



Roj: **STSJ M 11308/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:11308**

Id Cendoj: **28079330022017100721**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **31/10/2017**

Nº de Recurso: **184/2017**

Nº de Resolución: **732/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JUAN FRANCISCO LOPEZ DE HONTANAR SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Tribunal Superior de Justicia de Madrid**

Sala de lo Contencioso-Administrativo

**Sección Segunda** C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33010280

**NIG:** 28.079.00.3-2015/0024827

**ROLLO DE APELACION Nº 184/2.017**

**SENTENCIA Nº 732**

---

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

---

Ilustrísimos Señores:

Presidente:

D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez

Magistrados:

D. José Daniel Sanz Heredero

D<sup>a</sup>. Fátima Blanca de la Cruz Mera

D. José Ramón Chulvi Montaner

D<sup>a</sup>. Natalia de la Iglesia Vicente

En la Villa de Madrid a treinta y uno de octubre de dos mil diecisiete.

Vistos por la Sala, constituida por los señores del margen, de este Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el Rollo de Apelación **número 184 de 2017** dimanante del Procedimiento Abreviado número 532 de 2015 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 11 de los de Madrid en virtud del recurso de apelación interpuesto por la Administración del Estado (Delegación del Gobierno en Madrid) asistida y representada por el Abogado del Estado contra la Sentencia dictada en el mismo. Han sido parte la apelante y como apelado Artemio , asistido y representado por la Letrada doña Ana Salgado Vieira.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** El día 19 de julio de 2016, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 11 de los de Madrid en el Procedimiento Abreviado número 532 de 2015 dictó Sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor literal «*QUE ESTIMANDO PARCIALMENTE EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 532 DE 2015 INTERPUESTO POR DON Artemio , CON N.I.E NUM000 , REPRESENTADO Y DIRIGIDO POR LA LETRADA DOÑA ANA SALGADO VIEIRA, CONTRA LA RESOLUCION DE LA DELEGACION DEL GOBIERNO EN MADRID, DE FECHA 8 DE OCTUBRE DE 2015, QUE CONFIRMA LA RESOLUCION DE 15 DE JULIO DE 2015 POR LA QUE ACUERDA LA EXPULSION DEL TERRITORIO ESPAÑOL POR UN PERIODO DE CINCO AÑOS - EXPTE NUM001 -, EN LO QUE SE REFIERE A LA SANCIÓN DE EXPULSIÓN IMPUESTA AL RECURRENTE, QUE DEBERÁ QUEDAR SIN EFECTO, SUSTITUYÉNDOSE ÉSTA POR LA DE MULTA EN SU CUANTIA MINIMA, MANTENIENDO EL RESTO DE LA RESOLUCIÓN EN SU INTEGRIDAD. SIN COSTAS.- Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de APELACION en el plazo de QUINCE DIAS a contar desde el siguiente a su notificación, advirtiéndoles que deberá constituir depósito de 50 euros en la cuenta nº 2794/0000/22/0532/15 en Banco de Santander, con domicilio en la calle Gran Vía Nº 30 (28013 Madrid), lo que deberá ser acreditado al presentarse el escrito de interposición del recurso, bajo el apercibimiento de que no se admitirá a trámite ningún recuso cuyo depósito no esté constituido y que de no efectuarlo se dictará auto que pondrá fin al trámite del recurso.-*»

*Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.».*

**SEGUNDO.-** Por escrito presentado el día 20 de septiembre de 2.016 el Abogado del Estado interpuso recurso de apelación contra la citada sentencia formulando los motivos de impugnación frente a la resolución recurrida y terminó solicitando tener por formulado recurso de apelación contra la Sentencia núm. 320/2016 de 19 de julio, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 11 de Madrid y que en su día previos los trámites legales se dictara Sentencia por la que estimado el recurso de apelación se revocara la sentencia apelada.

**TERCERO.-** Por diligencia de ordenación de fecha 14 de octubre de 2.016 se admitió a trámite el recurso y se acordó dar traslado del mismo a la parte demandada por plazo de quince días para que pudieran formalizar oposición presentándose por la Letrada doña Ana Salgado Vieira escrito el 16 de noviembre de 2016 oponiéndose al recurso de apelación formulado por y terminó solicitando que en su día previos los trámites legales se dictara Sentencia por la que se desestimara el recurso de apelación y se confirma íntegramente la sentencia dictada el día 19 de julio de 2016, por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 11 de los de Madrid con imposición de costas al recurrente.

**CUARTO.-** Por diligencia de ordenación de 20 de diciembre de 2.016 se elevaron las actuaciones a este Tribunal, correspondiendo su conocimiento a esta sección segunda, siendo designado Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. Don Juan Francisco López de Hontanar Sánchez, señalándose el día 19 de octubre de 2017 para la deliberación votación y fallo del recurso de apelación, día y hora en que tuvo lugar.

**QUINTO.-** En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones de los artículos 80.3 y 85 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa 29/1.998.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Como señala la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 26 de Octubre de 1.998 el recurso de apelación tiene por objeto la depuración de un resultado procesal obtenido en la instancia de tal modo que el escrito de alegaciones del apelante ha de contener una crítica de la sentencia impugnada que es la que debe servir de base para la pretensión sustitutoria de pronunciamiento recaído en primera instancia. La jurisprudencia - Sentencias de 24 de noviembre de 1987 , 5 de diciembre de 1988 , 20 de diciembre de 1989 , 5 de julio de 1991 , 14 de abril de 1993 , etc.- ha venido reiterando que en el recurso de apelación se transmite al Tribunal "ad quem" la plena competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas, por lo que no puede revisar de oficio los razonamientos de la sentencia apelada, al margen de los motivos esgrimidos por el apelante como fundamento de su pretensión, que requiere, la individualización de los motivos opuestos, a fin de que puedan examinarse dentro de los límites y en congruencia con los términos en que esta venga ejercitada, sin que baste con que se reproduzcan los fundamentos utilizados en la primera instancia, puesto que en el recurso de apelación lo que ha de ponerse de manifiesto es la improcedencia de que se dictara la sentencia en el sentido en que se produjo. Así pues, los recursos de apelación deben contener una argumentación dirigida a combatir los razonamientos jurídicos en los que se basa la sentencia de instancia. En este sentido las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de abril y 14 de junio de 1991 , indican que *el recurso de apelación no tiene por objeto reabrir el debate sobre la adecuación jurídica del acto administrativo, sino revisar la Sentencia que se pronunció sobre ello, es decir, la depuración de un resultado procesal obtenido con anterioridad, por lo que el escrito de alegaciones del apelante ha de ser, precisamente, una crítica de la Sentencia impugnada con la que se fundamente la pretensión revocatoria que integra el proceso de apelación,*



de suerte que, si esa crítica se omite, se priva al Tribunal ad quem del necesario conocimiento de los motivos por los que dicha parte considera a la decisión judicial jurídicamente vulnerable, sin que se pueda suplir tal omisión ni eludir la obligada confirmación de la Sentencia por otro procedimiento, ya que la revisión de ésta no puede "hacerse de oficio por el Tribunal competente para conocer del recurso". Sin embargo el incumplimiento de dichos requisitos no constituye causa de inadmisión del recurso de apelación sino de desestimación.

**SEGUNDO.-** Procede desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado en la medida que el mismo **no se encuentra legitimado** para alegar el efecto vertical inverso de la Directiva **2008/115**, en la medida que es el propio Estado el que no ha procedido a incorporar los mandatos de la dicha directiva al derecho interno, de forma que dicho efecto directo sólo puede ser apreciado a instancia del particular afectado negativamente por la no incorporación a nuestro derecho de la citada directiva.

