



Roj: **STS 2709/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2709**

Id Cendoj: **28079130052019100220**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **18/07/2019**

Nº de Recurso: **4952/2018**

Nº de Resolución: **1105/2019**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER BORREGO BORREGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 2198/2018,**  
**ATS 1956/2019,**  
**STS 2709/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Quinta**

**Sentencia núm. 1.105/2019**

Fecha de sentencia: 18/07/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 4952/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/07/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Borrego Borrego

Procedencia: T.S.J.PAIS VASCO CON/AD SEC.2

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

Transcrito por: IGA

Nota:

R. CASACION núm.: 4952/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Borrego Borrego

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Quinta**

**Sentencia núm. 1105/2019**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Manuel Sieira Miguez, presidente

D. Octavio Juan Herrero Pina



D. Juan Carlos Trillo Alonso

D<sup>a</sup>. Ines Huerta Garicano

D. Cesar Tolosa Tribiño

D. Francisco Javier Borrego Borrego

En Madrid, a 18 de julio de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación seguido bajo el número 4952/2018, que ha sido interpuesto por el Abogado del Estado en el nombre y representación de la Administración General del Estado contra la sentencia de fecha 5 de junio de 2018, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, secc. 2<sup>a</sup> en el recurso de apelación 273/2018, que estima la apelación interpuesta por la representación de doña Zaida, declarando la parcial disconformidad a Derecho de la Resolución de 15 de julio de 2016 del Subdelegado del Gobierno en Gipuzkoa, dejando sin efecto la sanción de expulsión y sustituyéndola por sanción de multa de 501 euros.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Borrego Borrego.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO- La sentencia recurrida:

La Sección Segunda de la Sala Contencioso Administrativa del T.S.J. del País Vasco dictó sentencia de 5 de junio de 2018 estimando el recurso de apelación interpuesto por D<sup>a</sup> Zaida contra la sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo nº 1 de Donostia de fecha 14 de junio de 2017, que desestimaba su recurso contra la resolución de 15 de julio de 2016 del Subdelegado del Gobierno en Gipuzkoa, que acordaba su expulsión del territorio Nacional, y prohibición expresa de entrar de nuevo durante tres años

**SEGUNDO.-** El Abogado del Estado presentó escrito de preparación de recurso de casación, en el cual, tras justificar el cumplimiento de los requisitos relativos al plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución, identificó, como norma que consideraba infringida, los artículos 57,1 en relación con el artículo 53,1 y 55.1.b) de la Ley Orgánica núm. 4/2000, en la redacción dada por la Ley Orgánica num. 2/2009, en relación con los arts. 5º y 6º de la Directiva 2008/115 y con la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015 (asunto C-38/14, Zaizoune).

Mediante auto de 5 de julio de 2018, la Sección Segunda de la Sala contencioso-administrativa del T.S.J del País Vasco tuvo por preparado el recurso, ordenando el emplazamiento de las partes ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el plazo de treinta días, con remisión de los autos originales y del expediente administrativo.

**TERCERO.-** Recibidas las actuaciones y personada la parte recurrente ante este Tribunal, la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo dictó Auto de 25 de febrero de 2019, y acordó la admisión del recurso disponiendo:

" **Primero.** Admitir a trámite el recurso de casación preparado por el Sr. Abogado del Estado, en la representación que le es propia, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 5 de junio de 2018, en el recurso de apelación nº 884/17.

**Segundo.** Precisar, al igual que hicimos en los autos de esta Sección, dictados en los recursos números 4856/17 y 4666/17, que la cuestión que se entiende que tiene interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar en qué medida la normativa de derecho interno sobre la que ha versado el debate -en particular, el artículo 57.1 en relación con 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- y la jurisprudencia que sobre tales normas se había establecido, debe entenderse modulada por la regulación sobre retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular contenida en el Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, a la vista del fallo de la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) dictada el 23 de abril de 2015 en el asunto C-38/14.

**Tercero.** Identificar como norma jurídica que, en principio, debe ser objeto de interpretación: artículo 57.1 en relación con 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".

**CUARTO.-** Abierto el trámite, la parte recurrente presentó escrito de interposición, solicitando "[...]dicte sentencia estimatoria del mismo y anulatoria de la recurrida con los demás pronunciamientos legales



expuestos en el último apartado de este escrito". La recurrida parte recurrida no se ha personado quedando señalado para la deliberación y fallo el día 17 de julio de 2019.

