



Roj: **STSJ BAL 40/2016 - ECLI:ES:TSJBAL:2016:40**

Id Cendoj: **07040330012016100034**

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

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **29/01/2016**

Nº de Recurso: **359/2015**

Nº de Resolución: **42/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ALICIA ESTHER ORTUÑO RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00042/2016

APELACIÓN

ROLLO SALA Nº 359 de 2015

AUTOS JUZGADO PA Nº 331 de 2014

SENTENCIA

Nº 42

En Palma de Mallorca a veintinueve de enero de dos mil dieciséis.

ILMOS SRS.

PRESIDENTE

D. Gabriel Fiol Gomila.

MAGISTRADOS

D. Fernando Socías Fuster.

D^a Alicia Esther Ortuño Rodríguez.

Vistos por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears los autos seguidos ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Palma de Mallorca, con el número de autos del Juzgado y número de rollo de esta Sala arriba designados; actuando como parte apelante, **D. Victorio**, representado por el Procurador D. FREDERIC XAVIER RUIZ GALMÉS, y defendido por la Letrada D^a MARÍA DEL CARMEN VIDAL GIL, contra **la Administración General del Estado (Delegación del Gobierno en Illes Balears)** representada y asistida por EL ABOGADO DEL ESTADO.

Constituye el objeto del recurso la resolución dictada el 17 de septiembre de 2014 por la Delegada del Gobierno en Illes Balears, la cual acordó imponer a D. Victorio la sanción de expulsión del territorio español, con prohibición de entrada durante tres años, a causa de haber cometido una infracción grave prevista en el artículo 53 a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, por la que se regulan los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

La Sentencia nº 237/2015, de 5 de junio, dictada por la Sra. Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Palma de Mallorca desestimó el recurso contencioso administrativo.

Ha sido Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D^a Alicia Esther Ortuño Rodríguez, quien expresa el parecer de la Sala.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La Sentencia número 237 de 2015, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Palma, en los autos seguidos por los trámites de procedimiento abreviado y de los que trae causa el presente rollo de apelación, decía literalmente en su fallo:

"DESESTIMAR el recurso interpuesto por D. Victorio, nacional de Perú, con pasaporte nº NUM000 y NIE NUM001, representado por el Procurador de los Tribunales Sr. Ruiz Gálmes, frente a la Resolución de la Delegación del Gobierno en las Islas Baleares de fecha 17 de septiembre de 2014, expediente número NUM002, por la que se impone la sanción de expulsión del territorio nacional con la consiguiente prohibición de entrada en España por tres años.

Resolución que se declara conforme a derecho. No se hace especial pronunciamiento en costas."

SEGUNDO. Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación en plazo y forma por la parte demandante, siendo admitido en ambos efectos.

TERCERO. Se ha seguido el recurso con arreglo a los trámites de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, habiéndose denegado la práctica de la prueba solicitada, quedando los autos conclusos para dictar sentencia, señalando para la votación y fallo el día 29 de enero de 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. En el recurso contencioso-administrativo nº 331/2014, tramitado por los cauces del procedimiento abreviado en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Palma de Mallorca, se impugnó la resolución dictada el 17 de septiembre de 2014 por la Delegada del Gobierno en Illes Balears, la cual acordó imponer a D. Victorio la sanción de expulsión del territorio español, con prohibición de entrada durante tres años, a causa de haber cometido una infracción grave prevista en el artículo 53 a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, por la que se regulan los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, esto es, por *"encontrarse irregularmente en territorio español por no haber obtenido o tener caducada por más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documento análogos cuando fueran exigibles, y siempre que el interesado no hubiera solicitado la renovación de los permisos en el plazo previsto reglamentariamente"*.