La propia resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid de 15 de julio de 2015 no aplica Directiva **2008/115** sino que para imponer la sanción de expulsión pues que señala que al apelado le consta una reseña judicial *por homicidio doloso y lesiones que demuestran un comportamiento antisocial en nuestro país y aconsejan la imposición de la sanción de expulsión que se propone, en lugar de una sanción económica*. Es decir opta por la sanción de expulsión por existir antecedentes negativos, ergo de no existir los mismos la sanción a imponer sería la de multa.

**TERCERO.-** Al aplicar el Derecho nacional, ya sean disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva de retorno, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva. Ahora bien, ello tiene un límite cuando dicha interpretación conduce a determinar o agravar, basándose en la Directiva y a falta de una ley adoptada para su aplicación, la responsabilidad penal o administrativa-sancionadora de quienes la contravengan.

**CUARTO.-** Por ello, como quiera que la normativa española resulta ser más favorable que la Directiva **2008/115/CE**, en cuanto contempla que en determinados supuestos de situación de estancia irregular se imponga una sanción de multa en lugar de la de expulsión, concluimos que no cabía la aplicación directa de la citada Directiva en perjuicio de los nacionales de Estados terceros en situación irregular.

Esto es, en aquellos supuestos en los que ante la comisión de la infracción tipificada 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 corresponda, en aplicación de la normativa española, imponer la sanción de multa, habrá de negarse toda virtualidad agravatoria a la Directiva **2008/115/CE**.

**QUINTO.-** La propia Directiva 2.008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de Diciembre de 2.008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, en su artículo 5, prevé 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".

Pero también pese a la evidente incompatibilidad de la normativa española con la Directiva **2008/115/CE**, puesta de manifiesto por la Sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015, cuya doctrina, en absoluto, cuestionamos, y como quiera que la normativa española resulta ser más favorable que la expresada Directiva, en cuanto contempla que en determinados supuestos de situación de estancia irregular se imponga una sanción de multa en lugar de la de expulsión, concluimos que no cabe la aplicación directa de la citada Directiva "en perjuicio" de los nacionales de Estados terceros en situación irregular. Esto es, frente al criterio que propugna la aplicación de la Directiva de retorno en todo caso, como pretende el Abogado del Estado (ya favorable, ya en perjuicio, del particular), sostenemos, por el contrario, **que no cabe reconocer "efecto directo" a la citada Directiva "en perjuicio" de los nacionales de Estados terceros en situación irregular**, en virtud de los razonamientos que a continuación exponemos.

**SEXTO.-** En su redacción original, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración sancionaba la estancia irregular tan sólo con una multa ( artículos 53.a) y 55.1.b)), hasta que la extensa reforma llevada a cabo mediante la Ley Orgánica 8/2000, de 22 diciembre, incorporó la expulsión administrativa como alternativa a la sanción de multa. Concretamente, el artículo 57.1 reformado disponía:

*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 artículo 53 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo.*

Añadiendo el párrafo 3 del citado artículo 57 que:



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

Cuándo procedía una u otra vino a definirlo el Tribunal Supremo en diciembre de 2005, imponiendo unos estrictos requisitos de motivación que permitieran conocer las razones de proporcionalidad apreciadas por la Administración para imponer la sanción más grave de expulsión y no la multa.

Concretamente, la doctrina jurisprudencial interpretadora de los antedichos preceptos legales (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo 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 ), 27 de mayo de 2008 (Rec. 5853/2004 ) y 28 de noviembre de 2008 (Rec. 9581/2003 )) estableció, en síntesis, que encontrarse ilegalmente en España, por sí misma, es una conducta que infringe el artículo 53.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero , sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

En el sistema español, la sanción principal es la de multa, pues así se deduce de los citados artículos 55.1 y 57.1. Ahora bien, se admite que cuando concurren otras circunstancias o datos negativos, en cuando factores que introducen un plus de gravedad en la conducta, justifica la imposición de la expulsión en lugar de la de multa, requiriéndose a tal efecto una motivación específica, y distinta y complementaria de la pura permanencia ilegal.

Será en la Ley Orgánica 2/2009 cuando el legislador incorpore dicha doctrina jurisprudencial, manteniendo la dualidad de sanciones para la estancia irregular, dando nueva redacción al artículo 57.1 :

*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 artículo 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 "*

Esto es, si con anterioridad a la reforma llevada a cabo en el año 2009 se podría sostener que el criterio según el cual en supuestos de estancia irregular lo procedente, con carácter general y primario, era la imposición de multa, era consecuencia de la doctrina interpretativa del Tribunal Supremo; a partir de la reforma operada en 2009 (Ley Orgánica 2/2009) es el propio legislador quien incorpora dicha doctrina a la propia de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Por tanto, a partir de la expresada reforma, es el legislador nacional, y no la doctrina jurisprudencial, el que impone la sanción de multa con preferencia a la expulsión, cuya eventual imposición se hace depender de la aplicación del principio de proporcionalidad.

En efecto, tras la reforma operada en 2009, el elemento esencial del modelo sancionador de la inmigración clandestina es la observancia del principio de proporcionalidad en la determinación de la sanción procedente. Fue el legislador de 2009 quien añadió el recordatorio de que la sustitución de la sanción de multa por expulsión deberá hacerse **atendiendo al principio de proporcionalidad** , y **mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción** .

Paradójicamente, la norma jurídica que tenía por objeto la trasposición a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva de retorno, junto con otras muchas en materia de inmigración y asilo, **no sólo estaba conservando una eventual interpretación jurisprudencial contraria a dicha Directiva, sino que, al incorporarla al texto legal, venía a reforzar su incompatibilidad con la mentada Directiva.**

**SÉPTIMO.-** La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015 (asunto C-38/14, Zaizoune ), al resolver la cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ante las dudas que se le suscitan sobre la compatibilidad con la Directiva de Retorno, y con la interpretación que de ella ha hecho el Tribunal Supremo, de un régimen nacional que permite imponer, en caso de situación irregular de un extranjero, y *dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí* dando lugar a que la situación irregular pueda 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.*

La precitada Sentencia llega a la conclusión, a través de los argumentos transcritos en la Sentencia de la mayoría, que damos aquí por reproducidos, de 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 .



A dicha conclusión, por obvias razones, nada objetamos, siendo conscientes, por supuesto, del mandato imperativo contenido en el artículo 4 bis.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según el cual: *Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*.

Ahora bien, el problema jurídico no radica en la incompatibilidad de la legislación nacional con la Directiva de retorno, que dicha Sentencia declara, sino cómo el juez español (o la propia Administración) debe aplicar la propia Sentencia y, en su caso, la Directiva de retorno.

La expresada Sentencia se limita a señalar, en sus apartados 39 y 40 que:

*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 Achughbaban, 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 Achughbaban, C-329/11, EU:C:2011:807, apartado 39). "*

Es la contestación al interrogante reseñado, nada fácil ni sencillo (como la prueba la existencia de diversidad de criterios mantenidos en las Salas de lo Contencioso- Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia), donde radica nuestra discrepancia con la mayoría.

**OCTAVO.-** Como primera hipótesis al interrogante planteado pudiera pensarse que el principio de primacía del Derecho de la Unión habilita para la aplicación directa de la Directiva retorno en todo supuesto.

En efecto, el derecho de la Unión despliega plenitud de efectos en todos los Estados miembros desde la fecha de su vigencia, creando derechos y obligaciones para todos aquellos que puedan verse afectados por su ámbito de aplicación.

