

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**RECURSO DE APELACIÓN N° 615/2015**

**SENTENCIA NUMERO 293/2016**

ILMOS. SRES.  
PRESIDENTE:  
DOÑA ANA ISABEL RODRIGO LANDAZABAL

MAGISTRADOS:  
DON ÁNGEL RUIZ RUIZ  
DON JOSÉ ANTONIO ALBERDI LARIZGOITIA

En la Villa de Bilbao, a quince de junio de dos mil dieciséis.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los/as Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra la sentencia dictada el 12 de mayo de 2015 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 5 de BILBAO (BIZKAIA) en el recurso contencioso-administrativo número 31/2015, en el que se impugna: la resolución de 27 de enero de 2015 de la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia, por la que se impuso a D. [REDACTED] la sanción de expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada de cinco años como responsable de una infracción de estancia irregular en España.

Son parte:

- APELANTE: [REDACTED], representado por la Procuradora D<sup>a</sup>. ANA CARMEN MARTÍNEZ RUIZ y dirigido por el letrado D. JESÚS TEJEDOR ARIAS.

- APELADO: ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO [-Subdelegación del Gobierno en Bizkaia-], representada y dirigida por el ABOGADO DEL ESTADO.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ ANTONIO ALBERDI LARIZGOITIA.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por D. [REDACTED] recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia por la que anule, revoque y deje sin efecto la sentencia recurrida, concediéndole un permiso de residencia autónomo u otra autorización que otorgue un derecho de estancia por razones humanitarias o de otro tipo al amparo de lo prevenido en el art. 6.4 de la Directiva 2008/115, y, subsidiariamente para el caso de considerar la infracción grave, imponga la sanción de multa en su cuantía mínima, condenando en costas a la Administración demandada.

SEGUNDO.- El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación .

Por la Letrada Sustituta del Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta, en fecha 14 de julio de 2015 se presentó escrito de oposición al recurso de apelación, suplicando se dictase sentencia por la que, desestimando el recurso de apelación, confirme la sentencia apelada.

TERCERO.- Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 14/6/2016, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

CUARTO.- Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### PRIMERO: Planteamiento del recurso.

Se interpone el presente recurso de apelación número 615/2015 contra la sentencia número 63/2015, de 12 de mayo, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 5 de Bilbao en el procedimiento abreviado número 31/2015, desestimatoria del recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución de 27 de enero de 2015 de la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia, por la que se impuso al interesado la sanción de expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada de cinco años como responsable de una infracción de estancia irregular en España.

La resolución de 27 de enero de 2015 de la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia, impuso al interesado, nacional del Reino de Marruecos, la sanción de expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada de cinco años como responsable de una infracción de estancia irregular en España de conformidad con lo previsto por los artículos 53.1.a) y 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX) razonando que además de su estancia irregular por carecer de título habilitante, le constan diligencias judiciales por dos causas de malos tratos físicos en el ámbito familiar, y, asimismo, diligencias policiales por hurto.

Contra dicha resolución interpuso recurso jurisdiccional pretendiendo su anulación alegando la infracción del principio de proporcionalidad, ya que cumplió la pena de trabajos en beneficio de la comunidad que se impuso por una falta de hurto, y fue absuelto por el Juzgado de lo Penal número 2 de Palma de Mallorca del delito de violencia de género del que venía acusado, invocando su arraigo familiar al ser padre de una niña de siete años nacida en España y domiciliada con su madre en Palma de Mallorca, habiendo dispuesto de autorización de residencia por reagrupación familiar.

La sentencia apelada desestimó el recurso razonando que el recurrente no se halla en ninguno de los supuestos en que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015 (asunto C-38/14 Zaizoune) permite la sustitución de la expulsión por multa, rechazando el arraigo familiar alegado porque la hija del actor nació en España mientras él se hallaba en Marruecos, vive en las Islas Baleares en tanto que el recurrente vive en Getxo, y no acredita convivencia familiar.