La Sentencia apelada considera que la resolución impugnada impone la sanción de expulsión de forma motivada y proporcionada, ya que constaban datos negativos, básicamente antecedentes penales por la existencia de seis sentencias condenatorias (7 de febrero de 2007, 26 de enero de 2007, 18 de noviembre de 2008, 5 de junio de 2008, 24 de abril de 2008 y 30 de mayo de 2008) por la comisión de tres delitos de coacciones en el ámbito familiar, tres delitos de conducción de vehículos a motor bajo los efectos de bebidas alcohólicas o drogas, un delito de conducción de vehículos a motor sin licencia o permiso, un delito de lesiones y un delito de quebrantamiento de condena, sin que consten cancelados los antecedentes penales. Se debe tener en cuenta que no procede la sustitución de la expulsión por multa, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015. No puede apreciarse la existencia de arraigo familiar ya que consta una condena por tres delitos de coacciones en el ámbito doméstico.

En esta fase de apelación, el recurrente reitera que el acto administrativo impugnado no expresa las razones por las que se impone la sanción de expulsión en lugar de multa, unido a la desproporción de la medida, ya que está casado con una ciudadana española y es padre de una niña menor de edad también española.

El Abogado del Estado reitera que el acto recurrido se encuentra motivado, siendo proporcionada la opción de la expulsión en lugar de la sanción de multa. Interesa que se confirme la sentencia apelada y la sanción impuesta.

SEGUNDO. Resulta admitido que la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (en su redacción tras la Ley Orgánica 8/2000), prevé que ante las infracciones que se detallan en su art. 57.1º *"podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo"*, la duda radica en si este "podrá" implica el ejercicio de un derecho de opción o elección favor de la Administración, carente de cualquier control jurisdiccional.

En este punto, no cabe duda de que la idoneidad de la elección es verificable a través de las técnicas de control jurisdiccional, máxime cuando nos encontramos con una decisión dictada en el seno de un procedimiento administrativo sancionador en el cual, la elección afecta a la gravedad de la sanción.

Cuando la norma contempla dos sanciones posibles y una es más gravosa que otra -como ocurre en el caso en el que la sanción de expulsión lo es con respecto a la sanción económica-, la Administración debe realizar un juicio de proporcionalidad o de individualización de la sanción en atención a las circunstancias del infractor



-criterio de prevención especial- y de la infracción misma -criterio de prevención general-. En definitiva, a la resolución sancionadora le es de plena aplicación lo previsto en el art. 131 de la Ley 30/1992 en cuanto que recoge el principio de proporcionalidad en materia sancionadora en el sentido de que la sanción aplicada deberá guardar la debida adecuación con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. El art. 20.2º de la Ley 4/2000 prevé que los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, por lo que la aplicación del art. 131 de la Ley 30/1992, es incuestionable.

En este sentido la STS de 30.06.2006 (seguida por otras muchas en el mismo sentido), indica que:

"En la Ley Orgánica 7/85, de 1 de julio, la expulsión del territorio nacional no era considerada una sanción, y así se deduce de una interpretación conjunta de sus artículos 26 y 27, al establecerse como sanción para las infracciones de lo dispuesto en la Ley la de multa y prescribirse que las infracciones que den lugar a la expulsión no podrían ser objeto de sanciones pecuniarias.

Quedaba, pues, claro en aquella normativa que los supuestos en que se aplicaba la multa no podían ser castigados con expulsión.

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

De esta doctrina se deduce:

1º.- Que el encontrarse ilegalmente en España (una vez transcurridos los noventa días previstos en el artículo 30-1 y 2 de la Ley 4/2000, reformada por la Ley 8/2000 ya que durante los primeros noventa días no procede la expulsión sino la devolución), repetimos ese encontrarse ilegalmente en España, según el artículo 53-a), puede ser sancionado o con multa o con expulsión.

No sólo se deduce esto del artículo 53-a) sino también del artículo 63-2 y 3, que expresamente admite que la expulsión puede no ser oportuna (artículo 63-2) o puede no proceder (artículo 63-3), y ello tratándose, como se trata, del caso del artículo 53-a), es decir, de la permanencia ilegal.

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

Lo que importa ahora es retener que, en los casos de permanencia ilegal, la Administración, según los casos, puede imponer o bien la sanción de multa o bien la sanción de expulsión.