**QUINTO.-** Se señala para su deliberación, votación y fallo el 17 de julio de 2019, fecha en la que se celebró con observancia de las formalidades legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** Es objeto de impugnación en el presente recurso de casación, la sentencia de fecha 5 de junio de 2018, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, secc. 2ª en el recurso de apelación 273/2018, que estima la apelación interpuesta por la representación de doña Zaida, declarando la parcial disconformidad a Derecho de la Resolución de 15 de julio de 2016 del Subdelegado del Gobierno en Gipuzkoa, que acuerda su expulsión del territorio Nacional con prohibición de entrada en España y en el territorio de los países acogidos al Convenio de aplicación del Tratado de Schengen-art. 96- por un periodo de tres años, dejando sin efecto la sanción de expulsión y sustituirla por sanción de multa en cuantía de 501 euros.

**SEGUNDO:** Por Auto de Admisión de fecha 25 de febrero de 2019, se estableció que la cuestión que presentaba interés casacional objetivo, era determinar en qué medida la normativa de derecho interno sobre la que ha versado el debate en particular el art. 57,1 en relación con los arts. 53.1 .a ) y 55. 1.b) L.O. 4/00, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social- y la jurisprudencia que sobre tales normas se había establecido, debe entenderse modulada por la regulación sobre retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular contenida en la Directiva 2008/115/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, a la vista del fallo de la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), de 23 de abril de 2015 en el asunto C-38/2014.

**TERCERO:** El propio Auto de admisión hace constar que, dicha cuestión coincide con la ya examinada y resuelta por la Sección Quinta de esta Sala Tercera en sentencias de 12 de junio (recurso nº 2958/17); sentencia de 4 de diciembre (recurso nº 5819/17) y de 19 de diciembre (recursos 5248 y 6533/17), y de 21 de enero de 2019 (recurso nº 4856/2017).

**CUARTO :** En efecto, la cuestión planteada en el referenciado auto de la sección primera ya ha sido resuelta por esta sala en sentencias de 4 de diciembre de 2018, dictada en recurso de casación 5819/2017, y de 19 de diciembre de 2018, dictada en el recurso de casación 6533/2017, a cuyas fundamentaciones jurídicas y decisiones alcanzadas nos remitimos por razones de seguridad jurídica y unidad de doctrina; en definitiva, por constituir dichas sentencias la doctrina jurisprudencial de esta sala que debe respetarse.

Decíamos en el fundamento de derecho segundo de la segunda de las sentencias dictadas, bajo el epígrafe "Interpretación que se propone de las cuestiones que se consideran como de interés casacional objetivo" lo siguiente:

"A la vista de la delimitación objetiva del presente recurso de casación y de conformidad con el orden de los pronunciamientos que nos impone el artículo 93 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, debemos proceder en primer lugar a despejar las cuestiones que se han delimitado como de interés casacional objetivo, con interpretación de los preceptos a que se hace referencia en el Auto de admisión.

En la labor impuesta, la primera de las cuestiones suscitadas está referida a la fundamentación de la sentencia recurrida, en la que, por aplicación de la doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión, de 23 de abril de 2015, dictada en el asunto C38/2014), en relación con la cuestión prejudicial suscitada por la Sala de esta Jurisdicción del País Vasco, declaró, como ya se ha expuesto, la procedencia de que ante la infracción que se contempla en nuestra legislación nacional, no procedía optar entre la sanción de multa o expulsión, sino que debía imponerse esta última sanción. Cuestionándose en este recurso la improcedencia de dicha doctrina.

Pues bien, suscitado el debate en la forma expuesta, debemos señalar que este debate ha sido ya resuelto por esta misma Sección de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, en concreto, en la sentencia 1716/2018, de 4 de diciembre, dictada en el recurso de casación 5819/2017 en la que declaramos al respecto lo siguiente, plenamente aplicable al caso de autos.

