



Roj: **STSJ MU 1846/2015 - ECLI: ES:TSJMU:2015:1846**

Id Cendoj: **30030330022015100579**

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

Sede: **Murcia**

Sección: **2**

Fecha: **13/07/2015**

Nº de Recurso: **258/2014**

Nº de Resolución: **581/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ASCENSION MARTIN SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.MURCIA SALA 2 CON/ADMURCIA SENTENCIA: 00581/2015**

**ROLLO DE APELACIÓN núm. 258/2014**

**SENTENCIA núm. 581/2015**

**LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA**

**SECCIÓN SEGUNDA**

compuesta por los Ilmos. Srs.:

D. Abel Ángel Sáez Doménech

Presidente

D<sup>a</sup>. Ascensión Martín Sánchez

D. Joaquín Moreno Grau

Magistrados

ha pronunciado

**EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

**SENTENCIA nº. 581/15**

En Murcia, a trece de julio de dos mil quince.

En el rollo de apelación nº. 258/14 seguido por interposición de recurso de apelación contra la sentencia 109/14, de 11 de marzo del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº. 4 de Murcia, dictada en el procedimiento abreviado nº. 837/11, en cuantía indeterminada, figuran como parte apelante D. Carlos Manuel, nacional de MARRUECOS, representado por la Procuradora Sra. Guirao Lavela y dirigido por el Letrado Sra. San Nicolás Vicente, y como parte apelada la Delegación del Gobierno de la Región de Murcia, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, sobre sanción de expulsión por estancia irregular.

Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Ascensión Martín Sánchez, quien expresa el parecer de la Sala.

#### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**ÚNICO.-** Presentado el recurso de apelación referido, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº. 4 de Murcia lo admitió a trámite y después de dar traslado del mismo a la Administración demandada para que formalizara su oposición, remitió los autos junto con los escritos presentados a la Sala, y acordó que quedaran los autos pendientes para dictar sentencia; por Providencia de fecha 19-05-15, de conformidad con el Art. 33,2



LJCA conceder a las partes un plazo común de diez días y señalándose para que tuviera lugar la votación y fallo el 3 de julio de 2015. En dicho acto se acordó suspender el plazo para dictar sentencia con el fin de plantear a las partes concediéndose un plazo de 10 días la cuestión consistente en los efectos que puede tener la **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015 (Sala 4ª) en el Asunto C-38/14**, que entiende al resolver un procedimiento prejudicial planteado por la Sala de lo Contencioso Administrativo del País Vasco, que la normativa española vulnera la legislación de la UE (Directiva 2008/115/CE) al sustituir la expulsión por una multa, trámite que han evacuado en el sentido que consta en autos.

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia apelada **desestima** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el apelante, contra la resolución de la Delegación del Gobierno de Murcia de 4 de noviembre de 2011 que acuerda la expulsión del mismo del territorio nacional y la prohibición de entrada durante 6 años, por la comisión de una infracción grave del art. 53.1 a) de la Ley Orgánica 4/2000, por encontrarse irregularmente en el territorio español, no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la referida autorización y siempre que el interesado no hubiera solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente. Y constarle antecedentes policiales.

Aduce en concreto el Juzgado en dicha sentencia en los siguientes argumentos:

*"Segundo.- La parte actora no discute que la infracción cometida sea la regulada en el artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000 y últimamente por Ley Orgánica 2/2009 de 11 de diciembre, que tipifica 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".*

*El artículo 57 prescribe 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". De igual forma su artículo 55.3 prescribe que: "Para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerlas 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".*

*Por su parte, el Reglamento 2393/2004, de 30 diciembre, expresamente alude a la elección entre multa o expulsión, pues prescribe en su artículo 138 que "podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español". Por lo tanto, 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.*