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

3º.- En cuanto sanción más grave y secundaria, la expulsión requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal, ya que ésta es castigada simplemente, como hemos visto, con multa.

Según lo que dispone el artículo 55-3, (que alude a la graduación de las sanciones, pero que ha de entenderse que resulta aplicable también para elegir entre multa y expulsión), la Administración ha de especificar, si impone la expulsión, cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y, en general, añadimos nosotros, cuáles son las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la expulsión y prohibición de entrada, que es una sanción más grave que la de multa.

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

En efecto:



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

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

SEXTO. Pues bien, esto último es lo que ocurre en el presente caso en que a la permanencia ilegal en España del actor se une la circunstancia (que es subrayada en la resolución recurrida) de que D^a Constanza no sólo se encontraba irregularmente en España, sino que estaba indocumentada, y, por lo tanto, sin acreditar su identificación y filiación, y, además, se ignoraba cuándo y por dónde entró en territorio español.

La permanencia ilegal y estos hechos que constan en el expediente administrativo (de los que tuvo conocimiento el Letrado que asistía a la expedientada al notificársele la iniciación-propuesta de resolución) son 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 exponer las razones por la que expulsó al actor del territorio nacional."

El principio de proporcionalidad está íntimamente relacionado con la exigencia de motivación de las resoluciones, ya que no basta que la sanción esté proporcionada a la infracción, sino que cuando -como en el caso- se opta por la sanción más gravosa, es preciso que se indiquen las razones del juicio de proporcionalidad aplicado o al menos éstas consten en el expediente administrativo.

En caso contrario, se causaría indefensión a la parte imputada desde el momento en que ha desconocido las razones por las que se le impone la sanción más gravosa y, correlativamente, no ha podido combatirlas.

TERCERO . En cuanto a la motivación, en el presente supuesto en la resolución ya se indicaron las razones por las que se imponía la sanción de expulsión, en concreto, se indicó que no había demostrado la actividad tendente a obtener los pertinentes permisos para permanecer en territorio Español, y que le constaba seis sentencias condenatorias por la comisión de delitos, La Sentencia apelada considera que la resolución impugnada impone la sanción de expulsión de forma motivada y proporcionada, ya que constaban datos negativos, básicamente antecedentes penales por la existencia de seis sentencias condenatorias (26 de enero de 2007 , 18 de noviembre de 2008 , 5 de junio de 2008 , 24 de abril de 2008 y 30 de mayo de 2008) por la comisión de tres delitos de coacciones en el ámbito familiar (Sentencia del Juzgado de Violencia contra la Mujer nº 2 de Palma de Mallorca de fecha 7 de febrero de 2007), tres delitos de conducción de vehículos a motor bajo los efectos de bebidas alcohólicas o drogas (Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 de Palma de Mallorca de 26 de enero de 2007 , Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 de Palma de Mallorca de 5 de junio de 2008 , y Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 6 de Palma de Mallorca de 24 de abril de 2008), un delito de conducción de vehículos a motor sin licencia o permiso (Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 6 de Palma de Mallorca de 18 de noviembre de 2008), un delito de lesiones y un delito de quebrantamiento de condena (Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Palma de Mallorca de 30 de mayo de 2008), sin que consten cancelados los antecedentes penales.

Pues bien, a la vista de lo anterior no puede imputarse falta de motivación en las razones por las que se ha optado por la sanción de expulsión en lugar de la de multa. Cuestión distinta es que se discrepe de la motivación indicada, pero la explicación de las razones por la que se opta por aquella sí está en el acto administrativo impugnado.

