentencia por la que se desestime el recurso, con expresa condena en costas a la apelante.

CUARTO: Recibidas las actuaciones en esta Sala y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba del recurso, ni la celebración de vista ni presentación de conclusiones, se señaló el día 10 de junio de 2015 para la votación y fallo, en que efectivamente se deliberó, votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de primera instancia anula la resolución administrativa impugnada en la parte en que impone la sanción de expulsión por la comisión de la infracción tipificada en el art. 53.1.a) de la LODLE y la sustituye por la de multa de 900 euros.



Para llegar a ese resultado, el juez "a quo", aplica la jurisprudencia que, en el marco del principio de proporcionalidad, considera preciso, para justificar la opción por la sanción de expulsión en vez de la de multa, que concurren elementos negativos añadidos a la estancia irregular que conforma el tipo, que habrá que valorar ponderadamente con otras circunstancias relevantes de la conducta y situación del interesado.

La aplicación al caso que hace el juez "a quo" de tal línea jurisprudencia es, en síntesis, la siguiente:

Pondera, en el marco del principio de proporcionalidad, los elementos negativos concurrentes: dos sanciones precedentes por los mismos hechos sin intento de regularización, con los elementos positivos que aprecia: el demandante convive con su madre y hermano, que tienen residencia legal en España, ha estado en nuestro país durante 14 años, ha cursado en el mismo la enseñanza obligatoria, y ha seguido un curso de manipulador de alimentos y otro de ayudante técnico.

Atendiendo a la relevancia de estas circunstancias, el juez "a quo" considera la expulsión una sanción desproporcionada y la sustituye por la de multa de 900 euros.

La parte apelante, alega, en síntesis, que en la sentencia no se justifica suficientemente la sustitución de la expulsión por la multa, porque no se ha acreditado la convivencia del demandante con su madre y porque en ningún momento ha intentado regularizar su estancia en España tras las dos sanciones precedentes por estancia irregular.



Pues bien, aunque ciertamente no consta suficientemente acreditada la efectiva convivencia del demandante con su madre y hermano (la sentencia de primera instancia se refiere, en este extremo, al testimonio del propio interesado, sin apoyo en otros medios de prueba), la vinculación familiar en sí misma, unida a las otras circunstancias de arraigo social consideradas en la sentencia, tiene la suficiente fuerza para inclinar la balanza de la ponderación del lado de la alternativa sancionadora a la expulsión por la que ha optado el juez de la primera instancia, pues implican sólidos lazos con España, mientras que los elementos negativos (incumplimiento de las sanciones precedentes y falta de intentos de regularización), siendo relevantes, no alcanzan el grado de gravedad (propio de otros supuestos como los antecedentes penales) que les añada el peso necesario para imponerse al referido arraigo en la confrontación proporcionada.

SEGUNDO.- Pero el análisis jurídico no puede acabar aquí, pues con posterioridad al dictado de la sentencia apelada se ha producido un hecho jurídico que incide de forma determinante en la manera de afrontar la solución jurídica de casos como el que nos ocupa. Ese hecho jurídico es la Sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015. Dicha sentencia se dictó en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, respecto de la interpretación de los artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, de 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. Cuestión que se planteó en el marco de un proceso en el que se debatía la medida de expulsión de un extranjero.

Para mejor entender la incidencia de dicha sentencia del TJUE en la normativa española sobre extranjería, es conveniente reproducir algunos de sus razonamientos:

“(…) con objeto de responder de forma útil al tribunal remitente, procede entender que mediante la cuestión planteada se pregunta si la Directiva 2008/115, 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 una 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.

29 Resulta del auto de remisión que, con arreglo a la normativa nacional controvertida en el procedimiento principal, tal como es interpretada por el Tribunal Supremo, la situación irregular de los nacionales de terceros países en territorio español puede ser sancionada exclusivamente mediante una multa, que es incompatible con la expulsión del territorio nacional, medida esta que sólo se acuerda si existen circunstancias agravantes adicionales.