*Tercero.- Respecto del quebranto del precepto administrativo que impone la motivación y proporcionalidad de la resolución administrativa impugnada, se ha destacar la doctrina jurisprudencial establecida por las SSTS de fechas 14 y 22 de diciembre de 2005, y la Sala de lo Contencioso - Administrativo del TSJ de Valencia, sentencias de fecha 30 de julio y 1 de septiembre de 2009 .*

*Así, 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, 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, se añade, 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.*

*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. Así, y en virtud de esta argumentación, el propio Tribunal, continua afirmando que:*

*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, 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. De tal forma que el TS ha señalado que la resolución administrativa: "...se halla suficientemente motivada conforme al art. 54.1.a de la Ley 30/92 de 26 de noviembre del PAC al expresar aunque sea de forma sucinta la razones para acordar la expulsión del territorio nacional del actor, permitiendo el ejercicio del derecho de defensa en vía administrativa y judicial, sin que pueda confundirse una motivación concisa con otra exhaustiva, siendo así que esta última no resulta exigible..."

En el caso de autos, basta la mera lectura de la resolución impugnada para entender las razones que han llevado a la Administración a adoptar la resolución que se impugna, lo que sobradamente cumple las exigencias de motivación para así facilitar la defensa de la parte actora. Otra cosa es que la misma no esté de acuerdo con la elección de la Administración o el criterio seguido por ésta, pero esto en modo alguno puede erigirse en causa de nulidad o anulabilidad de la resolución impugnada, que dentro del margen de discrecionalidad legal e interpretativa resulta en el presente caso plenamente acorde a Derecho.

Cuarto.- Por otro lado, atendido lo expresado con anterioridad, se ha de valorar si las circunstancias acreditadas por quien es parte actora en el proceso son indicativas de un **arraigo** en España que justifique como proporcionada la imposición alternativa de una multa frente a la sanción de expulsión que aplicó la Administración.

Así es porque, en los casos que consta el **arraigo** del extranjero en nuestro país, no obstante su estancia irregular, la imposición de la sanción de multa y la satisfacción de ésta pueden servir a los fines de restablecimiento del orden jurídico perturbado por la comisión de la conducta infractora del art. 53.1. a) de la LO 4/2000. Es el término legal "**arraigo**" un concepto jurídico indeterminado, a precisar en el momento de la aplicación de la norma, sobre el que se han intentado, con mayor o menor fortuna, diversas definiciones con las que orientar al intérprete jurídico. El D.R.A.E., por su lado, recoge como acepciones de **arraigo** la de "echar o criar raíces" y la de "establecerse de asiento en un lugar, adquiriendo en él bienes, granjerías, parentesco u otras conexiones".

Nuestro Tribunal Supremo ha señalado que los vínculos con el lugar en que se reside, ya sean de tipo económico, social o **familiar**, son relevantes para apreciar la existencia de **arraigo** en el territorio ( SSTS de 28-12-1998 , 7-11-99 , 4-12-1999 y 20-1- 2001). Por lo demás, en otras ocasiones, para resolver cuestiones como la planteada lo más útil es acudir a la doctrina científica clásica sobre los conceptos jurídicos indeterminados, que distingue entre una "zona de certeza" configurada con datos seguros; una "zona intermedia o de incertidumbre" más o menos imprecisa; y una "zona de certeza negativa", segura por su lado en cuanto a la exclusión del concepto.

Quinto.- En el supuesto enjuiciado consta en el expediente administrativo que la parte actora se encuentra irregularmente en España, que no había intentado regularizar su situación, sin que se acrediten medios de vida lícitos conocidos, ni tampoco una situación de **arraigo** derivada, por ejemplo de su convivencia con **familiares** residentes legales en España (el mero empadronamiento no es suficiente) y son precisamente estos hechos, que constan en el expediente administrativo seguido en legal forma y en la resolución administrativa motivación suficiente para justificar la imposición de la sanción de expulsión y no la de multa, de forma que ni la Administración ha desconocido el principio de proporcionalidad, ni ha dejado de expresar las razones por las que expulsó a la parte actora del territorio nacional. Por lo tanto se debe desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por la parte actora del proceso".