"En efecto, este mismo debate ha sido ya suscitado y resuelto en la sentencia de esta Sala y Sección 980/2018, de 12 de junio, dictada en el recurso de casación 2958/2017, en la que declaramos en relación al debate aquí suscitado, en concreto, en el alcance de la antes mencionada sentencia del Tribunal Europeo que: "Planteado en estos términos el recurso de casación, procede, de conformidad con lo establecido en el art. 93.1 de la Ley



jurisdiccional, iniciar su resolución, atendiendo a la cuestión que, según se recoge en e/ auto de admisión, precisa ser esclarecida, consistente en "determinar si la expulsión del territorio español es la única sanción que cabe imponer a los extranjeros cuando hayan incurrido en las conductas tipificadas como graves en el apartado a) del artículo 53.1 de la Ley Orgánica 4/2000, o si, por el contrario, la sanción preferente para dichas conductas es la multa, siempre que no concurren circunstancias agravantes adicionales que justifiquen la sustitución de la multa por la expulsión del territorio nacional".

Su resolución, como se desprende del planteamiento de las partes, vendrá determinada por el alcance que haya de darse a la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015, a efectos de la determinación de las normas aplicables y la interpretación de las mismas.

Pues bien, la citada sentencia responde al planteamiento de cuestión prejudicial por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en estos términos:

"A la luz de los principios de cooperación leal y de efecto útil de las Directivas, ¿los artículos 4.2, 4.3 y 6.1 de la Directiva 2008/115 deben ser interpretados en el sentido de que se oponen a una normativa, como la nacional controvertida en el litigio principal y la jurisprudencia que la interpreta, que permite sancionar la situación irregular de un extranjero exclusivamente con una sanción económica que, además, resulta incompatible con la sanción de expulsión?".

*Del propio planteamiento de la cuestión resulta ya una primera consideración: que en ningún momento se cuestionó la aplicación al caso de la referida Directiva 2008/115, pues de haber sido así el planteamiento de la cuestión no tendría fundamento, en cuanto su interpretación carecería de relevancia para la resolución de pleito, circunstancia que hubiera conducido a la inadmisión de la cuestión por el Tribunal (A TJ 16-4-2008, asunto C-186/07); A TJ 9-8-1994, asunto C-378/93), lo que no solo no ha tenido lugar sino que el propio Tribunal parte de la aplicación directa al caso de dicha Directiva, hasta el punto de que, en el ejercicio de sus competencias para proporcionar al órgano jurisdiccional nacional una respuesta útil que le permita dirimir el litigio de que conoce, reformulando las cuestiones que se le han planteado y señalando que el Tribunal de Justicia tiene la misión de interpretar cuantas disposiciones de Derecho de la Unión sean necesarias para que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan resolver los litigios que se les hayan sometido, aun cuando tales disposiciones no se mencionen expresamente en las cuestiones remitidas por dichos órganos jurisdiccionales (sentencia eco cosmetics y Raiffeisenbank St. Georgen, C-119/13 y (3-120/13, EU:C:2014:2144, apartado 32 y jurisprudencia citada), declara:*

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

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

*Con ello se desvirtúan las alegaciones que la parte realiza, por referencia a diversas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, que cuestionan la eficacia directa de la Directiva, además de que la resolución administrativa responde al cumplimiento de deberes impuestos directamente al Estado, como resulta de la propia sentencia, según la cual:*

"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 Achughbabian, C-329/11, EU:C:2011:807, apañado 31). A este respecto, ningún dato del expediente remitido al Tribunal de Justicia permite suponer que el Sr. Zaizoune se encuentre en una de las situaciones contempladas en dichos apañados"

*Ello por no hacer referencia a la contradicción que podría suponer plantear cuestión prejudicial sobre la interpretación de una norma comunitaria para después mantener que no es de aplicación al caso.*

*[...] Hecha esta primera consideración, para resolver sobre las demás argumentaciones de la parte, ha de estarse a los fundamentos de la sentencia, que comienza señalando que: con objeto de responder de forma útil al tribunal remitente, procede entender que mediante la cuestión planteada se pregunta si la Directiva 2008/115, en particular sus artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, en relación con su artículo 4, apartados 2 y 3, debe interpretarse en e/ 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. Resulta del auto de remisión que, con arreglo a la normativa nacional controvertida en el procedimiento principal, tal como es interpretada por el Tribunal Supremo, la situación irregular de los nacionales de terceros países en territorio español puede ser sancionada exclusivamente mediante una multa, que es incompatible con la expulsión del territorio nacional, medida esta que sólo se acuerda si existen circunstancias agravantes adicionales.*