A este respecto, ha de recordarse que el objetivo de la Directiva 2008/115, tal como se desprende de sus considerandos 2 y 4, es establecer una política eficaz de expulsión y repatriación. Además, en virtud de su artículo 1, esta Directiva establece las «normas y procedimientos comunes» aplicables por cualquier Estado miembro al retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

31 Como indica el apartado 35 de la sentencia El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268), el artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva prevé ante todo, con

carácter principal, la obligación de los Estados miembros de dictar una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio.

32 En efecto, una vez comprobada la irregularidad de la situación, las autoridades nacionales competentes deben, en virtud de dicho precepto y sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5 del mismo artículo, adoptar una decisión de retorno (sentencia Achughbavian, C-329/11, EU:C:2011:807, apartado 31). A este respecto, ningún dato del expediente remitido al Tribunal de Justicia permite suponer que el Sr. Zaizoune se encuentre en una de las situaciones contempladas en dichos apartados.

33 Asimismo, ha de señalarse que, cuando se ha adoptado una decisión de retorno respecto a un nacional de un tercer Estado, pero éste no ha respetado la obligación de retorno, ya sea en el plazo concedido para la salida voluntaria, ya sea cuando no se ha fijado plazo alguno al efecto, el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2008/115 impone a los Estados miembros, con objeto de garantizar la eficacia de los procedimientos de retorno, la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para proceder a la expulsión del interesado, esto es, como dispone el artículo 3, punto 5, de la citada Directiva, al transporte físico del interesado fuera del Estado miembro (véase, en este sentido, la sentencia Achughbavian, C-329/11, EU:C:2011:807, apartado 35).

34 Por otra parte, debe recordarse que tanto del deber de lealtad de los Estados miembros como de las exigencias de eficacia recordadas en particular en el considerando 4 de la Directiva 2008/115, se deriva que la obligación impuesta a los Estados miembros por el artículo 8 de la citada Directiva de proceder a la expulsión, en los supuestos mencionados en el apartado 1

de ese artículo, debe cumplirse lo antes posible (véase la sentencia Sagor, C-430/11, EU:C:2012:777, apartado 43 y jurisprudencia citada).

35 De ello se deriva que una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal no responde a las manifiestas exigencias impuestas por los artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, de la Directiva 2008/15.

36 La facultad de los Estados miembros de establecer excepciones, en virtud del artículo 4, apartados 2 y 3, de la Directiva 2008/115, a las normas y procedimientos regulados en ésta no puede desvirtuar dicha conclusión.

37 Así, respecto a las disposiciones pertenecientes al acervo comunitario en materia de inmigración y de asilo que resulten más favorables para el nacional de un tercer país, contempladas en el apartado 2 de dicho artículo, es preciso señalar que ningún precepto de dicha Directiva ni ninguna disposición de un acto perteneciente al acervo comunitario permiten establecer un sistema que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de un Estado miembro, imponga, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí.

38 En cuanto al apartado 3 del mismo artículo, debe señalarse que la facultad de establecer excepciones que contiene está supeditada al requisito de que las disposiciones más favorables para las personas incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115, adoptadas o mantenidas por los Estados miembros, sean compatibles con dicha Directiva. Ahora bien, habida cuenta del objetivo que persigue esta Directiva, recordado en el apartado 30 de la presente sentencia, y de las obligaciones que imponen claramente a los Estados miembros los artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, de la misma Directiva, la citada compatibilidad no queda

garantizada si la normativa nacional establece un sistema como el descrito en el apartado anterior de esta sentencia.

39 A este respecto, cabe recordar 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 (véase, en este sentido, la sentencia Achughbadian, C-329/11, EU:C:2011:807, apartado 33 y jurisprudencia citada).

40 De lo anterior se desprende 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 (véase, en este sentido, la sentencia Achughbadian, C-329/11, EU:C:2011:807, apartado 39).

41 En atención a las consideraciones anteriores, debe responderse a la cuestión planteada que la Directiva 2008/115, 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 una 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."

Tras estos razonamientos, el TJU termina declarando:

"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.”
Hasta aquí la cita de la sentencia del TJUE. El subrayado es nuestro.