Fundamenta el apelante el recurso de apelación en los siguientes argumentos:

1) En deficiente motivación de la resolución sancionadora, defectos formales y que se ha vulnerado el **principio de proporcionalidad** recogido en el artículo 131 de la Ley 30/92 en relación con e) artículo 51,2 y 57.1 de la LO. 4/2000 , respecto de la imposición de la sanción de expulsión puesto que hay que tener en cuenta la escasa gravedad y que ha convivido en España con sus **familiares** y ha trabajado de forma casi ininterrumpida desde el año 2005.

Tal criterio de proporcionalidad aparece expresamente ensalzado en el artículo 55.3 de la Ley Orgánica 4/2000 , en su redacción otorgada por la LO. 8/2000 al expresar que: "Para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerlas se ajustara a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción o su transcendencia".

La pena de expulsión es la sanción más grave que pueda imponerse, razón por la que de no concurrir circunstancia alguna que lo justifique, deberá imponerse la pena más favorable al expedientado.

El art. 57 de la LO 4/2000 establece que podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio nacional previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo. El carácter aparentemente facultativo de la pena de expulsión debe ser suplido por la naturaleza eminentemente reglada y no discrecional de la actividad sancionadora, lo que es un principio tradicional del Derecho Administrativo Sancionador.



Por otra parte, el Tribunal Supremo ha considerado un elemento subjetivo de importancia, a valorar al enjuiciar las resoluciones de expulsión que llegan a su conocimiento invocando la infracción que nos ocupa, la circunstancia de que el extranjero haya realizado o no alguna gestión idónea con el fin de mantener la regularidad de su situación administrativa.

En la **falta de motivación de la resolución sancionadora** . Hay que examinar si es de aplicación o no lo establecido en el art. 53, a ) y 57 de la Ley 4/2000 , para el supuesto en que no acredite tener documentación que le habilite para su estancia en España.

*"1. Cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, se podrá adoptar alguna de las medidas siguientes:*

- a) *Impedir la entrada en España, aunque los interesados presenten la documentación prevista en el artículo 4.*
- b) *Denegar la expedición o renovación de las tarjetas de residencia.*
- c) *Ordenar la expulsión o devolución del territorio español.*

*2. Las medidas previstas en el apartado anterior se atenderán a los siguientes criterios:*

- a) *Habrán de ser adoptadas con arreglo a la legislación reguladora del orden público y la seguridad pública, a lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reformada por la Ley 8 /2000, de 22 de diciembre, y a las disposiciones reglamentarias vigentes en la materia,*
- b) *Podrán ser revocadas de oficio o a instancia de parte cuando dejen de subsistir las razones que motivaron su adopción.*
- c) *No podrán ser adoptadas con fines económicos.*
- d) *Cuando se adopten por razones de Orden Público o de seguridad pública, deberán estar fundadas exclusivamente en el comportamiento personal de quien sea objeto de aquella.*

*3. La caducidad del documento de identidad o del pasaporte que haya amparado la entrada y residencia en España, o la expedición, en su caso, de la tarjeta de residencia, no podrá ser causa de expulsión."*

*De lo anterior se infiere, que al amparo de esta normativa se puedan adoptar medidas sancionadoras que implican la expulsión, pero siempre valorando "razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública", pero sin que la no tenencia de la documentación que le habilite para su permanencia en España, por sí misma sea causa de expulsión, con arreglo al número tercero del citado artículo .*

A la vista de la anterior normativa vemos que la expulsión se acuerda en base al artículo 53 letra a de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España , señalando como hechos : *"Encontrarse irregularmente en territorio nacional por carecer de documentación expedida por las autoridades españolas que autorice su presencia en España", sin motivar aquella resolución en razones de orden público o seguridad pública, tal y como le impone como premisa el artículo 16 del Real Decreto 178/2003 , en relación con el artículo 2 letra a.*

En consecuencia, la citada resolución, al no ajustarse a los criterios prevenidos en el expresado artículo para adoptar aquella sanción tan drástica, procede su anulación del citado acto, por no ser conforme a derecho".