Contra dicha sentencia se interpone el presente recurso de apelación pretendiendo su revocación y el dictado de otra estimatoria del recurso. Alega que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea lo que dice es que no pueden ser excluyentes la multa y la expulsión, y realmente no lo son en la LOEX, puesto que la multa lleva aparejada una orden de abandonar España de forma voluntaria en un plazo determinado, y es su incumplimiento el que determina sucesivamente la sanción de expulsión. Alega que además 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, contempla excepciones a la decisión de retorno por razones humanitarias o de otro tipo, en las que encaja la situación del actor puesto que carece de antecedentes penales y tiene arraigo familiar por ser padre de una menor que reside en España, y aunque la sentencia dice que no se acredita la convivencia, consta que disfrutó de una autorización de residencia por reagrupación familiar con vigencia hasta el 29 de diciembre de 2013 lo que ya es una prueba documental de la convivencia, y que vive en Getxo porque está desarrollando una oferta formativa de operario medioambiental.

Alega además que no cabe aplicar retroactivamente las consecuencias derivadas de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los términos en que lo hace la sentencia apelada.

La Administración General del Estado se opuso al recurso alegando que con independencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015, en aplicación de la legislación española y la interpretación jurisprudencial de la misma, resultaba procedente la sanción de expulsión puesto que el interesado se hallaba indocumentado, en situación irregular en España sin domicilio conocido ni medios de vida, y además estaba implicado en actuaciones policiales y judiciales, constándole una prohibición de entrada en el espacio Schengen acordada por Suiza desde el 28 de noviembre de 2012 hasta el 27 de noviembre de 2015. Alega por lo demás que el recurrente no se halla en ninguno de los supuestos de excepción a la orden de retorno del artículo seis de la Directiva 2008/115/CE.

SEGUNDO: Criterios jurisprudenciales sobre el principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción de expulsión del territorio nacional por estancia irregular. Incidencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015 (asunto C-38/2014).

El debate en la instancia y en esta alzada gira en torno a la vulneración del principio de proporcionalidad por la resolución recurrida en la medida en que impone la sanción de expulsión en lugar de la de multa.

La sentencia apelada examina la doctrina jurisprudencial relativa a la aplicación del principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción de expulsión por estancia irregular, si bien no examina el caso a la luz de la misma, sino que aprecia que de conformidad con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015 (Asunto C-38/2014), procede la expulsión entendida como decisión de retorno, en la medida en que el recurrente no se halla en ninguno de los supuestos de excepción a la decisión de retorno previstos por el artículo 6 de la Directiva 2008/115/CE.

En la resolución del recurso debemos examinar en primer lugar el caso a la luz de la doctrina jurisprudencial relativa al principio de proporcionalidad en la imposición de las sanciones de multa y expulsión por estancia irregular, analizando seguidamente la incidencia que en el caso debemos atribuir a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015.

A) Marco normativo nacional e interpretación jurisprudencial en relación con las consecuencias jurídicas de la estancia irregular.

El 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 (LOEX), tipifica como falta grave encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la

mencionada autorización, siempre que el interesado no hubiese solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente.

El art. 55.1.b) LOEX sanciona las faltas graves con multa de 501 hasta 10.000 euros.

El art. 57 LOEX, en la redacción dada por el artículo único, núm.60, de la LO 2/2009 de 11 diciembre 2009, establece:

<<1. Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del art. 53.1 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción.

.../...

3. En ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa.

.../...>>

El art. 57.1 LOEX vino a recoger la doctrina jurisprudencial de la que son exponentes las SSTs STS de 14 de diciembre de 2005 (Rec. 4464/2003), de 22 de diciembre de 2005 (rec.444/2003), de 22 de diciembre de 2005 (Recurso: 6096/2003), del siguiente tenor:

<< QUINTO.- En segundo lugar, alega el Sr. Abogado del Estado la aplicación indebida del artículo 57-1 de la Ley Orgánica 4/2000, pues del simple examen del expediente administrativo se deduce la motivación adecuada de la resolución que se impugna.

Tampoco este motivo puede ser aceptado.

En la Ley Orgánica 7/85, de 1 de Julio, la expulsión del territorio nacional no era considerada una sanción, y así se deduce de una interpretación conjunta de sus artículos 26 y 27, al establecerse como sanción para las infracciones de lo dispuesto en la Ley la de multa y prescribirse que las infracciones que den lugar a la expulsión no podrían ser objeto de sanciones pecuniarias. Quedaba, pues, claro en aquella normativa que los supuestos en que se aplicaba la multa no podían ser castigados con expulsión.