*La parte recurrente muestra su discrepancia con la interpretación del Tribunal a quo, con apoyo en la circular 1/2015 de la Subcomisión de Extranjería de CGAE, alegando que como resulta del art. 28 de la LO 4/2000 en relación con el art. 24.1 y 2 del RD 557/2011, que establecen la salida obligatoria a falta de autorización, con advertencia de expulsión en caso de incumplimiento de dicha obligación en el plazo establecido, la normativa española es conforme con las previsiones de los arts. 6.1 y 8.1 de la Directiva 2008/115/CE, que ofrece varias opciones como respuesta a las situaciones de irregularidad, alegando que la conclusión a que llega la STJUE y la recurrida aparecen viciadas por partir de una premisa incompleta al emplear el adverbio "-exclusivamente" para acotar la sanción de multa, ya que esta lleva implícito la consecuencia de apercibimiento de salida de territorio nacional (decisión de retorno del art. 3.4 de la Directiva), señalando, con referencia a las sentencias que cita de otros órganos jurisdiccionales, que el marco normativo español referido a la estancia irregular es más beneficioso para los afectados.*

*Tal planteamiento no puede compartirse pues ya el enunciado de la cuestión prejudicial se refiere a la incompatibilidad entre la sanción económica y la sanción de expulsión, lo que se recoge de manera expresa en el art. 57.3 de la LO 4/2000, según el cual, "en ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa", previsiones que se recogen en la STJUE.*

*La parte pretende eludir esta situación acudiendo a la regulación de las salidas obligatorias de España establecida en el art. 28 de la propia LO 4/2000, cuyo régimen se concreta en el art. 24 del Reglamento aprobado por RD 557/2011, que en su párrafo primero establece que: "En los supuestos de falta de autorización para encontrarse en España, en especial por no cumplir o haber dejado de cumplir los requisitos de entrada o de estancia, o en los de denegación administrativa de solicitudes de prórrogas de estancia, de autorizaciones de residencia o de cualquier otro documento necesario para la permanencia de extranjeros en territorio español, así como de las renovaciones de las propias autorizaciones o documentos, la resolución administrativa dictada al efecto contendrá la advertencia al interesado de la obligatoriedad de su salida del país, sin perjuicio de que, igualmente, se materialice dicha advertencia mediante diligencia en el pasaporte o documento análogo o en documento apañe, si se encontrase en España amparado en documento de identidad en el que no se pueda estampar dicha diligencia, "previsión que se refiere a los supuestos de existencia de una resolución administrativa relativa a la situación en la que permanece el extranjero y que contiene, únicamente, la advertencia de la obligatoriedad de su salida en el plazo establecido, de manera que, a falta de cumplimiento y transcurrido el plazo indicado sin que se haya efectuado la salida, será de aplicación lo dispuesto para los supuestos a que se refiere el art. 53. 1.a) de la LO 4/2000, lo que nos sitúa en el punto de partida y por lo tanto no supone otra particularidad que posibilitar una salida voluntaria y sin necesidad de abrir el correspondiente procedimiento sancionador, pero que en e/ caso de no tener éxito lo que determina es una demora en la resolución de la situación de permanencia irregular con la consiguiente dilación en el tiempo. En todo caso, esta previsión normativa se recoge y examina, también, en la STJUE, cuyo fundamento 33 señala, 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 transpone físico del interesado fuera del Estado miembro, añadiendo el fundamento 34, 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, concluyendo en el fundamento 35, que 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.

Finalmente, no puede compartirse el planteamiento de la parte que entiende amparada la normativa española en la consideración de una normativa más favorable para el nacional de un tercer país o en la facultad de los estados miembros de establecer excepciones, al amparo de la Directiva 2008/115/CE, pues la propia sentencia del TJUE responde expresamente a tal planteamiento en los siguientes fundamentos:

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, (3- 329/11, EU:C:2011:807, apartado 33 y jurisprudencia citada).

Resulta clara la postura mantenida por el TJUE sobre la normativa nacional aplicable, concluyendo, que una normativa nacional como la controvertida en el procedimiento principal puede frustrar la aplicación de las normas y de los procedimientos comunes establecidos por la Directiva 2008/115 y, en su caso, demorar el retorno, menoscabando de este modo el efecto útil de dicha Directiva (véase, en este sentido, la sentencia Achughbadian, C329/11, apartado 39).