Por último **la Administración demandada** se opone al recurso de apelación y solicita se conforme la sentencia de instancia por sus propios fundamentos.

**SEGUNDO.-** Se aceptan los hechos y fundamentos de derecho del auto apelado, en cuanto no resulten modificados por los contenidos en la presente sentencia.

Procede rechazar en primer lugar los defectos formales aducidos:

1) Por lo que se refiere a la falta de identificación del instructor y secretario del expediente procede recordar que esta Sala viene señalando aun siendo cierto que en el acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador han de constar el "Instructor y, en su caso, Secretario del procedimiento, con expresa indicación del régimen de recusación de los mismo" ( art. 102.1 del Reglamento de Ejecución de la LO 4/00, de 11 de enero , sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración social, reformada por la LO 8/00, aprobado por RD 864/01, de 20 de julio, en relación con el art. 116 del mismo Reglamento, la alegación no puede prosperar, porque (en el escrito de alegaciones formulado por el imputado al notificársele el acuerdo de incoación del procedimiento sancionador no puso de manifiesto a la Administración tal circunstancia, por lo que no pueden en fase jurisdiccional denunciar una irregularidad formal que consintió en su momento en vía administrativa, y que de haberse efectuado pudo, abrir paso, a formular una recusación durante el procedimiento administrativo. Por tanto (el defecto de forma que alega no es, como indica la referida sentencia,



relevante para determinar la nulidad de la resolución impugnada, ni cabe apreciar que se haya ocasionado indefensión, porque como señala el juzgado de instancia la identificación de los funcionarios del Cuerpo Superior de Policía que intervienen como instructor y secretario del expediente sancionador por su número de carnet profesional (cuyo nº consta) es suficiente, sobre todo si se tiene en cuenta que el actor no ha hecho ningún esfuerzo para realizar una identificación mayor, ni en vía administrativa, ni en vía jurisdiccional, si es que tenía alguna duda sobre la concurrencia en los mismos de alguna causa de abstención o de recusación. No obstante ello es de tenerse en cuenta que el art. 28.3 LRJAP establece que la actuación en el procedimiento de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en las que concurren motivos de abstención no implica, necesariamente, la invalidez de los actos en que hubieran intervenido, para cuya invalidez sería necesario que con dicha actuación se hubiera causado indefensión al interesado, lo que ni tan siquiera se ha alegado por el recurrente, indefensión que, en cualquier caso, sería de difícil probanza, si se tiene en cuenta que la intervención del instructor se termina con una propuesta de resolución, la cual sólo constituye un acto de trámite, no vinculante, en modo alguno, para la autoridad que acuerde la imposición o no de la sanción, pudiéndose combatir los hechos en que se base aquella propuesta de resolución por el interesado ( STS 10 mayo 2000 ). Debe resaltarse que no estamos tampoco ante un procedimiento sancionador.

**TERCERO.-** Alega asimismo el recurrente la falta de motivación de la resolución impugnada y de la sentencia y la vulneración del principio de proporcionalidad esta Sala.

Procede señalar al respecto que conforme al artículo 53.a) de la L.O. 4/2000 , que, es el aplicado por la resolución sancionadora, constituye 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 de la misma en el plazo previsto reglamentariamente*". Esto es, se sanciona la permanencia en España sin título alguno que le habilite para ello, ya por carecer de autorización de residencia, ya por haber transcurrido el periodo establecido para la estancia o la prórroga de esta que, eventualmente se otorgara y, en este caso, no se acreditó contar con aquella autorización, ni tan siquiera que lo llegara a tener en momento alguno y únicamente que se ha justificado haberse empadronado en este país, con lo que su conducta si entra de lleno en la citada infracción.