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero (artículos 49 -a), 51-1-b ) y 53-1 ), en regulación mantenida por la reforma operada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de Diciembre (artículos 53 -a), 55-1-b ) y 57-1 ), cambia esa concepción de la expulsión , y prescribe que en el caso de infracciones muy graves y graves de las letras a ), b), c), d) y f) del artículo 53 "podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español", e introduce unas previsiones a cuyo tenor "para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerlas (sic) se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad, y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia".

De esta regulación se deduce:

1º.- Que el encontrarse ilegalmente en España (una vez transcurridos los noventa días previstos en el artículo 30-1 y 2 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, ya que durante los primeros noventa días no procede la expulsión sino la devolución), repetimos, ese encontrarse ilegalmente en España, según el artículo 53-a), puede ser sancionado o con multa o con expulsión. No sólo se deduce esto del artículo 53-a) sino también del artículo 63-2 y 3, que expresamente admite que la expulsión puede no ser oportuna (artículo 63-2) o puede no proceder (artículo 63-3), y ello tratándose, como se trata, del caso del artículo 53-a), es decir, de la permanencia ilegal.

Por su parte, el Reglamento 864/2001, de 20 de Julio , expresamente habla de la elección entre multa o expulsión , pues prescribe en su artículo 115 que "podrá acordarse la expulsión del territorio nacional , salvo que el órgano competente para resolver determine la procedencia de la sanción de multa", (Dejemos de lado ahora el posible exceso del Reglamento, que, en este precepto y en contra de lo dispuesto en la Ley, parece imponer como regla general la expulsión y como excepción la multa). Lo que importa ahora es retener que, en los casos de permanencia ilegal, la Administración, según los casos, puede imponer o bien la sanción de multa o bien la sanción de expulsión.

2º.- En el sistema de la Ley la sanción principal es la de multa, pues así se deduce de su artículo 55-1 y de la propia literalidad de su artículo 57-1, a cuyo tenor, y en los casos, (entre otros) de permanencia ilegal, "podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio nacional ",

3º.- En cuanto sanción más grave y secundaria, la expulsión requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal, ya que ésta es castigada simplemente, como hemos visto, con multa. Según lo que dispone el artículo 55-3, (que alude a la graduación de las sanciones, pero que ha de entenderse que resulta aplicable también para elegir entre multa y expulsión ), la Administración ha de especificar, si impone la expulsión , cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y, en general, añadimos nosotros, cuáles son las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la expulsión y prohibición de entrada, que es una sanción más grave que la de multa.

4º.- Sin embargo, resultaría en exceso formalista despreciar esa motivación por el hecho de que no conste en la resolución misma, siempre que conste en el expediente administrativo.

En efecto:

A) Tratándose de supuestos en que la causa de expulsión es, pura y simplemente, la permanencia ilegal, sin otros hechos negativos, es claro que la Administración habrá de motivar de forma expresa por qué acude a la sanción de expulsión, ya que la permanencia ilegal, en principio, como veíamos, se sanciona con multa.

B) Pero en los supuestos en que en el expediente administrativo consten, además de la permanencia ilegal, otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, y esos datos sean de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justifiquen la expulsión, no dejará ésta de estar motivada porque no se haga mención de ellos en la propia resolución sancionadora.>>>

Tal doctrina tuvo continuidad en las SSTS de 28 de febrero de 2007 (Rec.10263/2003), 27 de abril de 2007 (Rec. 9812/2003), 19 de julio de 2007 (Rec. 1932/2004), 19 de julio de 2007 (Rec. 1815/2003), 9 de enero de 2008 (Rec.5.245/2004), S 27-5-2008, Rec. 5853/2004, 28-11-2008, Rec. 9581/2003.