La distinta naturaleza de los actos jurídicos de la Unión Europea no está reñida con su eficacia directa entendiendo por tal la capacidad de desplegar plenos efectos jurídicos en todos los Estados miembros desde la fecha de su entrada en vigor, generando por tanto derechos y obligaciones de forma que pueden ser invocados ante las autoridades administrativas y judiciales, que tienen obligación de protegerlos.

Por lo que respecta a las Directivas, aunque requieren su trasposición al ordenamiento interno, no pierden eficacia directa ya que desde la fecha de su vigencia el Estado miembro, destinatario de la Directiva, queda obligado a cumplir el mandato y objetivo que se pretende, pero carecen de efecto directo desde el momento en que necesita de la intervención del Estado mediante la trasposición, por lo que no es una norma que se pueda invocar por los nacionales. Por otra parte, cuando la Directiva haya quedado traspuesta eficazmente, la norma que se puede invocar es la resultante de la trasposición. Cuestión diferente es que se admita, como más adelante veremos, que la Directiva pueda invocarse con eficacia cuando el Estado no haya cumplido el deber de trasposición en el plazo que tenía para ello, o por expiración del plazo para su aplicación, o cuando la trasposición se haya hecho de modo insuficiente o deficiente.

La Directiva es uno de los instrumentos legislativos de los que disponen las Instituciones de la Unión Europea para aplicar las políticas europeas. Se trata de una herramienta que se emplea principalmente en el marco de las operaciones de armonización de las legislaciones nacionales. El artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que la Directiva es una disposición de Derecho derivado de la Unión Europea, que obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios necesarios para conseguir dicho resultado. Así pues, al igual que el Reglamento y la Decisión, es vinculante para los Estados miembros destinatarios y lo es en todos sus elementos; en consecuencia, no puede aplicarse de forma incompleta, selectiva o parcial.

Se trata, pues, de un acto jurídico que necesita de recepción formal en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales. Esto significa que, tras la entrada en vigor de la Directiva su contenido forma ya parte del ordenamiento jurídico (principio de aplicabilidad directa), pero que no desplegará efectos directos hasta su transposición formal o vencimiento del plazo de incorporación si sus previsiones son claras, precisas e incondicionadas.

En relación con este último aspecto, y para preservar la nota de primacía del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, se ha admitido el efecto directo de las Directivas en determinadas circunstancias (SSTJCE Beentjes, de 20 de septiembre de 1988, y Fratelli, de 22 de junio de 1989). Así, se exige que los preceptos de una Directiva



aparezcan, en lo que se refiere a su objeto, como incondicionales y suficientemente precisos, pudiendo ser invocados por un particular ante el Estado si éste no ejecuta la Directiva o si ésta es ejecutada incorrectamente una vez haya expirado el plazo para su transposición. También cabe invocar una Directiva frente al complejo de administraciones independientes, administraciones institucionales y estado empresario. Y del mismo modo, también cabe el efecto directo de una Directiva apreciado de oficio por un juez o tribunal nacional (STJCE de 11 de julio de 1991), lo que hace que la invocación por un particular quede en segundo plano.

En principio, por tanto, la Directiva **desplegará** un efecto directo vertical al expirar el plazo de transposición, de tal forma que los particulares pueden alegar el texto contra los Estados ante los tribunales siempre que sus disposiciones sean incondicionales y suficientemente precisas.

O lo que es lo mismo cuando no se otorga a los Estados miembros ningún margen de apreciación (STJUE de 12 de diciembre de 1990, Kaefer y Procacci, asuntos acumulados C- 100/89 y C-101/89 ). No obstante ello, en los últimos tiempos se viene dando una progresiva entrada en escena a la denominada eficacia indirecta para aquellos supuestos en los que un particular solicita la directa aplicación de una Directiva frente a una autoridad pública a resultas de la cual deriva un perjuicio para un tercero

Ahora bien, la eficacia directa de la directiva es vertical y unilateral, de manera que únicamente pueden surgir derechos y obligaciones en las relaciones entre el Estado y los particulares, y sólo éstos pueden invocar esos derechos y obligaciones frente aquél. La eficacia directa de la Directiva no puede generar obligaciones para el particular frente al Estado que no la ejecutó en plazo o de forma adecuada, ni frente a otros particulares (con la salvedad anteriormente referida). En fin, la eficacia directa se presenta como una garantía mínima del carácter obligatorio de la Directiva que contemplaba el artículo 288 del TFUE , y que conlleva dos consecuencias básicas: de un lado, el Estado no podrá exigir el cumplimiento de las obligaciones que impone una directiva no transpuesta ( sentencia de 26 de febrero de 1986 , Marshal ); y, de otro, tampoco podrá exigir el cumplimiento de las obligaciones que imponga su legislación interna, si debieron eliminarse en virtud de la directiva no transpuesta. Por supuesto, la eficacia directa de las Directivas tiene como incuestionable límite el agravamiento de responsabilidades penales o sancionadoras, como más tarde comprobaremos.

Pues bien, teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, que no son más que apretada síntesis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con la eficacia directa de la Directiva, la conclusión que alcanzamos es que no **resulta procedente aplicar una Directiva en perjuicio de los nacionales de Estados terceros en situación irregular**.

**NOVENO.-** Centrándonos en la Directiva de retorno, cabe señalar que con anterioridad al dictado de la Sentencia de 23 de abril de 2015 ya había tenido ocasión el Tribunal de Justicia de pronunciarse respecto de normativas nacionales contrarias a la citada Directiva. Así ocurrió, por ejemplo, en su Sentencia de 28 de abril de 2011 (asunto C-61/11 PPU, El Dridi ), en la que era objeto de examen una normativa italiana que castigaba con pena de prisión de hasta cuatro años al extranjero que permaneciera en territorio nacional con infracción de una orden de salida dictada contra él por encontrarse en situación irregular, en la que se declara que *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 15 y 16 , debe ser interpretada en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que prevé la imposición de una pena de prisión a un nacional de un tercer país en situación irregular, por el único motivo de que permanezca en el territorio de ese Estado sin causa justificada, con infracción de una orden de salida de dicho territorio en un plazo determinado .*

Igualmente, en la Sentencia de 6 de diciembre de 2011 (asunto C-329/11 , Achughbadian ), el Tribunal de Justicia hubo de hacer frente a la cuestión de si los Estados miembros podían castigar con pena privativa de libertad la entrada y estancia irregular del extranjero, concluyendo que: " *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*

*se opone a una normativa de un Estado miembro que reprime mediante sanciones penales la estancia irregular en la medida en que ésta permite el encarcelamiento de un nacional de un tercer país que, aunque se halle en situación irregular en el territorio de dicho Estado miembro y no esté dispuesto a abandonarlo voluntariamente, no está sujeto a medidas coercitivas como las que contempla el artículo 8 de la citada Directiva, no habiendo expirado, en el supuesto de internamiento con objeto de preparar y ejecutar su expulsión, el plazo máximo de duración de tal internamiento; y*



*no se opone a tal normativa en la medida en que ésta permite el encarcelamiento de un nacional de un tercer país al que se haya aplicado el procedimiento de retorno establecido en dicha Directiva y que se halle en situación irregular en el referido territorio sin que exista un motivo justificado para el no retorno*

En ambas sentencias, que en cada caso han seguido fielmente las opiniones del Abogado General, el Tribunal de Justicia utiliza la noción de efecto útil de la legislación de la Unión como instrumento esencial para neutralizar el castigo como delito de la entrada y estancia irregular prevista en las legislaciones internas. Si el objetivo de la Directiva es que la expulsión del inmigrante irregular se produzca de manera inmediata, ello supone la imposición de límites para los Estados miembros a la hora de criminalizar la estancia irregular. En los dos casos examinados, garantizar el efecto útil de la Directiva, y la correspondiente inaplicación de la legislación nacional, se traduce en despenalizar (siquiera parcialmente) la estancia ilegal del extranjero, el cual, una vez comprobada su situación irregular, sólo debe ser objeto de una decisión de expulsión, que tiene que ejecutarse lo antes posible.