Pues bien, sobre la proporcionalidad de la sanción de expulsión aplicada la jurisprudencia venía interpretando que, conforme a lo dispuesto en el artículo 57.1 de la Ley Orgánica 4-2000 en relación con el artículo 53.1 letra a), tras la reforma operada en virtud de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre , la sanción tipo para esta infracción era la de multa y que, para aplicar la expulsión, era preciso que concurrieran otras circunstancias acumulativas y negativas a la mera permanencia en territorio nacional sin contar con autorización de residencia o estancia. Este, por otra parte, era el criterio jurisprudencial, a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo desde Sentencia de 22 de diciembre de 2005 de la Sección Quinta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, TS Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo - Ponente: Fernández Valverde, Rafael- y reiterado por otras posteriores.

Como hechos o circunstancias que constituían motivación suficiente para imponer la sanción de expulsión en vez de la multa, se venían considerando por el propio Tribunal Supremo, entre otras, estar indocumentado y por tanto no acreditar su identificación y filiación, ignorarse cuándo y por dónde entró en territorio español ( sentencias de 23 de octubre y 5 de julio de 2007 ); constar una previa prohibición de entrada (sentencia de 4 de octubre de 2007 ) o dictarse con carácter previo a la expulsión una orden de salida obligatoria del territorio nacional que tendría que haberse hecho efectiva sin haber intentado legalizar su situación en España ( sentencia de 22 de febrero de 2007 ).

En cambio, en relación con los antecedentes policiales, el Tribunal Supremo ya, en la Sentencia de 29 de septiembre de Septiembre de 2006, vino a proclamar que "si la Administración sancionadora quiere fundar en esas actuaciones policiales o judiciales la expulsión que decreta (en lugar de la multa) ha de averiguar cuál fue su resultado y dejar constancia de ello en el expediente administrativo, pues en otro caso, seguirá inmotivada la elección de la expulsión". Dicho criterio fue reiterado por otras sentencias de 31 de enero y 7 de febrero de 2007 .

Sin embargo, debe resaltarse, tal y como se dio oportunidad a las partes para que alegaran, que **la reciente Sentencia del Tribunal de justicia de la Unión Europea, de 23 de abril de 2011, asunto (C-38/14), dictada a instancias de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la interpretación de la Directiva 2008/115 /CE, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular , y la posible colisión de tal interpretación con la configuración por la Ley española de Extranjería de las sanciones de expulsión y multa . En ella 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 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".

Establece dicha sentencias en sus considerados 30 a 41 lo siguiente:

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 *Achughbaban*, 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. Carlos Manuel 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 *Achughbaban*, C 329/11, EU:C:2011:807, apartado 35).

34.- Por otra parte, debe recordarse que tanto del deber de lealtad de los Estados miembros como de las exigencias de eficacia recordadas en particular en el considerando 4 de la Directiva 2008/115, se deriva que la obligación impuesta a los Estados miembros por el artículo 8 de la citada Directiva de proceder a la expulsión, en los supuestos mencionados en el apartado 1 de ese artículo, debe cumplirse lo antes posible (véase la sentencia *Sagor*, C 430/11, EU:C:2012:777, apartado 43 y jurisprudencia citada).

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

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

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

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

39.- A este respecto, cabe recordar que los Estados miembros no pueden aplicar una normativa que pueda poner en peligro la realización de los objetivos perseguidos por una directiva y, como consecuencia de ello, privarla de su efecto útil (véase, en este sentido, la sentencia *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 Achughbadian, C 329/11 , EU:C:2011:807, apartado 39).

41.- En atención a las consideraciones anteriores, debe responderse a la cuestión planteada que la Directiva 2008/115, en particular sus artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, en relación con su artículo 4, apartados 2 y 3, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho Estado, impone, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí."

En conclusión dicha sentencia señala que la legislación española y la jurisprudencia que la interpreta se opone a los artículos 4.2, 4.3 y 6.1 de la Directiva 2008/115, en cuanto permiten sancionar la situación irregular de un extranjero exclusivamente con una sanción económica que, además, resulta incompatible con la sanción de expulsión. De esta forma 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 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".