En síntesis, dicha doctrina sostiene que encontrarse ilegalmente en España, por sí misma, es una conducta que infringe el art. 53-a) LOEX y es sancionable con multa y no con la sanción más grave de expulsión del territorio nacional prevista por el art. 57.1 LOEX, si bien se aprecia que cuando concurren otras circunstancias o datos negativos, entre los que se incluyen la existencia de una previa orden de salida obligatoria incumplida (STS de 22 de febrero de 2007 –Rec. 10355/2013); ignorarse cuándo y por donde efectuó la entrada en España (STS de 28 de febrero de 2007 –Rec.10263/2003) el hallarse, además, indocumentado e ignorarse cuándo y por dónde entró en España (STS 31 de enero de 2008 –Rec.1743/2004-, 26 de diciembre de 2007 –Rec.3573/2004- 23 de octubre de 2007 - Rec. 1624/2004-, 5 de julio de 2007 - Rec.1060/2004-, 20 de abril de 2007 –Rec.9484/2003-, 29 de marzo de 2007 –Rec.788/2004); disponer de documentación falsa (STS 27 de mayo de 2008-Rec.5853/2004- y de 25 de octubre de 2007, Rec. 2260/2004); constar una previa prohibición de entrada (STS de 4 de octubre de 2007, Rec.2244/2004); invocar una falsa nacionalidad (STS 8 de noviembre de 2007 –Rec.2448/2004); tales factores introducen un plus de gravedad en la conducta que justifica la expulsión.

Si bien inicialmente la jurisprudencia vino a dispensar la ausencia de una expresa motivación en la resolución recurrida sobre las circunstancias adicionales que unidas a la estancia irregular, justificaban la imposición de la sanción más grave de expulsión, considerando que a tales efectos era suficiente que constaran en el expediente administrativo, y así lo apreciaran los Jueces y Tribunales, la reforma del art. 57.1 LOEX operada por la LO 2/2009 de 11 diciembre 2009, reconduce dicha excepcional situación a los principios constitucionales que rigen el ejercicio del ius puniendi del Estado, y exige que la propia resolución sancionadora motive y valore los hechos que configuran la infracción. Dicha exigencia se reitera en el art. 245 RLOEX.

Pues bien en el supuesto de autos la resolución sancionadora reprocha al recurrente su estancia irregular por carecer de título habilitante alguno, y motiva la imposición de la sanción de expulsión en la circunstancia negativa de que le constaban diligencias policiales por hurto y dos causas judiciales seguidas ante el Juzgado de Instrucción número 9 y el Juzgado de Violencia sobre la mujer número 1, ambos de Palma de Mallorca.

En la instancia quedó acreditado que las diligencias policiales por hurto derivaron en un juicio de faltas en el que fue condenado a la pena de 15 jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad que el actor había cumplido en dicho momento (documento número 10 de la demanda). Además quedó acreditado que no fue objeto de dos causas penales por delitos de violencia de género, ya que el Juzgado de Instrucción número 9 de Palma de Mallorca, se inhibió en favor del Juzgado de Violencia sobre la mujer número 1 (documento número 9 de la demanda), y que en la causa recayó sentencia

absolutoria del Juzgado de lo Penal Número 2 de Palma de Mallorca (documento número 8 de la demanda).

El Abogado del Estado alega en su escrito de oposición al recurso de apelación que el recurrente se hallaba indocumentado y que además figuraba como no admisible en el Sistema de Información Schengen como consecuencia de una prohibición de entrada acordada por Suiza con vigencia entre el 28 de noviembre de 2012 y el 27 de noviembre de 2015, sin embargo la resolución sancionadora no hizo constar tales hechos como motivación de la sanción de expulsión, lo que impide su apreciación por esta Sala, ya que como se ha expuesto con anterioridad, aunque la jurisprudencia admitió con anterioridad a la reforma operada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre que los elementos negativos que pudieran ser apreciados para justificar la sanción de expulsión no constaran identificados en la propia resolución sancionadora siempre que se dedujeran del expediente, con posterioridad ello ha sido reconducido por el artículo 57.1 LOEX, resultando exigible que la motivación conste en la propia resolución sancionadora, ajustándose con ello el legislador a la doctrina del Tribunal Constitucional de la que es exponente la STC 145/2011, de 26 de septiembre de 2011, a tenor de la cual la motivación de una resolución sancionadora ha de contenerse en la propia resolución, y su omisión supone una vulneración de las garantías constitucionales que no puede sanarse en sede jurisdiccional, ya que no son los jueces y tribunales quienes ejercitan el ius puniendi del Estado. Así se deduce del fundamento jurídico quinto del siguiente tenor:

<<5. Producida la vulneración del derecho de defensa en el transcurso del procedimiento administrativo sancionador, el hecho de que el demandante de amparo disfrutara posteriormente en el proceso judicial de la posibilidad de alegar y probar cuanto consideró oportuno para la mejor defensa de sus derechos e intereses, no subsana la vulneración del derecho a la defensa ocasionada en el previo procedimiento administrativo sancionador, pues la vigencia del principio de contradicción, al igual que sucede con el resto de las garantías constitucionales que ordenan el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, se predica precisamente del procedimiento administrativo sancionador, en el que debe respetarse su ejercicio (STC 35/2006, de 13 de febrero, FJ 4).