CUARTO. **C** onviene hacer referencia a que la doctrina jurisprudencial expuesta en relación con la sanción de multa como principal y la sanción de expulsión como subsidiaria y condicionada a la presencia de "otros datos negativos", debe ser revisada a la luz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada el 23 de abril de 2015 (Asunto C-38/14 , "Zaizoune", en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco), en virtud de la cual en el supuesto de estancia ilegal las legislaciones nacionales deben contemplar las medidas de transporte físico del extranjero en cuestión fuera del territorio del Estado, salvo en los supuestos excepcionales previstos en la Directiva 2008/115, en los que deba priorizarse el derecho a la familia, de la infancia o de la salud del interesado.

La citada Sentencia determina que:

"Procedimiento principal y cuestión prejudicial

18 El Sr. Remigio , de nacionalidad marroquí, fue interceptado el 15 de julio de 2011 en territorio español por las fuerzas de orden público.



19 Al no haber podido presentar sus documentos de identidad en ese momento, el interesado fue detenido y se inició contra él un procedimiento administrativo de expulsión del territorio español.

20 Ese procedimiento finalizó el 19 de octubre de 2011, mediante una resolución de la Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa en la que se dictaba su expulsión del territorio español, además de la prohibición de entrada durante cinco años.

21 Dicha resolución fue motivada por la situación irregular Don. Remigio en España, a efectos de lo dispuesto en el artículo 53, apartado 1, letra a), de la Ley Orgánica de Extranjería, así como por sus antecedentes penales en dicho Estado.

22 El interesado presentó un recurso contra la citada resolución ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Donostia-San Sebastián, el cual anuló la resolución administrativa y sustituyó la expulsión por una multa.

23 La Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia ante el tribunal remitente. El citado tribunal observa que las normas nacionales de que se trata son interpretadas por el Tribunal Supremo español en el sentido de que la sanción principal para la infracción de estancia irregular de los nacionales de terceros países es la multa, siempre que no concurren circunstancias agravantes adicionales que justifiquen la sustitución de la multa por la expulsión del territorio nacional.

24 En este contexto, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«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?»

Sobre la cuestión prejudicial

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

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

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

28 Sentado lo anterior, con objeto de responder de forma útil al tribunal remitente, procede entender que mediante la cuestión planteada se pregunta si la Directiva 2008/115, en particular sus artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, en relación con su artículo 4, apartados 2 y 3, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho Estado, impone, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí.

29 Resulta del auto de remisión que, con arreglo a la normativa nacional controvertida en el procedimiento principal, tal como es interpretada por el Tribunal Supremo, la situación irregular de los nacionales de terceros países en territorio español puede ser sancionada exclusivamente mediante una multa, que es incompatible



con la expulsión del territorio nacional, medida esta que sólo se acuerda si existen circunstancias agravantes adicionales.

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

31 Como indica el apartado 35 de la sentencia *El Dridi* (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268), el artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva prevé ante todo, con carácter principal, la obligación de los Estados miembros de dictar una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio.

32 En efecto, una vez comprobada la irregularidad de la situación, las autoridades nacionales competentes deben, en virtud de dicho precepto y sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5 del mismo artículo, adoptar una decisión de retorno (sentencia *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 Sr. Remigio 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 *Achughbaban*, 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.

Costas

42 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

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.

QUINTO. Si bien ya en el momento de su detención, el interesado aportó documentación que acreditase su identidad y su entrada en territorio español, sin embargo, en el presente supuesto la Administración alega que sí disponía de "otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias" -en palabras del TS-, que justifican el criterio de proporcionalidad aplicado, consistente en la existencia de diversas condenas penales por la perpetración de delitos contra la seguridad en el tráfico, de lesiones, de quebrantamiento de condena o medida cautelar y de coacciones en el ámbito doméstico. A pesar de que se ha certificado por el Juzgado de lo Penal nº 8 el cumplimiento de las penas impuestas y el archivo de las ejecutorias, sin embargo no consta que se hayan cancelado los antecedentes penales.

A partir de estos hechos se desprende la inactividad acreditada de la parte recurrente a fin de obtener los permisos que amparen su estancia en España de forma legal.