A la vista de esta sentencia y del principio de interpretación conforme al Derecho comunitario de la normativa interna (sentencia Van Munster de 5 de Octubre de 1994 (C-195/1991), de 5 de Octubre de 1994 y la sentencia Marleasing, C-106/89, de 13 de noviembre de 1990), **en opinión de esta Sala, los Tribunales Españoles ya no pueden acordar la sustitución de la sanción de expulsión por la de multa, sino que deben adoptar una resolución de retorno**, a salvo de que concurra alguno de los supuestos excepcionales previstos en los apartados 2 a 5 del artículo 6 de la citada Directiva 2008/115/CE y, en consecuencia, ya no cabe la solución que venían adoptando hasta ahora de sustituir aquella sanción de expulsión por la de multa.

En el artículo 6 de la citada Directiva 2008/115/CE, bajo la rúbrica de Decisión de retorno, tras proclamar, en su número primero que los "Estados miembros dictarán una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio" agrega que "sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5". Dichos apartados excluyen de la posibilidad de adoptar de la decisión de retorno, a los siguientes:

" 2. A los nacionales de terceros países que se encuentren en situación irregular en el territorio de un Estado miembro y sean titulares de un permiso de residencia válido u otra autorización que otorgue un derecho de estancia expedido por otro Estado miembro se les exigirá que se dirijan de inmediato al territorio de dicho Estado miembro. En caso de que el nacional de un tercer país de que se trate no cumpla esta exigencia, o si fuera necesaria su salida inmediata por motivos de orden público o de seguridad nacional, se aplicará el apartado 1.

3. Los Estados miembros podrán abstenerse de dictar una decisión de retorno contra un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio si otro Estado miembro se hace cargo del mencionado nacional en virtud de acuerdos o convenios bilaterales vigentes en la fecha de entrada en vigor de la presente Directiva. En ese caso, el Estado miembro que se haya hecho cargo del nacional de un tercer país de que se trate aplicará el apartado 1.

4. Los Estados miembros podrán, en cualquier momento, decidir conceder a un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio un permiso de residencia autónomo u otra autorización que otorgue un derecho de estancia por razones humanitarias o de otro tipo. En este caso no se dictará ninguna decisión de retorno. De haberse ya dictado, se revocará la decisión de retorno o se suspenderá durante el periodo de validez del permiso de residencia o de otra autorización que otorgue un derecho de estancia.

5. Si el nacional de un tercer país que se halla en situación irregular en el territorio de un Estado miembro tiene pendiente un procedimiento pendiente de renovación del permiso de residencia u otra autorización que otorgue el derecho de estancia, el Estado miembro considerará la posibilidad de abstenerse de dictar una decisión de retorno hasta que finalice el procedimiento pendiente, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6".

Se trata, por tanto, de cuatro supuestos, a saber:

1) Los nacionales de terceros países que se encuentren en situación irregular en el territorio de un Estado miembro y sean titulares de un permiso de residencia válido u otra autorización que otorgue un derecho de estancia expedido por otro Estado miembro.



2) Si, en virtud de acuerdos o convenios bilaterales vigentes en la fecha de entrada en vigor de la Directiva, un Estado miembro se hace cargo de un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en el territorio de otro Estado miembro.

3) La concesión a un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio de un permiso de residencia autónomo u otra autorización que otorgue un derecho de estancia por razones humanitarias o de otro tipo.

4) El nacional de un tercer país que se halla en situación irregular en el territorio de un Estado miembro que tiene pendiente un procedimiento que a su vez pende de renovación del permiso de residencia u otra autorización que otorgue el derecho de estancia.

Junto a estos, el artículo 5 de la citada Directiva, sobre no devolución, interés superior del niño, vida **familiar** y estado de salud de la citada Directiva establece que, al aplicar la presente Directiva, los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta: a) el interés superior del niño; b) la vida **familiar**; c) el estado de salud del nacional de un tercer país de que se trate, y respetarán el principio de no devolución.