Ello es así, entre otras razones, porque como recuerda la STC 89/1995, de 6 de junio (FJ 4), y subrayan a su vez las SSTC 7/1998, de 13 de enero (FJ 6) y 59/2004, de 19 de abril (FJ 3), no existe un proceso contencioso-administrativo sancionador en donde haya de actuarse el ius puniendi del Estado, sino un proceso contencioso-administrativo cuyo objeto lo constituye la revisión de un acto administrativo de imposición de una sanción. En consecuencia, no es posible concluir que sean los Tribunales contencioso-administrativos los que, al modo de lo que sucede en el orden jurisdiccional penal, "condenen" al administrado. Muy al contrario, la sanción administrativa la impone siempre la Administración pública en el ejercicio de la potestad que le reconoce la Constitución. De otra manera no se respetaría la exigencia constitucional de que toda sanción administrativa "se adopte a través de un procedimiento que respete los principios esenciales reflejados en el art. 24 CE" (STC 125/1983, de 26 de diciembre, FJ 3).

Una vez apreciado que la resolución administrativa sancionadora ha vulnerado el art. 24.2 CE, resulta innecesario continuar con el análisis del resto de las invocaciones realizadas en la demanda de amparo; de modo que, llegados a este punto, debemos fijar, con arreglo a lo dispuesto en el art. 55 LOTC, el alcance del amparo otorgado, que consistirá en



anular tanto la resolución administrativa sancionadora como las posteriores resoluciones judiciales, con retroacción de actuaciones para que, a la vista de la propuesta de resolución formulada por el instructor del expediente, pueda el recurrente oponer los medios de defensa que a su derecho convengan.>>

Por tanto hemos de concluir que la resolución sancionadora infringe el principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción de expulsión, puesto que no constan elementos negativos adicionales a la mera estancia irregular que la justifiquen, lo que abona la estimación del recurso de apelación, la revocación de la sentencia apelada, y el dictado de otra por la que, estimando parcialmente el recurso contencioso administrativo, se anule la resolución sancionadora degradando la sanción impuesta a la de multa en cuantía mínima, dada la ausencia de elementos de juicio para la imposición de una de mayor cuantía.

B) Incidencia de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a las normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Validez de la expulsión, entendida como decisión de retorno.

Hemos concluido en el examen de la cuestión planteada a la luz de la legislación nacional y de su interpretación jurisprudencial, que la resolución que impone al recurrente la sanción de expulsión infringe el principio de proporcionalidad y debe por ello ser anulada, resultando necesario ahora determinar la incidencia que hayamos de atribuir a la Directiva 2008/115/CE en los términos en que ha sido interpretada por la sentencia de 23 de abril de 2015 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (En adelante, TJUE).

La sentencia de 23 de abril de 2015 TJUE, dando respuesta a la cuestión prejudicial planteada por la Sección 3ª de esta Sala, concluyó que la normativa nacional española que sanciona con una multa la estancia irregular “puede frustrar la aplicación de las normas y 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...” y 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.”

Los fundamentos jurídicos en que asienta su decisión la citada sentencia son del siguiente tenor literal:

<< 25 Con carácter preliminar, debe recordarse que, en el procedimiento de cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia establecido por el artículo 267 TFUE, corresponde a este Tribunal proporcionar al órgano jurisdiccional nacional una respuesta útil que le permita dirimir el litigio de que conoce. Desde este punto de vista, corresponde, en su caso, al Tribunal de Justicia reformular las cuestiones que se le han planteado. En efecto, el Tribunal de Justicia tiene la misión de interpretar cuantas disposiciones de Derecho de la Unión sean necesarias para que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan resolver los litigios que se les hayan sometido, aun cuando tales disposiciones no se mencionen expresamente en las cuestiones remitidas por dichos órganos jurisdiccionales (sentencia eco cosmetics y Raiffeisenbank St. Georgen, C-119/13 y C-120/13, EU:C:2014:2144, apartado 32 y jurisprudencia citada).