CUARTO.- Sin perjuicio del análisis que futuros casos puedan exigir de la sentencia del TSJUE y de las nuevas consecuencias interpretativas que puedan surgir de los mismos; en lo que interesa al caso que nos ocupa, hay que decir lo siguiente:

El principio de primacía del Derecho Comunitario implica la inaplicación de las normas internas, incluidas la de rango o fuerza de ley, que resulten incompatibles con las normas comunitarias, inaplicación que se refuerza cuando tal incompatibilidad ha sido declarada, como es el caso, por el TUJE, que es el supremo interprete del Derecho comunitario.

Ahora bien, hay que considerar que la inaplicación por los tribunales de una norma con rango con fuerza de ley, en virtud del principio de primacía del Derecho Comunitario y de la doctrina vertida por el TJUE en su interpretación, debe limitarse al contenido de la ley interna en que se patentice la contradicción insalvable con la norma del Derecho Comunitario de que se trate. Dicho de otra manera: La inaplicación de la norma interna solo debe alcanzar a lo imprescindible para garantizar la eficacia de la norma comunitaria con la que entra en contradicción según la interpretación dada por el TJUE.

En el caso que nos ocupa, entendemos que los artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, en relación con su artículo 4, apartados 2 y 3, de la Directiva 2008/115,

tal y como han sido interpretados por la sentencia del TJUE analizada, conducen a que, en el supuesto previsto en el art. 53.1.a) de la LODLE, el juzgador ha de inaplicar los arts. 55.1.b) y 57.1.3 de dicha Ley, únicamente en la medida en que posibilitan que la multa sustituya a la expulsión.

Lo precedente conduce a la pérdida sobrevenida de la virtualidad nomofiláctica de la jurisprudencia según la cual, en el supuesto del art. 53.1.a) de la LODLE, la regla era la imposición de multa, de modo tal que la medida de expulsión solo cabía, en cuanto sanción más grave, cuando el principio de proporcionalidad la justificara en función de la ponderación de las circunstancias del caso que incidiesen en la antijuridicidad de y la culpabilidad.

Sin embargo, de la citada sentencia del TJUE no deriva la exigencia de que en todo caso de estancia irregular -art. 53.1.a) de la LODLE-, deba acordarse la medida de expulsión.

En efecto, la propia Directiva 2008/115, en su art. 6 establece excepciones a la expulsión; a saber:

“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.”

Hasta aquí la cita del art. 6 de la Directiva 2008/115. El subrayado es nuestro.

En el apartado 4 se introduce una excepción de amplio espectro, pues el concepto “razones humanitarias o de otro tipo” engloba en su seno una gran variedad de circunstancias, ya que se pueden contemplar muchas situaciones que inciden en lo que en el acervo jurídico-social común se entiende por valores humanitarios. Pero no debe olvidarse que la Directiva impone como regla la expulsión de los extranjeros sin título habilitante para permanecer en España, por lo que no se puede, a través de una interpretación extensiva de su art. 6, hacer de la excepción la regla.

En la zona de certeza positiva de esa excepción, han de incluirse, desde luego, los supuestos en que la expulsión afecte a derechos fundamentales, que forman parte del Derecho Comunitario como principios generales, esto es, los proclamados en el CEDH interpretados por el TEDH.

Hay que parar mientes, también, en que la normativa española sobre extranjería contempla de forma relevante las razones humanitarias y las que se refieren a la vida familiar (art. 8 del CEDU); ejemplos son los arts. 57.5.d) y 57.6 de la LODLE y 52 y 126 del RD 557/2011. Pero hay que matizar lo precedente, en el sentido de que si bien la aplicación de la Directiva no avoca a la expulsión en todo caso del extranjero sin título habilitante de estancia, tampoco determina que, ante cualquier circunstancia que pueda calificarse de humanitaria o ante cualquier implicación de un derecho o principio constitucional, deba excluirse la expulsión. En este extremo habrá que ponderar esa circunstancia con otras concurrentes bajo la égida del principio de proporcionalidad. Tras la STJUE comentada, este principio no puede fundar la sustitución de la expulsión por una multa; pero esto no quita para que quepa aplicarlo para determinar si las circunstancias del caso justifican o no la medida de expulsión.

QUINTO.- Para resolver la presente apelación, debemos aplicar la Directiva 2008/115, tal y como ha sido interpretada en la sentencia del TJUE analizada.