Por el contrario, sí se desprenden circunstancias demostrativas de arraigo, ya que existe un vínculo matrimonial con una nacional española desde el 25 de septiembre de 2009, con la que tuvo una hija española nacida el NUM003 de 2010, habiendo sido titular de una autorización de residencia y trabajo entre el 3 de diciembre de 2004 al 3 de diciembre de 2007, habiendo sido denegada su primera renovación, así como presentó dos solicitudes de tarjeta de familiar de nacional de la UE, siendo archivada la primera (resolución de 10 de enero de 2012) y denegada la segunda (resolución de 22 de marzo de 2013).

En el supuesto de ciudadanos europeos o bien extracomunitarios con determinados vínculos familiares con ciudadanos de la UE, de acuerdo con el artículo 1.3 de la Ley Orgánica 4/2000, "Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se registrarán por las normas que lo regulan, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables", debemos aplicar la normativa contemplada en el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero regulador de la entrada, libre circulación y residencia en España de Ciudadanos de Estados miembros de la Unión Europea, también aplicable a sus familiares, cualquiera que fuere su nacionalidad, siempre que se encuentren comprendidos en el ámbito subjetivo recogido en su artículo 2:

"El presente real decreto se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando le acompañen o se reúnan con él, que a continuación se relacionan:

a) A su cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial o divorcio.

b) A la pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo y siempre que no se haya cancelado dicha inscripción, lo que deberá ser suficientemente acreditado. Las situaciones de matrimonio e inscripción como pareja registrada se considerarán, en todo caso, incompatibles entre sí.

c) A sus descendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o se haya cancelado la inscripción registral de pareja, menores de veintiún años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo, o incapaces.



d) A sus ascendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada que vivan a su cargo , siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o se haya cancelado la inscripción registral de pareja".

Circunscribiéndonos al supuesto de los extranjeros familiares de ciudadanos comunitarios que es el objeto de debate de autos, al tratarse extranjero de nacionalidad peruana, esposo de ciudadana comunitaria de nacionalidad española, conviva o no con la misma, así como padre de una menor española, le resulta de aplicación el Real Decreto 240/2007 de 15 de febrero, cuyo artículo 15 determina que:

"Artículo 15. Medidas por razones de orden público, seguridad y salud pública.

1. Cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, se podrá adoptar alguna de las medidas siguientes en relación con los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o con los miembros de su familia:

a) Impedir la entrada en España, aunque los interesados presenten la documentación prevista en el artículo 4 del presente real decreto.

b) Denegar la inscripción en el Registro Central de Extranjeros, o la expedición o renovación de las tarjetas de residencia previstas en el presente real decreto.

c) Ordenar la expulsión o devolución del territorio español.

Únicamente podrá adoptarse una decisión de expulsión respecto a ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o a miembros de su familia, con independencia de su nacionalidad, que hayan adquirido el derecho de residencia permanente en España, si existen motivos graves de orden público o seguridad pública. Asimismo, antes de adoptarse una decisión en ese sentido, se tendrán en cuenta la duración de la residencia e integración social y cultural del interesado en España, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, y la importancia de los vínculos con su país de origen.

(...)

5. La adopción de una de las medidas previstas en los apartados anteriores 1 a 4 se atenderá a los siguientes criterios:

a) Habrá de ser adoptada con arreglo a la legislación reguladora del orden público y la seguridad pública y a las disposiciones reglamentarias vigentes en la materia.

b) Podrá ser revocada de oficio o a instancia de parte cuando dejen de subsistir las razones que motivaron su adopción.

c) No podrá ser adoptada con fines económicos.

d) Cuando se adopte por razones de orden público o de seguridad pública, deberán estar fundadas exclusivamente en la conducta personal de quien sea objeto de aquéllas, que, en todo caso, deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, y que será valorada, por el órgano competente para resolver, en base a los informes de las Autoridades policiales, fiscales o judiciales que obren en el expediente. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá, por sí sola, razón para adoptar dichas medidas".