Ahora bien, ello no sucede con la normativa española introducida en la reforma operada en el 2009. En efecto, en contraposición a los sistemas normativos examinados en las mentadas sentencias, no existe duda alguna de que el sistema nacional sancionador es más beneficioso para el nacional de Estados de terceros en situación irregular que el instaurado por la Directiva de retorno. Mientras que en ésta se impone la obligación incondicional de expulsión, en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social se prevé la opción entre expulsión o multa (al menos inicialmente) y atender para elegir una u otra al principio de proporcionalidad.

Además, la preferencia por la sanción de multa permitirá que el inmigrante irregular, concluido el procedimiento sancionador, pueda regularizar su situación, algo que no sería posible si, como impone la Directiva, el procedimiento sancionador hubiera de terminar necesariamente con la expulsión. Nótese que la Disposición Adicional 4ª de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social prevé la inadmisión a trámite de las solicitudes relativas a los procedimientos regulados en dicha Ley " cuando conste un procedimiento administrativo sancionador contra el solicitante en el que pueda proponerse la expulsión o cuando se haya decretado en contra del mismo una orden de expulsión, judicial o administrativa .".

Por tanto, impuesta una sanción de multa nada impediría, en principio, al nacional de un Estado tercero en situación irregular solicitar ante la Administración su regularización.

Es indiscutible que la normativa española es más ventajosa para el nacional de Estados terceros en situación irregular es algo indiscutible. Y es, precisamente, dicha circunstancia la que impide, en nuestra opinión, la aplicación directa de la Directiva de retorno **en perjuicio** de los nacionales de Estados terceros en situación irregular, con la consiguiente inaplicación de la Ley española puesto que, como señalábamos más arriba, la eficacia directa de la Directiva no puede generar obligaciones para el particular frente al Estado que no la ejecutó en plazo o de forma adecuada.

**DÉCIMO.-** Como segunda hipótesis al interrogante planteado en el punto cuarto del presente pudiera pensarse en la eventual aplicación del principio de interpretación conforme. Como es bien sabido, la inaplicación del Derecho interno incompatible con la Directiva puede ser también el resultado de una labor de manipulación interpretativa del Derecho nacional, a veces difícilmente distinguible de la eficacia directa.

Como ya sabemos, en aquellos casos en que la norma nacional resulta contradictoria con la Directiva, la falta de trasposición, o la deficiente o insuficiente trasposición, hace que la norma nacional se interprete de conformidad con las del ordenamiento de la UE directamente aplicable o no, como manifestación del principio de primacía del derecho comunitario sobre el nacional. Los Juzgados y Tribunales, órganos del Estado, vienen también obligados a conseguir el resultado previsto por la Directiva mediante una interpretación prevalente de la norma comunitaria frente a la nacional, tanto sea anterior o posterior a la Directiva.

Al respecto, la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, ha modificado la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. añadiendo el artículo 4 bis, según el cual *Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.*

Ya señalamos más arriba que la eficacia directa de las Directivas tiene como incuestionable límite el agravamiento de responsabilidades penales o sancionadoras. En relación con ello puede traerse a colación la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 8 de octubre de 1987, asunto 80/86, que declara que: *Al aplicar su legislación nacional, el órgano jurisdiccional de un Estado miembro está obligado a interpretarla a la luz del texto y del fin de la directiva, para alcanzar el resultado contemplado por el párrafo 3 del artículo 189 del Tratado. Pero, una directiva no puede, por sí sola y con independencia de una ley interna promulgada para*

su aplicación, determinar o agravar la responsabilidad penal de quienes la contravengan . Y para llegar a dicha conclusión argumenta que:

12.- Como ha precisado este Tribunal de Justicia en su sentencia de 10 de abril de 1984 (Von Colson y Kamann, 14/83 , Rec. 1984, p. 1891), la obligación de los Estados miembros, impuesta por una directiva, de alcanzar el resultado previsto por ésta así como el deber que, en virtud del artículo 5 del Tratado, les incumbe de adoptar todas las medidas generales o particulares aptas para garantizar el cumplimiento de esta obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas, en el marco de sus competencias, las autoridades jurisdiccionales. De lo dicho se sigue que, al aplicar el Derecho nacional y, sobre todo, las disposiciones de una ley nacional promulgada con el fin específico de ejecutar una directiva, el órgano jurisdiccional nacional debe interpretar su Derecho nacional a la luz del texto y del fin de la directiva para conseguir el resultado contemplado por el párrafo 3 del artículo 189 del Tratado.

13.- Sin embargo, esta obligación del Juez nacional de tener presente el contenido de la directiva cuando interprete las correspondientes normas de su Derecho nacional está limitada por los principios generales de Derecho que forman parte del Derecho comunitario, especialmente el principio de la seguridad jurídica y de la irretroactividad. En esta línea, y en su sentencia de 11 de junio de 1987 (Pretore de Salò/X, 14/86 , Rec. 1987, p. 2545), este Tribunal estableció que una directiva no puede, por sí sola y con independencia de una ley interna adoptada por un Estado miembro para su aplicación, dar lugar a responsabilidad penal, o agravarla, de quienes la contravengan. ". Igual doctrina aparece contenida en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 11 de junio de 1987, asunto 14/86 .

**UNDÉCIMO.-** Y más recientemente, puede citarse la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 26 de septiembre de 1996, asunto C-168/95 , en la que se declara que: *El Derecho comunitario, no contiene un mecanismo que permita al órgano jurisdiccional nacional eliminar disposiciones internas contrarias a una disposición de una Directiva a la que no se haya adaptado el Derecho nacional, cuando esta última disposición no puede ser invocada ante el órgano jurisdiccional nacional* A tal efecto argumenta que:

39.- *Mediante esta cuestión, el órgano jurisdiccional nacional desea saber fundamentalmente si, sobre la base de una interpretación correcta del Derecho comunitario, existe un mecanismo que permita al órgano jurisdiccional nacional eliminar disposiciones internas contrarias a una disposición de una Directiva a la que no se haya adaptado el Derecho nacional, cuando esta última disposición no puede ser invocada ante el órgano jurisdiccional nacional.*

40.- *En primer lugar, es preciso señalar que el Derecho comunitario no contiene tal mecanismo.*

41.- *Es preciso añadir que la obligación de los Estados miembros, dimanante de una Directiva, de alcanzar el resultado que la misma prevé, así como su deber, conforme al artículo 5 del Tratado, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, con inclusión, en el marco de sus competencias, de las autoridades judiciales. De ello se desprende que, al aplicar el Derecho nacional, ya sea disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado (véanse las sentencias de 13 de noviembre de 1990, Marleasing, C-106/89 , Rec. p. 1-4135, apartado 8, y de 16 de diciembre de 1993, Wagner Miret, C-334/92 , Rec. p. I-6911, apartado 20).*

42.- *Sin embargo, esta obligación del Juez nacional de tener presente el contenido de la Directiva al interpretar las normas pertinentes de su Derecho nacional tiene sus límites cuando tal interpretación conduce a que se oponga frente a un particular una obligación prevista por una Directiva si aún no se ha adaptado a ella el Derecho interno o, con mayor razón, cuando conduce a determinar o agravar, basándose en la Directiva y a falta de una ley adoptada para su aplicación, la responsabilidad penal de quienes la contravengan (véase la sentencia Kolpinghuis Nijmegen, antes citada, apartados 13 y 14). "*

Esto es, en aplicación de la doctrina expuesta, al aplicar el Derecho nacional, ya sean disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlas está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva. Ahora bien, a nuestro entender, ello tiene un límite cuando dicha interpretación conduce a determinar o agravar, basándose en la Directiva y a falta de una ley adoptada para su aplicación, la responsabilidad penal y administrativa de quienes la contravengan.