Por último, sobre el procedimiento aplicable procede señalar que en nuestra Ley Orgánica 2/2000 se distinguen dos procedimientos, el preferente y el ordinario, en los artículos 63 y 63 bis, respectivamente. El procedimiento del artículo 63, solo se puede aplicar en los supuestos de estancia irregular, cuando se diera alguna de las siguientes circunstancias: a) *riesgo de incomparecencia*; b) *el extranjero evitara o dificultase la expulsión, sin perjuicio de las actuaciones en ejercicio de sus derechos*; c) *el extranjero representase un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional y, en estos casos, no cabrá la concesión del período de salida voluntaria. En el ordinario, que se aplica en los restantes supuestos incoados por estancia irregular, se establece que "la resolución en que se adopte la expulsión tramitada mediante el procedimiento ordinario incluirá un plazo de cumplimiento voluntario para que el interesado abandone el territorio nacional. La duración de dicho plazo oscilará entre siete y treinta días y comenzará a contar desde el momento de la notificación de la citada resolución"*.

**CUARTO.-** En el presente caso, es evidente que el hecho de que el interesado entrara en España de forma irregular y se halla mantenido también de forma irregular en este país, no supone ninguna excepción de las contempladas por la Directiva (2 a 5) para dejar sin efecto el retorno a su país de origen. Por consiguiente a la vista de dicha sentencia, de aplicación directa en nuestro país, no cabe sustituir la sanción de expulsión por la de multa, sin perjuicio de que lo procedente sea anular la primera para que con carácter previo a acordar la expulsión, la Administración conceda al interesado un plazo de entre 7 y 30 días para que retorne voluntariamente a su país. Solamente en el caso de no hacerlo podrá adoptar las medidas necesarias para la expulsión, acordando la prohibición de entrada.

Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 7.1, que señala que *"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 y, en este último apartado establece que "si existiera riesgo de fuga, o si se desestimara 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, los Estados miembros podrán abstenerse de conceder un plazo para la salida voluntaria, o podrán conceder un periodo inferior a siete días"*, lo cual debe vincularse con lo previsto en el artículo 8, sobre expulsión, que establece, en su número primero, que los *"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"* y, es en relación con estos supuestos donde el artículo 11 contempla la prohibición de entrada.

En la Directiva se utilizan las expresiones de "retorno", "decisión de retorno", "expulsión" y "salida voluntaria", dando en el artículo tres, definición de cada uno de estos. Así por "retorno", se entiende el proceso de vuelta de un nacional de un tercer país, bien sea en acatamiento voluntario de una obligación de retorno, bien de modo forzoso a: su país de origen, o un país de tránsito con arreglo a acuerdos de readmisión comunitarios o bilaterales o de otro tipo, u - otro tercer país al que el nacional de un tercer país decida volver voluntariamente y en el cual será admitido; la "decisión de retorno" una decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial por el que se declare irregular la situación de un nacional de un tercer país y se imponga o declare una obligación de retorno; la "expulsión" la ejecución de la obligación de retornar, es decir, el transporte físico fuera del Estado miembro; y finalmente la "salida voluntaria" el cumplimiento de la obligación de retorno en el plazo fijado a tal efecto en la decisión de retorno.

En nuestro derecho interno, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de abril, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su artículo 28, tras declarar en su número primero que





"las salidas del territorio español podrán realizarse libremente, excepto en los casos previstos en el Código Penal y en la presente Ley", recoge los supuestos en que la salida se configura con carácter obligatorio y estos son: a) Expulsión del territorio español por orden judicial, en los casos previstos en el Código Penal; b) Expulsión o devolución acordadas por resolución administrativa en los casos previstos en la presente Ley; c) Denegación administrativa de las solicitudes formuladas por el extranjero para continuar permaneciendo en territorio español, o falta de autorización para encontrarse en España y d) Cumplimiento del plazo en el que un trabajador extranjero se hubiera comprometido a regresar a su país de origen en el marco de un programa de retorno voluntario.