El Real Decreto 240/2007 ya incorpora la doctrina del Tribunal de la Justicia de las Comunidades Europeas sobre el concepto jurídico indeterminado de orden público que, en el contexto comunitario y en cuanto a restricción del principio fundamental de la libre circulación de los trabajadores, ha de ser interpretado de forma estricta, aunque reconociéndose un margen de apreciación en los límites impuestos por el Tratado a cada país en las disposiciones adoptadas para su aplicación que para justificar la restricción a la libre circulación de esas personas sometidas al Derecho Comunitario implica que el concepto de orden público que así lo permita, aparte de la alteración del orden social que constituye toda infracción de la Ley, ha de suponer ciertamente una amenaza real y suficientemente grave, que afecta a un interés fundamental de la sociedad.

Si el apelante y recurrente, de nacionalidad peruana, no tuviera la condición de familiar de ciudadano comunitario, bastaría la ausencia de autorización para residir en España, para proceder a imponerle su expulsión del territorio nacional, a partir de la Sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015 .

Pero como tiene la condición de familiar de ciudadano comunitario, tenga o no concedida la tarjeta, hemos de valorar si se dan las circunstancias que el artículo 15-5 d) del RD 240/2007 señala para que pueda aplicarse esa expulsión por razones de orden público, esto es la apreciación o valoración de la conducta del actor como constitutiva de una amenaza real que afecte a un interés fundamental de la sociedad, lo cual constituiría la motivación que la parte apelante argumenta que no existe en el supuesto de autos.



Y la Sala considera que ciertamente no se da esa motivación. En efecto la existencia de condenas penales por la comisión de tres delitos de coacciones en el ámbito familiar (Sentencia del Juzgado de Violencia contra la Mujer nº 2 de Palma de Mallorca de fecha 7 de febrero de 2007), tres delitos de conducción de vehículos a motor bajo los efectos de bebidas alcohólicas o drogas (Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 de Palma de Mallorca de 26 de enero de 2007 , Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 de Palma de Mallorca de 5 de junio de 2008 , y Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 6 de Palma de Mallorca de 24 de abril de 2008), un delito de conducción de vehículos a motor sin licencia o permiso (Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 6 de Palma de Mallorca de 18 de noviembre de 2008), un delito de lesiones y un delito de quebrantamiento de condena (Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Palma de Mallorca) no es en sí determinante de una peligrosidad cierta y amenaza real para la paz social frente al hecho de que el recurrente tiene un arraigo familiar evidente. Obligarle a la salida del país con prohibición de retorno por plazo de tres años colisiona de forma frontal con su derecho a estar y permanecer y disfrutar de su esposa e hija menor de nacionalidad comunitaria.

Pero la mera presencia de condenas penales no es sinónimo de una peligrosidad real para el orden público del país tal y como establece el artículo 15-5 d) del RD 240/2007 .

Todo ello concluye en que deba prosperar la apelación interpuesta contra la Sentencia dictada por el Juzgado que debemos revocar, debiendo estimar el recurso contencioso interpuesto contra la Resolución de la Delegación de Gobierno de les Illes Balears de 17 de septiembre de 2014, que anulamos por ser contraria a derecho.

SEXTO. En materia de costas la estimación de la apelación determina que no se haga imposición de las costas causadas en esta instancia.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general aplicación

FALLAMOS

1º) ESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto contra la Sentencia nº 237/2015 dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 que REVOCAMOS íntegramente.

2º) ESTIMAMOS el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la Resolución el 17 de septiembre de 2014 por la Delegada del Gobierno en Illes Balears, la cual acordó imponer a D. Victorio la sanción de expulsión del territorio español, con prohibición de entrada durante tres años, la cual se anula por no ser conforme a derecho.

3º) Sin costas en esta segunda instancia.

Contra esta resolución no cabe recurso ordinario.

Así por esta nuestra sentencia de la que quedará testimonio en autos para su notificación, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION: Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por la Magistrada de esta Sala Ilma. Sra. D^a Alicia Esther Ortuño Rodríguez que ha sido ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El Letrado de la AJ, rubricado.