Pues bien, volviendo a la Directiva de retorno, creemos que interpretar la normativa española en el sentido de que siempre que un extranjero es encontrado en situación irregular procede la sanción de expulsión, es algo que excede del margen de discrecionalidad que conceden las herramientas hermenéuticas contempladas en



nuestro Derecho a los operadores jurídicos. Donde la norma nacional permite optar entre expulsión o multa, respetando exigencias de proporcionalidad en la elección, el intérprete debería leer que siempre procede la expulsión, descartando siempre la multa.

Dicha interpretación conforme sería más factible en relación con la normativa introducida por la Ley Orgánica 8/2000, que incorporó la expulsión administrativa como alternativa a la sanción de multa, dando nueva redacción al artículo 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 según el cual: *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 artículo 53 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo* ".

Fue la interpretación de la doctrina jurisprudencial del citado artículo, conjuntamente con la de los artículos 53.1.a) y 55.1.b) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, la que determinó que en el sistema español, la sanción principal era la de multa y que tan solo cabía sustituirla por la expulsión cuando concurren otras circunstancias o datos negativos (distintos de la mera estancia irregular) en cuanto factores que introducen un plus de gravedad en la conducta, requiriéndose a tal efecto una motivación específica, y distinta y complementaria de la pura permanencia ilegal.

Siendo ello así, que la eventual primacía de la sanción de multa derivaba de una mera interpretación jurisprudencial, bien pronto se advierte que, ante idéntico texto legal, sería ahora más factible acomodar la aplicación de la normativa española a la requerida en la Directiva de retorno mediante su manipulación interpretativa prescindiendo, en principio, de la doctrina interpretativa jurisprudencial.

Sin embargo, desde la reforma operada en el año 2009, tal como señalamos más arriba, ya no nos encontramos ante una mera interpretación jurisprudencial del texto legal, según la cual la sanción de multa se instaura como principal sino que, por el contrario, es el propio texto legal el que, de forma clara y precisa, determina que " *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* ".

Esto es, el artículo 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 sólo permite la imposición de la expulsión en lugar de la sanción de multa cuando así venga impuesta en atención al principio de proporcionalidad y mediante resolución motivada que valore los hechos.

Ante la claridad de los textos legales nacionales, a nuestro entender, cualquier interpretación (manipulativa) de los mismos en el sentido pretendido por la Directiva de retorno, que solo admite como única respuesta a la estancia irregular la expulsión del nacional, nos avoca a una lectura " *contra legem* " del Derecho nacional, que de llevarse a cabo supone un agravamiento de la responsabilidad administrativa del nacional de Estados terceros por su situación irregular, sobrepasando así los límites que el propio Tribunal de Justicia ha venido fijando en relación con el principio de interpretación conforme.

Por otra parte, sabido es que las garantías en el ámbito administrativo sancionador se han equiparado, en gran medida, a las exigencias del Derecho penal. Es por ello que toda actividad interpretativa realizada en el ámbito administrativo sancionador se encontrará con idénticos límites a los impuestos en el ámbito del Derecho penal. Y sabido es que uno de dichos límites es, precisamente, lo constituye el respeto a los principios de seguridad jurídica y legalidad.

Pues bien, creemos que dejar inaplicable el Derecho interno, ya sea mediante la aplicación directa de la Directiva, ya sea mediante una interpretación conforme, supondría una violación de los principios de seguridad jurídica y legalidad sancionadora, recogido este último en los artículos 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y 25 de la Constitución española, en la medida en que supone la imposición de la sanción o medida de expulsión del territorio nacional, siempre y en todo caso, más gravosa que la sanción de multa inicialmente prevista por la Ley española, que solo puede ser sustituida por la expulsión cuando así venga impuesto por la aplicación del principio de proporcionalidad.

**DUODÉCIMO.-** A modo de conclusión, en atención a los razonamientos expuestos, creemos que como quiera que la normativa española resulta ser más favorable que la Directiva **2008/115/CE**, en cuanto contempla que en determinados supuestos de situación de estancia irregular se imponga una sanción de multa en lugar de la de expulsión, no cabe la aplicación directa de la citada Directiva en perjuicio de los nacionales de Estados terceros en situación irregular.

Esto es, en aquellos supuestos en los que ante la comisión de la infracción tipificada 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 corresponda, en aplicación de la normativa española, imponer la sanción de multa, habrá de negarse toda virtualidad agravatoria de la Directiva **2008/115/CE**. Y por tanto, en tales supuestos, en aplicación de los principios de seguridad jurídica y de legalidad sancionadora, la sanción a imponer deberá ser la de multa, en la cuantía a tal efecto contemplada en el artículo 55.1.b ) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero , sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social .

Obviamente, ninguna objeción planteamos a la aplicación directa de la Directiva de retorno en todo aquello que sea más favorable a los nacionales de Estados terceros en situación irregular que la normativa nacional interna. Es por ello que compartimos con la mayoría la aplicación al caso que nos ocupa del artículo 5 de la Directiva de retorno, que impone al aplicar la Directiva tener debidamente en cuenta **el interés superior del niño y la vida familiar** , por cuyo motivo entendemos improcedente, cuando tales circunstancias resulten debidamente acreditadas, tanto la imposición de la expulsión como la sanción de multa, cuando así esta última procediera en aplicación de la legislación nacional .

**DÉCIMO-TERCERO.-** Pues bien, reconduciendo la problemática aquí suscitada, centrada en la eventual vulneración del principio de proporcionalidad por la resolución recurrida en la medida en que impone la sanción de expulsión a la de multa, debemos hacer expresa referencia al marco normativo español, contenido en los citados artículos 53 , 55 y 57 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero , sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social e interpretación jurisprudencial en relación con las consecuencias jurídicas de la estancia irregular. El artículo contempla como infracción 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, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente* ". Por su parte, el artículo 55.1.b) de la citada Ley sanciona las faltas graves con multa de 501 hasta 10.000 euros. Y finalmente, el artículo 57, en redacción dada por el apartado cincuenta y nueve del artículo único de la Ley Orgánica 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 L, establece en su apartado 1 que: " *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 artículo 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* "; añadiendo en su apartado 3 que: " *En ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa* " .

**DÉCIMO-CUARTO.-** La doctrina jurisprudencial interpretadora de los antedichos preceptos legales (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo 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 ), 27 de mayo de 2008 (Rec. 5853/2004 ) y 28-11-2008 (Rec. 9581/2003 ) establece, en síntesis, que encontrarse ilegalmente en España, por sí misma, es una conducta que infringe el artículo 53.a) L.O. 4/2000 . En el sistema español, la sanción principal es la de multa, pues así se deduce de los citados artículos 55.1 y 57.1. Ahora bien, se admite que cuando concurren otras circunstancias o datos negativos, en cuando factores que introducen un plus de gravedad en la conducta, justifica la imposición de la expulsión en lugar de la de multa, requiriéndose a tal efecto una motivación específica, y distinta y complementaria de la pura permanencia ilegal.