Tal aplicación no significa ni la introducción de hechos nuevos ni la retroacción de norma alguna, pues dicha norma comunitaria estaba vigente al momento de dictarse el acto administrativo y la sentencia de instancia y porque la Sentencia del TJUE no crea norma, se limita a interpretar la sobredicha Directiva.

Conviene citar la STC 82/2015:



"3.(...) Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que las exigencias de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima de los litigantes no generan un derecho adquirido a una determinada jurisprudencia, por más que hubiera sido constante (STEDH de 18 de diciembre de 2008, caso Unédic contra Francia, § 74), pues la evolución de la jurisprudencia no es en sí contraria a la correcta administración de justicia, ya que lo contrario impediría cualquier cambio o mejora en la interpretación de las leyes (STEDH de 14 de enero de 2010, caso Atanasovski contra la ex República Yugoslava de Macedonia, § 38).

A lo anterior debemos añadir que en el sistema de civil law en que se desenvuelve la labor jurisprudencial encomendada al Tribunal Supremo español, la jurisprudencia no es, propiamente, fuente del Derecho –las sentencias no crean la norma– por lo que no son miméticamente trasladables las reglas que se proyectan sobre el régimen de aplicación de las leyes. A diferencia del sistema del common law, en el que el precedente actúa como una norma y el overruling, o cambio de precedente, innova el ordenamiento jurídico, con lo que es posible limitar la retroactividad de la decisión judicial, en el Derecho continental los tribunales no están vinculados por la regla del prospective overruling, rigiendo, por el contrario, el retrospective overruling (sin perjuicio de la excepción que, por disposición legal, establezca el efecto exclusivamente prospectivo de la Sentencia, como así se prevé en el art. 100.7 LJCA en el recurso de casación en interés de ley).

Así tuvimos ocasión de señalarlo ya en nuestra STC 95/1993, de 22 de marzo, en la que subrayamos que la Sentencia que introduce un cambio jurisprudencial "hace decir a la norma lo que la norma desde un principio decía, sin que pueda entenderse que la jurisprudencia contradictoria anterior haya alterado esa norma, o pueda

imponerse como Derecho consuetudinario frente a lo que la norma correctamente entendida dice" (FJ 3)."

Hasta aquí la cita de la STC 82/2015.

Con esta premisa podemos concluir lo siguiente:

Aunque el vínculo familiar y social del interesado era un dato a considerar, en el marco del principio de proporcionalidad aplicado al régimen sancionador en materia de extranjería, para justificar la sustitución por multa de la sanción de expulsión, no lo es para impedir la expulsión, desde la óptica de regulación contenida en la Directiva 2008/15; pues esa vinculación no constituye una razón suficiente de las previstas en el art. 6 de dicha norma comunitaria.

Hay que insistir en que, según hemos entendido la STJUE, la Directiva impone como regla la expulsión de los extranjeros sin título habilitante para permanecer en España (precisamente al contrario que la interpretación que el TS hacía de los arts. 55.1.b) y 57.1.3 de la LODLE), de forma que su inaplicación debe verse como una excepción, y sabido es que la interpretación de las excepciones a una regla no pueden extenderse hasta el extremo de desvirtuar la misma.

Y en este marco hermenéutico, es relevante el que la parte actora no haya acreditado una convivencia real con su madre y hermano ni la dependencia económica unidireccional o recíproca.

En definitiva, debemos revocar la sentencia de primera instancia por contraria a artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre, tal y como han sido interpretados por la Sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015.

SEXTO.- No procede imponer las costas de esta segunda instancia. Y en cuanto a las de la primera instancia, estimamos que no procede imponérselas a la parte



demandante, porque, la sentencia de primera instancia se funda en una línea jurisprudencial reiterada cuya contradicción con la Directiva citada era dudosa antes de la Sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015, lo que justifica la aplicación de la excepción a la regla del vencimiento prevista en el art. 139.1 de la LJCA.

F A L L O

Estimamos el presente recurso de apelación y revocamos la sentencia apelada, con desestimación del recurso contencioso-administrativo y sin imposición de las costas, ni las de esta apelación ni las de la primera instancia.

Contra esta sentencia no cabe recurso alguno.

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