En desarrollo de este precepto el artículo 24 del Reglamento de la Ley Orgánica aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, establece que resolución denegatoria de la autorización de residencia o prórroga de estancia contendrá la advertencia al interesado de la obligatoriedad de su salida del país, añadiendo, en su número segundo que "la salida obligatoria habrá de realizarse dentro del plazo establecido en la resolución denegatoria de la solicitud formulada, o, en su caso, en el plazo máximo de quince días (...). Una vez transcurrido el plazo indicado sin que se haya efectuado la salida, se aplicará lo previsto en este Reglamento para los supuestos a que se refiere el art. 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. 3. Si los extranjeros a que se refiere este artículo realizasen efectivamente su salida del territorio español conforme a lo dispuesto en los apartados anteriores, no serán objeto de prohibición de entrada en el país y eventualmente podrán volver a España, con arreglo a las normas que regulan el acceso al territorio español".

En aplicación de esta normativa, vemos, como antes decíamos, que aquella decisión de retorno, al no ponerse de manifiesto ninguna de las circunstancias que se recogen en el artículo 7, apartado 4 de la Directiva, -que existiera riesgo de fuga, o hubiera desestimado una solicitud de permanencia legal por ser manifiestamente infundada o fraudulenta o que se tratara de persona que representara un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional- debe adoptarse otorgando la Administración un plazo al ahora recurrente, entre siete y treinta días, para la salida voluntaria. Debiendo proceder, una vez transcurrido aquel plazo sin tener lugar la misma, a la expulsión, en el sentido de ejecución de aquella obligación de retornar, correspondiendo entonces la imposición de la prohibición de entrada.

**QUINTO.-** En razón de todo ello procede estimar en parte el recurso de apelación revocando y dejando sin efecto la sentencia apelada y acordando en su lugar anular la resolución de la Delegación del Gobierno de fecha de 4 de noviembre de 2011 que acuerda la expulsión del mismo del territorio nacional y la prohibición de entrada durante 6 años, por no ser conforme a derecho, **para que por la Administración se requiera al extranjero para que retorne a su país de origen de forma voluntaria en el plazo establecido reglamentariamente (entre 7 y 30 días)**, sin perjuicio de que en el caso de que no lo lleve a cabo tome las medidas necesarias para proceder a su expulsión, imponiendo entonces la prohibición de entrada; sin hacer pronunciamiento en costas en ninguna de las dos instancias de acuerdo con lo dispuesto en art. 139.2 de la Ley Jurisdiccional .

En atención a todo lo expuesto, Y POR LA AUTORIDAD QUE **NO** S CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

## FALLAMOS

Estimar en parte el recurso de apelación 258/14, contra la sentencia 109/14, de 11 de marzo del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº. 4 de Murcia , dictada en el procedimiento abreviado nº. 837/11, en cuantía indeterminada, figuran como parte apelante D. Carlos Manuel , nacional de MARRUECOS, representado por la Procuradora Sra. Guirao Lavela y dirigido por el Letrado Sra. San Nicolás Vicente, y como parte apelada la Delegación del Gobierno de la Región de Murcia, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, que se revoca y deja sin efecto acordando en su lugar anular la resolución de la Delegación del Gobierno de fecha de 4 de noviembre de 2011 que acuerda la expulsión del mismo del territorio nacional y la prohibición de entrada durante 6 años, por no ser conforme a derecho, para que por la Administración se requiera al extranjero para que retorne a su país de origen de forma voluntaria en el plazo establecido reglamentariamente (entre 7 y 30 días), sin perjuicio de que en el caso de que no lo lleve a cabo tome las medidas necesarias para proceder a su expulsión, acordando entonces la prohibición de entrada; sin hacer pronunciamiento en costas en ninguna de las dos instancias.

Notifíquese la presente sentencia, que es firme al no darse contra ella recurso ordinario alguno.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.