**DÉCIMO-QUINTO.-** Entre dichas circunstancias o datos negativos se incluyen (siguiendo las referencias contenidas en la Sentencia del Tribunal de Justicia del País Vasco, rec. 625/2015, (Roj: CENDOJ ROJ: STSJ PV 1194/2016 - ECLI:ES:TSJPV :2016:1194) anteriormente citada) la existencia de una previa orden de salida obligatoria incumplida ( STS de 22 de febrero de 2007, rec. 10355/2003 ); 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 - y 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 ).

**DÉCIMO-SEXTO.-** En el caso concreto aquí examinado, admitido por el recurrente que se encuentra en España en situación irregular, la controversia litigiosa queda reducida a determinar si la sanción procedente a imponer es la de multa (como pretende el recurrente, al menos de forma subsidiaria) o, por el contrario, resulta procedente la de expulsión (impuesta en la resolución impugnada) y en la que se indica que:



*En el plazo concedido al efecto se ha presentado escrito, de alegaciones; sin que las -manifestaciones contenidas en el mismo, desvirtúen los hechos imputados, constando en el expediente además de la permanencia irregular en España, otros datos negativos sobre su conducta, constándote reseña: por homicidio doloso y lesiones que demuestran un comportamiento antisocial en nuestro país y aconsejan la imposición de la sanción de expulsión que se propone, en lugar de una sanción económica, que en ningún caso sanara su situación irregular en España. Además de su estancia irregular en España, en el momento de su detención estaba indocumentado, y, por lo tanto, sin acreditar su identificación y filiación, desconociéndose cuándo y por dónde efectuó su entrada en territorio español y si lo hizo por un puesto habilitado conforme a lo establecido en el artículo 25 de la Ley de Extranjería citarla,.*

Sin embargo la reseña por el homicidio en grado de tentativa queda desvirtuada al haber sido absuelto por la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (sección 6ª) el 13 de abril de 2016 en la causa 1207/2015 y la falta de identificación y filiación, desconociéndose cuándo y por dónde efectuó su entrada en territorio español resulta intrascendente puesto que Artemio, en todo momento ha estado documentado figurando copia del pasaporte al folio 5 del expediente administrativo habiendo sido titular de la tarjeta NUM000, lo que presupone la entrada regular en territorio español por el puesto fronterizo habilitado al efecto o su regularización posterior a la entrada.

Procede pues la estimación del recurso contencioso-administrativo, debiendo significarse que si bien la Sentencia dictada por esta el Pleno de esta Sala (secciones 2ª, 3ª, 9ª y 10ª Sala el 05 de junio de 2017 ( ROJ: STSJ M 7559/2017 - ECLI:ES: TSJM:2017:7559 ) en el recurso de apelación 185/2017, llegó a una solución contraria a la expresada, el artículo 264 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial tras establecer que .

*Los Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala se reunirán para la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales, especialmente en los casos en que los Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala o Tribunal sostuvieren en sus resoluciones diversidad de criterios interpretativos en la aplicación de la ley en asuntos sustancialmente iguales. A esos efectos, el Presidente de la Sala o Tribunal respectivo, por sí o a petición mayoritaria de sus miembros, convocará Pleno jurisdiccional para que conozca de uno o varios de dichos asuntos al objeto de unificar el criterio.*

*Formarán parte de este Pleno todos los Magistrados de la Sala correspondiente que por reparto conozcan de la materia en la que la discrepancia se hubiera puesto de manifiesto.*

Sin embargo el apartado 3º de dicho precepto establece **que en todo caso, quedará a salvo la independencia de las Secciones para el enjuiciamiento y resolución de los distintos procesos de que conozcan, si bien deberán motivar las razones por las que se aparten del criterio acordado.** Las razones por las que nos apartamos en del criterio del pleno son las expuestas en los fundamentos jurídicos antecedentes que fueron los expuestos en el voto particular formulado a dicha sentencia por los Magistrados que componen la mayoría de esta sección, entendiéndose que la falta de trasposición de la directiva impide el reconocimiento del efecto vertical inverso de la misma en perjuicio de los ciudadanos.

**DÉCIMO-SÉPTIMO.-** De conformidad con el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso en segunda instancia se impondrán las costas al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición. Estas circunstancias concurren el caso presente habida cuenta de la discrepancia con la Sentencia dictada el 05 de junio de 2017 ( ROJ: STSJ M 7559/2017 - ECLI:ES:TSJM :2017:7559 ).

Vistas las disposiciones legales citadas

## FALLAMOS

**QUE DESESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el Abogado del Estado en representación de la Delegación del Gobierno en Madrid contra la Sentencia dictada el día 19 de julio de 2016, por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 11 de los de Madrid, en el Procedimiento Abreviado número 532 de 2015, que confirmamos, sin especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas por lo que cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes lo serán por mitad.

Notifíquese la presente resolución a las partes con la advertencia de que contra misma cabe presentar recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente. Previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.



Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2612-0000-85-0184-17 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo **concepto** del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2612-0000-85-0184-17 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente Juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez D. José Daniel Sanz Heredero

D<sup>a</sup>. Fátima Blanca de la Cruz Mera D. José Ramón Chulvi Montaner

D<sup>a</sup>. Natalia de la Iglesia Vicente

### VOTO PARTICULAR,

Que formula al amparo de lo dispuesto en el art. 260.1 LOPJ, la Magistrada Ilma. D.<sup>a</sup> Natalia de la Iglesia Vicente, en relación con la Sentencia de la presente Sección 2<sup>a</sup> de fecha 31-10-2017, recaída en el Recurso de Apelación nº 184/2017.

Expreso mi respetuosa discrepancia en relación con los razonamientos y conclusiones jurídicas expresadas en los fundamentos de la Sentencia, en los términos y por las razones que a continuación se exponen.

**PRIMERO.-** La sentencia recurrida, sentencia de fecha 19-07-2016 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 11 de Madrid, en sus fundamentos jurídicos segundo y tercero, reproduce las alegaciones de las partes y el procedimiento administrativo seguido; en sus fundamentos jurídicos cuarto y quinto, reproduce el art. 53.a) LO 4/2000 y realiza reseñas jurisprudenciales del Tribunal Supremo y Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Respecto de las Sentencias del Tribunal Supremo cabe destacar STS 30-06-2006 y 09-03-2007 concluyendo que "la sanción más grave y secundaria, la expulsión requiere una motivación específica y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal ya que esta es castigada simplemente, como hemos visto, con multa. Según lo que dispone el art. 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, cuales son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción". Con ello cabría deducir que la sentencia iba a estimar el recurso por falta de proporcionalidad de la Administración en la elección de la expulsión en lugar de multa. Sin embargo, a continuación, y en el mismo fundamento de la sentencia, reproduce parcialmente la Sentencia de la Sala Cuarta del TJUE de fecha 23-04-2015 y concentra la fundamentación estimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto, en el siguiente párrafo "En el supuesto sometido a enjuiciamiento la parte recurrente hace referencia a circunstancias a que alude el art. 5 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 consistentes en interés superior del niño, la vida familiar o el estado de salud del nacional de un tercer país de que se trate, y cuya debida valoración y ponderación pudieran justificar la sanción de multa en lugar de la expulsión, por lo que en atención a la doctrina emanada del TJUE, Sala Cuarta, en sentencia de 23 de abril de 2015, procede estimar el recurso interpuesto".

Por lo tanto la Sentencia de instancia recurrida finalmente estima el recurso por falta de ponderación por parte de la Administración de las circunstancias que constan en el art. 5 de la Directiva **2008/115/CE** del Parlamento Europeo.