26 Por consiguiente, aun cuando, desde un punto de vista formal, las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación de los artículos 4, apartados 2 y 3, y 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115, tal circunstancia no obsta para que el Tribunal de Justicia proporcione todos los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que puedan ser útiles para resolver el litigio principal. A este respecto, corresponde al Tribunal de Justicia extraer del conjunto de datos aportados por el órgano jurisdiccional nacional y, especialmente, de la motivación de la resolución de remisión los elementos de ese Derecho que requieren una interpretación, teniendo en cuenta el objeto del litigio (véase, en este sentido, la sentencia eco cosmetics y Raiffeisenbank St. Georgen, C-119/13 y C-120/13, EU:C:2014:2144, apartado 33 y jurisprudencia citada).

27 En este caso, debe señalarse que, como ha confirmado el Gobierno español en las observaciones que formuló en la vista, el concepto de «expulsión» contenido en la resolución de remisión incluye, simultáneamente, una resolución de retorno y su ejecución. Por lo tanto, la interpretación del artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2008/115, que trata de la ejecución de la decisión de retorno, es también pertinente a efectos del asunto principal.

28 Sentado lo anterior, 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.

30 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 Achughbadian, 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 Achughbadian, 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.<sup>38</sup> 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 Achughabian, 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 Achughabian, 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.>>

De acuerdo con dicho pronunciamiento, resulta contrario a la Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, el marco legal resultante de la trasposición efectuada por la LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. En concreto los arts. 53.1.a) LOEX que tipifica como falta grave “encontrarse irregularmente en territorio español...”; 55.1.b), que sanciona dicha infracción con multa de 501 hasta 10.000 euros; 55.3, que obliga al órgano sancionador a ajustarse al principio de proporcionalidad; 57, que establece como mera posibilidad en atención al principio de proporcionalidad, la sanción de expulsión en lugar de la de multa; y la jurisprudencia que en su interpretación establece que la sanción aplicable a la infracción de estancia irregular es la de multa, y que la imposición de la sanción de expulsión sólo procede en virtud del principio de proporcionalidad para los supuestos en que además de la estancia irregular concurren otros factores negativos de los que hemos dejado constancia en el fundamento jurídico segundo.

En suma lo que la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015 concluye es que la transposición de la Directiva 2008/115/CE, de retorno, efectuada por España no se ajusta a la misma, en cuanto a los nacionales de Estados terceros en situación irregular no les impone una decisión de retorno de ejecución voluntaria, seguida de la expulsión en caso de incumplimiento.

El juez nacional es a la vez juez europeo y ante la contradicción entre el ordenamiento español y el ordenamiento de la Unión Europea, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, que la STC 145/2012, asienta en la Ley Orgánica 10/1985 de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas y en el art. 93 CE, ha de aplicar directamente el derecho europeo, desplazando el ordenamiento nacional, en virtud de la eficacia directa que al mismo reconoce una constante doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no solo respecto de

disposiciones internas con rango de ley, sino incluso de las constituciones nacionales, jurisprudencia de la que es exponente la reciente sentencia de 26 de febrero de 2013, asunto C.399/2011, en la cuestión prejudicial planteada por el Pleno del Tribunal Constitucional español en relación con el art. 4 bis apartado 1 de la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros, cuyo apartado 59 es del siguiente tenor:

<<59. En efecto, según jurisprudencia asentada, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, que es una característica esencial del ordenamiento jurídico de la Unión (véanse los dictámenes 1/91, de 14 de diciembre de 1991, Rec. p. I-6079, apartado 21, y 1/09, de 8 de marzo de 2011, Rec. p. I-1137, apartado 65), la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional, aun si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado (véanse, en especial, las sentencias de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft, 11/70, Rec. p. 1125, apartado 3, y de 8 de septiembre de 2010, Winner Wetten, C-409/06, Rec. p. I-8015, apartado 61).>>

Ahora bien, la cuestión que se plantea es si la sentencia TJUE obliga a desestimar el recurso en aplicación directa de la Directiva 2008/115/CE, entendiéndose que la sanción de expulsión impuesta por la resolución recurrida equivale a la decisión de retorno que exige el art. 6 de la Directiva 2008/115/CE, tal y como concluye la sentencia apelada.

Desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea la Directiva es una disposición normativa que únicamente establece obligaciones para los poderes públicos de los Estados miembros, que en caso de incumplimiento pueden ser objeto de un recurso por incumplimiento ante el TJUE (arts. 258 a 260 TFUE).

La Directiva puede tener efecto directo si ha expirado el plazo para su transposición y se trata de una disposición suficientemente precisa e incondicional, pero su efecto directo está restringido a los particulares frente a los poderes públicos o el Estado, de modo que se trata de un efecto directo vertical que únicamente ellos pueden invocarlo a su favor frente al Estado incumplidor, pero que no puede generar obligaciones para el particular frente al Estado. Así resulta de la sentencia del TJUE de 5 de abril de 1979 (asunto Ratti, C-148/1979).

Siendo ello así, la respuesta a la pregunta de si cabe la aplicación directa de la Directiva 2008/115/CE por la Sala llamada a controlar la legalidad de la resolución sancionadora recurrida, en perjuicio del interesado, es negativa, no resulta posible en la medida en que significaría atribuir efecto directo a la Directiva de retorno en perjuicio del interesado sin que previamente se haya incorporado al ordenamiento español. Resultando el marco normativo interno más favorable para el interesado, no cabe la aplicación directa de la Directiva de retorno en su perjuicio.

Dicha conclusión se ve reforzada en atención a la naturaleza sancionadora de la resolución recurrida y a la aplicación de los principios inspiradores del derecho penal, tal y como ha concluido la Sala en anteriores pronunciamientos, así en la sentencia 233/2016, de 18 de mayo (recurso de apelación nº754/2015), en cuanto exigen que la resolución sancionadora contenga la motivación suficiente sobre la concurrencia de los elementos del tipo infractor, y, en lo que aquí importa, sobre la proporcionalidad de la sanción aplicada, y de otro lado en atención al carácter revisor del orden jurisdiccional contencioso administrativo que, tiene como presupuesto una previa actuación de la Administración cuya conformidad la han de controlar los órganos de dicha jurisdicción en los términos planteados por la parte recurrente (art.33 LJCA), sin que venga habilitado el Tribunal a modificar o alterar los términos de la resolución sometida a su control jurisdiccional, transformando su naturaleza sancionadora, en una decisión de retorno en los términos exigidos por el art. 6 de la Directiva de retorno.

Procede concluir por tanto que la sentencia del TJUE de 23/04/2015 no altera el marco de enjuiciamiento de la resolución sancionadora, en los términos que resultan de los artículos 53.55 y 57 LOEX y de su interpretación jurisprudencial.

Procede en consecuencia la estimación del recurso, la revocación de la sentencia apelada y el dictado de otra por la que estimando el recurso contencioso administrativo interpuesto se anule la resolución recurrida.

#### CUARTO: Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 139.2 LJCA de la Ley de la Jurisdicción, la estimación del recurso de apelación comporta la no imposición de las costas del mismo.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 139.1 LJCA, la parcial estimación del recurso contencioso administrativo comporta la no imposición de las costas, que además viene abonada por la razón de que en la vía administrativa el interesado no acreditó su absolución en la causa penal.

Vistos los artículos citados y demás preceptos de pertinente y general aplicación este Tribunal dicta el siguiente

## FALLO

I.- Estimamos el presente recurso de apelación nº 615/2015, interpuesto contra la sentencia número 63/2015, de 12 de mayo, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 5 de Bilbao en el procedimiento abreviado número 31/2015, desestimatoria del recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución de 27 de enero de 2015 de la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia, por la que se impuso al interesado la sanción de expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada de cinco años como responsable de una infracción de estancia irregular en España.

II.- Revocamos y dejamos sin efecto la sentencia apelada.

III.- Estimamos parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto y anulamos el acto recurrido, degradando la sanción impuesta a la de multa de cuantía mínima.

IV.- Sin imposición de las costas y con devolución del depósito para recurrir.

Devuélvanse al Juzgado de procedencia los autos originales y el expediente administrativo para la ejecución de lo resuelto, junto con testimonio de esta sentencia.

Esta sentencia es firme y contra la misma no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.