Todo lo expuesto hasta aquí lleva a confirmar la interpretación y aplicación de la ley efectuada por el Tribunal a quo en la sentencia recurrida, en contra de la que se sostiene en las sentencias de otros órganos jurisdiccionales invocadas por la parte, que no se ajustan a la misma, sin que tampoco pueda prosperar frente a ello la alegación de contradicción entre la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015 y las del mismo Tribunal que se citan por la recurrente, pues contemplan otras situaciones jurídicas y, en todo caso, ha de estarse a la que, además de ser posterior y por lo tanto dictada por el Tribunal a pesar de conocer las anteriormente citadas, resuelve específicamente cuestión prejudicial sobre la interpretación de la normativa comunitaria en relación con los preceptos del derecho interno aplicables al caso.

Por otra parte, y como se señala por la Sala en la sentencia recurrida, la expulsión en los supuestos de estancia irregular no constituye una regla de carácter absoluto, sino que presenta excepciones o modulaciones, como es el caso del art. 6 de la citada Directiva, regula la llamada "decisión de retorno", señalando:

1. 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.

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 de/ 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.

A tales excepciones hay que añadir los supuestos de no devolución por interés superior del niño, vida familiar y estado de salud, que se regulan en el art. 5 de la Directiva, según el cual:

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.

Supuestos que permiten valorar en cada caso la situación particular del extranjero sujeto a la expulsión y su inclusión en alguno de los supuestos que propician la aplicación del principio de no devolución.

[...] Por lo que se refiere a la alegación de que en ningún momento del procedimiento se invocó la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015 ni la Directiva, sino que ha sido en vía contenciosa donde se ha considerado para desestimar el recurso, lo que se ha entendido contrario al derecho de defensa, más aun tratándose de un procedimiento sancionador y las exigencias del principio de tipicidad, debe tenerse en cuenta dos aspectos que resultan determinantes para desestimar tal planteamiento: el marco normativo que define y regula la situación de estancia irregular y su régimen sancionador; y la aplicación de las normas correspondientes.

En el primer aspecto, como señalan tanto el Tribunal quo como el Abogado del Estado, ha de estarse a la primacía del Derecho comunitario sobre el derecho interno, proclamada desde muy temprano por el Tribunal de Justicia en sentencia de 9 de marzo de 1978 (asunto Simmenthal, reiterada en otras muchas EU:C:1978:49 , apartados 21 y 24; de 22 de junio de 2010, Melki y Abdeli, C-188/10 y C-189/10 , apartado 43, y de 4 de junio de 2015, Kernkraftwerke Lippe-Ems, C-5/14 , EU:C:2015:354 , apartado 32), en el sentido de 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 esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o mediante otro procedimiento constitucional".

A ello ha de añadirse la vinculación de los Tribunales nacionales a la doctrina del Tribunal de Justicia en la interpretación del Derecho comunitario, como se desprende de la sentencia de 29 de septiembre de 2015, asunto C-276/14 , según la cual: "Se ha de recordar en ese sentido que, según jurisprudencia reiterada, la interpretación por el Tribunal de Justicia, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 267 TAJE, de una norma del Derecho de la Unión aclara y precisa el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el juez a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los tribunales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma ( sentencia Balazs, C-401/13 y C-432/13 , EU:C:2015:26 , apartado 49 y jurisprudencia citada)."

Se desprende de ello, que el ordenamiento jurídico aplicable para la resolución del expediente abierto por la Administración sobre la situación irregular de la recurrente y su decisión por la resolución impugnada de 4 de abril de 2016, está constituido, como derecho interno, por los preceptos de la Ley Orgánica 4/2000 y, como derecho comunitario, por lo correspondientes preceptos de la Directiva 2008/115/CE, según la interpretación efectuada por el Tribunal de Justicia, todo ello anterior a los hechos valorados en la resolución impugnada, que se refieren a enero de 2016, de manera que ninguna objeción puede oponerse respecto del principio de legalidad y tipicidad en



*materia sancionadora, en cuanto la conducta imputada a la recurrente estaba definida perfectamente de manera previa en la normativa aplicable.*