La Sentencia de la presente Sección respecto de la que emito voto particular desestima el recurso de apelación y por tanto confirma la estimación del recurso contencioso-administrativo por vulneración del principio de proporcionalidad. Y ello porque en el sistema español la sanción principal es la multa y solo se admite la expulsión cuando concurren otras circunstancias o datos negativos, factores que introduzcan un plus de gravedad puesto que eliminar dicho requisito de la normativa española supondría una aplicación directa de la Directiva **2008/115/CE**, que produciría el efecto de aplicación directa de una Directiva que perjudica a los nacionales de Estados terceros, efecto directo vertical perjudicial que está prohibido por la propia Jurisprudencia del TJUE.

En el presente voto particular se discrepa de ambos razonamientos, tal y como se explica en los siguientes fundamentos.

**SEGUNDO.-** Respecto de la argumentación del Juez de instancia sobre la violación por parte de la resolución administrativa del art. 5 de la Directiva **2008/115/CE** se niega que en el presente caso se haya producido.



El artículo 5 de la Directiva al regular la "no devolución, interés superior del niño vida familiar y estado de salud", dispone 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 consecuencia, conforme al artículo 5 de la Directiva retorno, al adoptar la decisión de retorno deben tenerse también en cuenta esas circunstancias. Ello implica que no sólo los supuestos de los apartados 2 a 5 del artículo 6 de la Directiva permiten no adoptar una decisión de retorno (la expulsión en nuestro ordenamiento), sino que debemos tener "debidamente en cuenta" el interés superior del niño, la vida familiar (el arraigo familiar en nuestro ordenamiento), y el estado de salud del extranjero, para ponderar si aplicando el principio de proporcionalidad es procedente la expulsión o la sanción de multa, la cual está prevista en nuestra Ley. Pues bien, en el presente caso debemos apreciar que no concurre ninguna de las circunstancias de excepción previstas en los apartados 2 a 5 del artículo 6 de la Directiva, ni tampoco las del artículo 5. En efecto, ninguna circunstancia que pudiera tener encuadre en las excepciones previstas en los artículos 5 y 6 de la Directiva, es la alegada por el recurrente. Por lo tanto en ningún caso puede quedar probada la existencia de arraigo en España. Llegados a este punto, debe recordarse Jurisprudencia sobre la interpretación de dichos preceptos, entre ella, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sección 1ª, de fecha 15 de mayo de 2015, recurso de apelación 41/2014, que señala: "QUINTO.- De esta manera y según constante y reiterada jurisprudencia de esta Sala, siguiendo las pautas que al efecto estableció el Tribunal Supremo, la única circunstancia que puede motivar la neutralización de la orden de expulsión, es la existencia de arraigo, que puede ser de tres tipos: Familiar, laboral o económico y Social. A).- Por arraigo familiar se entiende, El arraigo familiar debe caracterizarse como notas distintiva por la existencia de unos lazos de parentesco cualificados (matrimonio o pareja de hecho, hermanos, padres o hijos), que la relación sea con españoles o extranjeros residente legales y, finalmente, por la existencia de una convivencia que justifique la invocación de tal arraigo, pues incluso la jurisprudencia lo ha venido admitiendo para supuestos de agrupaciones entre hermanos ( sentencias del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1993, 29 de abril de 1996, 22 de octubre y 12 de diciembre de 1997, 9 de febrero, 10 de noviembre, 24 de noviembre y 28 de noviembre de 1999, 25 de noviembre de 2000, entre otras), llegando a apreciar la existencia de arraigo familiar en convivencias de uniones de hecho efectivas y continuadas ( SSTS 28-12-1998, 23-1-1999, 3-3-1999, 11-10-1999 y 15-11- 1999). El arraigo familiar para ser apreciado exige la concurrencia de un requisito determinante cual es, la convivencia bajo el mismo; si esa convivencia no se da, la sala entiende que el arraigo familiar no se produce. Por supuesto el pariente que determine la situación de arraigo, debe ser residente legal. Por otra parte, según ha puesto de manifiesto la Sala el parentesco colateral no determina la existencia de arraigo familiar. B).- Por arraigo laboral y económico se entiende el hecho de que el actor pruebe la existencia de relaciones laborales previas o la certificación de haber cotizado a la seguridad social, lo que solo puede producirse en aquellos supuesto en los que, el extranjero, haya obtenido un permiso previo de residencia y trabajo, que expiro o caduco por los motivos que fueren. C).- El arraigo social está en función del grado de integración del extranjero en nuestro país y viene determinado por una serie de circunstancias, entre las cuales destacamos, sin ánimo exhaustivo, las siguientes: 1º).- Los informes de inserción social, porque sin ser determinantes, explicitan este hecho. 2º).- La percepción por el extranjero de prestaciones públicas. 3º).- El disponer de medios económicos de subsistencia. El Tribunal Supremo en sentencia de 19 de julio de 2001, se pronuncia en el siguiente sentido: Según este precepto incurre en causa de expulsión del territorio español el ciudadano extranjero que carece de medios lícitos de vida, y, por consiguiente, en tal supuesto se encuentra el que careciese de cualquier medio de vida. Cabe argüir que el régimen de permisos o licencias no tiene analogía con la posesión de medios de vida porque el mero hecho de subsistir los presupone, y será la Administración quien deba destruir esa presunción de tenencia de medios de vida, pero este planteamiento no se corresponde con la finalidad del precepto en cuestión, que tiende a evitar la presencia en territorio español de ciudadanos extranjeros cuya fuente de ingresos no sea lícita, lo que les obliga a justificar, al menos, que tienen un medio de subsistencia, lo que el Tribunal sentenciador declara que no ha conseguido acreditar la recurrente, de manera que no se ha infringido por aquél los principios invocados en los motivos de casación primero y cuarto. La mera subsistencia, como indica la sentencia citada no es determinante de la concurrencia del requisito citado. Por eso, el hecho de tener una cartilla abierta en una entidad bancaria, no es, por sí solo, determinante de esta circunstancia. 4º).- Los intentos efectivos de regularizar su situación. 5º).- El empadronamiento, por sí solo, no es expresión de arraigo social, ya que lo único que demuestra es la presencia en el país, no la integración del empadronado. Además, según la Sala, el empadronamiento ha de tener una cierta consistencia temporal, de forma que ha de acreditarse tal circunstancia, cuando menos, durante tres años consecutivos. Es decir la permanencia en el País ha de ser continuada. 6º).- Las tarjetas sanitarias o de transporte, no son por si solas expresión de arraigo social, pues se emiten como mera liberalidad de la administración, ante una situación de carencia y para evitar la exclusión social. 7º).- Los certificados de cursos emitidos por ONG (Organizaciones no Gubernamentales), tampoco son, por si solos, a juicio de la Sala expresión de la existencia de arraigo. 8º).- Así cosas, el arraigo familiar es determinante; su concurso, en la mayor parte de los casos, es suficiente para neutralizar la sanción



de expulsión. El Social, mucho más relativo y casuístico, está siempre en función de las causas que se aleguen al efecto; no solo cuantitativa, sino también cualitativamente. 9º).- Todas ellas han de probarse, no basta su mera alegación y en la mayor parte de los casos, es necesario que concurran antes del inicio del procedimiento sancionador y no estén preconstituidas en función de este."

La Sentencia del Juzgado de instancia, concluye la violación del art. 5 de la Directiva **2008/115/CE**, y por ende aun sin nombrarlo la existencia de arraigo, pero la prueba aportada es la alegación de "que los padres residen en España y son titulares de residencia de larga duración renovada al igual que su hermana". Pero dicha alegación no es suficiente en los términos antes explicados, para considerar la concurrencia de vida familiar.

**TERCERO.**- En cuanto a la argumentación de la Sentencia de la presente Sección, respecto de la que se emite voto particular, se reproducen los argumentos de la Sentencia del TSJ de Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sentencia nº 419/2017 de fecha 05-06-2017, Recurso de Apelación nº 185/2017, Ponente: GUSTAVO RAMON LESCURE CEÑAL, PLENO 2/2.017, en sus fundamentos tercero y cuarto, "**TERCERO.- El artículo 53.1a) de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social establece que constituye una infracción grave "Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido o tener caducada más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documentos análogos, cuando fueren exigibles, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentariamente"**. Si bien es cierto que el artículo 55.1.b) de la citada Ley señala que las infracciones graves serán sancionadas con multa, no puede olvidarse que el artículo 57 de la misma Ley prevé que "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) y d) del artículo 53 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo".

El Tribunal Supremo tenía reiteradamente dicho, en Sentencias de 22 de Diciembre de 2.005, 24, 27 y 31 de Enero de 2.006, 10 de Febrero, 21 de Abril y 30 de Junio de 2.006, 28 de Febrero Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, 28-02-2007 (rec. 10263/2003) y 27 de Diciembre de 2.007, y 27 de Mayo de 2.008 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, 27-05-2008 (rec. 5853/2004), entre otras muchas, que la Ley Orgánica 4/2.000, de 11 de Enero, (artículos 49.a, 51.1.b y 53.1), en regulación mantenida por la reforma operada por Ley Orgánica 8/2.000, de 22 de Diciembre (artículos 53.a, 55.1.b y 57.1), cambiaba la concepción de la expulsión, declarando 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 introduciendo 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".

Esta Sala había venido manteniendo, de conformidad con el tenor de los artículos los artículos 53, 55 y 57 de la Ley Orgánica 4/2.000, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo mencionada que había interpretado los mismos, que en los supuestos de estancia irregular se debía ajustar proporcionalmente la imposición de la consecuencia (sanción) de expulsión, quedando ésta reservada únicamente para los supuestos en los que a la estancia irregular se unía algún otro factor que pudiera ser susceptible de valoración negativa.

Sin embargo, 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 2.015 que revisa el desarrollo en el ordenamiento español de la Directiva **2008/115/CE** del Parlamento y del Consejo; en concreto, esta sentencia tenía por objeto la petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE Legislación citada TFUE art. 267 Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versiones consolidadas. Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea. Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Protocolos. Anexos. Declaraciones anejas al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007. Tablas de correspondencias., por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (ante el supuesto de un extranjero en situación irregular al que se le impuso la sanción de expulsión del territorio nacional y que el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de la instancia sustituyó por la de multa), e interpreta 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 2.008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. La cuestión que planteó el TSJ del País Vasco es si es conforme con la citada Directiva sancionar la situación irregular de un extranjero exclusivamente con una sanción económica que, además, resulta, incompatible con la sanción de expulsión (artículo 57.3 de la L.O. Extranjería).

La primacía del Derecho de la Unión sobre el interno es clara, tal y como se proclamó por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 9 de Marzo de 1.978 (Asunto C-106/77, "Amministrazione delle Finanze



dello Stato y SpA Simmenthal"), en la que se declaró que "Los Jueces nacionales encargados de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, están obligados a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que estén obligados a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o mediante otro procedimiento constitucional".

Pues bien, la mencionada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de Abril de 2015 (asunto C-38/14, Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa) afirma que la normativa española no transpone al derecho interno adecuadamente la Directiva en cuanto permite la sustitución de la expulsión del extranjero que permanece ilegal en territorio español por la medida de multa. Y así el Tribunal Europeo parte de señalar 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", declarando la Sentencia que "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".

El artículo 6 de la mencionada Directiva, que lleva por título "Decisión de Retorno", dispone en su apartado 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, sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5". La decisión de retorno establecerá un plazo adecuado, cuya duración oscilará entre siete y treinta días, para la salida voluntaria, sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 y 4 (artículo 7). Por su parte el artículo 8 regula la expulsión en los siguientes términos: "Los Estados miembros tomarán todas las medidas necesarias para hacer cumplir la decisión de retorno cuando no se haya concedido un plazo para la salida voluntaria de conformidad con el artículo 7, apartado 4, o cuando no se haya cumplido con la obligación de retorno dentro del plazo para la salida voluntaria concedido de conformidad con el artículo 7. En caso de que un Estado miembro haya concedido un plazo para la salida voluntaria de conformidad con el artículo 7, la decisión de retorno sólo podrá hacerse cumplir una vez haya expirado dicho plazo, a no ser que durante el mismo surgiera un riesgo a tenor del artículo 7, apartado 4". (Dicho artículo se refiere a los supuestos de que exista riesgo de fuga, o si se desestima una solicitud de permanencia legal por ser manifiestamente infundada o fraudulenta o si la persona de que se trate representara un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional, en cuyo caso los Estados miembros podrán abstenerse de conceder un plazo para la salida voluntaria, o podrán conceder un periodo inferior a siete días).

Por su interés, reproducimos parte de la fundamentación de la sentencia citada (apartados 30 a 40):

"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. Pedro 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 a los 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)".

CUARTO.- La normativa del Estado miembro (España) analizada en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de Abril de 2015 es la establecida en la Ley Orgánica de Extranjería y su Reglamento, en el particular relativo a que el extranjero en situación irregular puede ser sancionado con expulsión del territorio nacional o con multa, según existan o no circunstancias agravantes, llegando a la conclusión de que no cabe la multa como sanción alternativa a la procedente sanción de expulsión de un extranjero en situación irregular.

La existencia de los mandatos contenidos en la Directiva imponen al Juez nacional la búsqueda de una interpretación de la norma interna que sea conforme con el texto y la finalidad de la Directiva. De no ser posible dicha interpretación conforme a la Directiva, el Juez nacional estará vinculado por la misma y habrá de emplearla en la aplicación de la Ley interna.

Con tal trascendencia es como ha de considerarse la interpretación ofrecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la Sentencia de 23 de Abril de 2015, a la vista de cuyos fundamentos cabe concluir que no resultaría ajustada a la Directiva **2008/115/CE** una interpretación de la norma estatal que, ante una situación de estancia irregular, permitiera excluir el dictado de una decisión de retorno, o su ejecución, mediante la imposición, en su lugar, de otra consecuencia distinta.

Siendo así y dado que frente a la estancia irregular la Ley española permite imponer la consecuencia de la expulsión (aunque también la multa), y teniendo presentes los razonamientos de la Sentencia del TJUE de 23 de Abril de 2015, no cabe sino que, al aplicar la norma nacional, se hayan de agotar las posibilidades interpretativas que ofrece la misma para ajustar ésta a la letra y a la finalidad de la Directiva **2008/115/CE**, lo que, en el caso particular a que remite el recurso de apelación que ahora nos ocupa, conduce a confirmar la imposición a la parte recurrente de la consecuencia de la expulsión, con preferencia a la multa, aunque ésta también se encuentre prevista en el texto legal.

Frente a la anterior conclusión únicamente podría prevalecer, en las circunstancias y en el contexto del presente recurso de apelación, el interés superior de niño del extranjero, la vida familiar de éste, o su estado de salud. La propia 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 su artículo 5 , prevé 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". "*

Por lo tanto, la constatación en el presente caso, de la situación de residencia irregular sin la concurrencia de las circunstancias del art. 5 de la Directiva **2008/115/CE** , permiten afirmar la corrección de la medida de expulsión impuesta en el acto administrativo originariamente impugnado y con ello la desestimación del recurso contencioso-administrativo.

Dado en Madrid, en la misma fecha de la Sentencia de la que se discrepa.

D.<sup>a</sup> Natalia de la Iglesia Vicente.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