*Por otra parte, en cuanto a la aplicación de la norma y el derecho de defensa, desde el expediente administrativo se conocen por la recurrente los hechos imputados, su valoración y la sanción impuesta, siendo la propia parte la que cuestiona la aplicación e interpretación de la norma ante el órgano jurisdiccional, invocando una jurisprudencia sobre la materia (proporcionalidad y motivación de la aplicación de la sanción de expulsión frente a la pecuniaria) no tenida en cuenta en la resolución impugnada, centrando así el debate en la aplicación al caso de dicha jurisprudencia, que es precisamente lo que resuelven, tanto la sentencia inicial del Juzgado como la de apelación de la Sala, señalando que la aplicación de esta jurisprudencia ha de matizarse a la vista de la STJUE de 23 de abril de 2015, que vincula al juez nacional, como hemos indicado antes, y que ya se había producido antes de los hechos enjuiciados y de la impugnación de la resolución administrativa ante la jurisdicción contencioso-administrativa y, por lo tanto, era de posible valoración en el ejercicio del derecho de defensa por la parte, cuya omisión o inadvertencia no es imputable al órgano jurisdiccional ni se debe a una situación de indefensión.*

*En consecuencia, tampoco estas alegaciones pueden prosperar.*

*[...] Todo lo expuesto lleva a rechazar la interpretación que se propone por la parte recurrente sobre la sanción aplicable a los extranjeros cuando hayan incurrido en las conductas tipificadas como graves en el apartado a) del artículo 53. 1 de la Ley Orgánica 4/2000 , considerando más acertada y justificada la interpretación llevada a cabo por la Sala en la sentencia recurrida, en cuanto mantiene que lo procedente es decretar la expulsión del extranjero cuando concurra un supuesto de estancia irregular, salvo que concurra alguno de los supuestos de excepción previstos en los apartados 2 a 5 del artículo 6 de la Directiva retorno o, en su caso, de los supuestos del art. 5 que propicien la aplicación del principio de no devolución.>>*

Y la aplicación de los criterios anteriores a supuestos como el presente no pueden rechazarse por el hecho de que el inicio del procedimiento sancionador obedeciera a circunstancias que, a la postre, no excluían la conducta sancionada, en cuanto la aplicación de los preceptos sancionadores, en la forma que impone la interpretación expuesta, resultaba procedente y no eran circunstancias excluyentes; porque ni la falta de documentación al momento de la detención de la recurrente ni los referidos antecedentes policiales, son decisivos y se mencionan en las actuaciones sancionadoras como un argumento innecesario para apreciar los hechos sancionados".

En consecuencia, en aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta, el recurso de casación debe desestimarse, concluyendo, como concluíamos en el fundamento de derecho tercero de la sentencia dictada en el recurso 5248/2018 , que: "tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión a que se ha hecho referencia, no es posible que en aplicación de los artículos 53,1,a en relación con los artículos 55,1 ,b y 57,1 todos ellos de la Ley Orgánica de Extranjería , no es posible optar entre la sanción de multa o expulsión, sino que ha de imponerse preceptivamente la de expulsión".

**QUINTO.** - No ha lugar a la imposición de las costas de este recurso a ninguna de las partes, por no apreciarse temeridad o mala fe y, de conformidad con lo establecido en el artículo 93.4 de la ley jurisdiccional , cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad. Tampoco procede condena en costas en la instancia.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

**Primero:** Declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Administración del Estado, contra la sentencia dictada por Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, n o 884/2017 de 5 de junio de 2018 , por la que, con estimación del recurso de apelación y revocación de la sentencia de fecha 14 de junio de 2017, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Donostia estimó el PA. 337/2016, deducido frente a la resolución 15 de julio de 2016 de la Subdelegación del Gobierno en Guipuzcoa que, en aplicación del art. 53.1.a) LO. 4/00 (LOEX), acordó su expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada durante cinco años, resolución que anula, sustituyendo la expulsión por una sanción de multa de 501 euros.

**Segundo:** Casamos y anulamos la sentencia recurrida, que declaramos sin valor ni efecto alguno.

**Tercero:** En su lugar, y conforme a la interpretación que se postula de los preceptos a que se refiere el presente recurso de casación, debemos de desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución originariamente impugnada, que confirmamos por estar ajustada al ordenamiento jurídico.





**Cuarto:** No procede hacer expresa declaración de las costas del recurso de casación ni de ambas instancias

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Jose Manuel Sieira Miguez D. Octavio Juan Herrero Pina D. Juan Carlos Trillo Alonso

D<sup>a</sup> Ines Huerta Garicano D. Cesar Tolosa Tribiño D. Francisco Javier Borrego Borrego

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Magistrado Ponente Sr. D. **Francisco Javier Borrego Borrego**, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