

Versión anonimizada

C-568/19 - 1

Asunto C-568/19

Petición de decisión prejudicial

Fecha de presentación:

25 de julio de 2019

Órgano jurisdiccional remitente:

Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (España)

Fecha de la resolución de remisión:

11 de julio de 2019

Parte recurrente:

MO

Parte recurrida:

Subdelegación del Gobierno en Toledo

Inscrito en el registro del Tribunal de Justicia con el número	11.23.225
Luxemburgo, el	26. 07. 2019
Fax/E-mail:	—
Presentado el:	25.07.19
El Secretario. por orden Leticia Carrasco Marco Administradora	

T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.2 – 002

ALBACETE

[OMISSIS]

Procedimiento: [OMISSIS] RECURSO DE APELACIÓN [OMISSIS]

Sobre EXTRANJERÍA

De D/ña. MO

[OMISSIS]

Contra SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO

[OMISSIS]

[OMISSIS] AUTO PLANTEANDO CUESTIÓN PREJUDICIAL [OMISSIS]

A U T O N.º 337/19

ENCABEZAMIENTO

En Albacete a once de julio de dos mil diecinueve.

[OMISSIS] [OR. 2] [OMISSIS]

[OMISSIS] [composición del órgano jurisdiccional remitente, partes, representantes y número de identificación del procedimiento]

ANTECEDENTES DE HECHO

Procedimiento administrativo

- 1 El día 14 de enero de 2017 la Comisaría de Talavera de la Reina acordó incoar expediente sancionador de expulsión [OMISSIS] a D. MO, de nacionalidad colombiana, por una posible infracción del art. 53.1.a de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. El procedimiento se tramitó con el carácter de «preferente».

[OR. 3]

2. El interesado presentó escrito de alegaciones en el que relataba haber ingresado en España en 2009 mediante el correspondiente visado (se aportaba), con permiso de reagrupación familiar con su madre (se aportaba igualmente permiso de fecha 30 de abril de 2009), a la edad de 17 años. Se presentaba también pasaporte en vigor, con validez hasta [el] 24 de diciembre de 2018, y una tarjeta de residencia (renovación de la autorización de reagrupación familiar mencionada) con vigencia hasta 2013. Se aportaba también un empadronamiento de 2015 en Talavera de la Reina. Se decía que durante la estancia en España había trabajado habitualmente (se aportaban varios contratos, informe de vida laboral y certificado de libreta bancaria). Se indicaba la carencia de antecedentes penales, y la posesión de domicilio fijo en [OMISSIS] Talavera. Se aportaban también permiso de circulación, tarjeta de crédito, carnet de la biblioteca pública, tarjeta sanitaria y diversos certificados de cursos y acciones formativas oficiales. Se indicaba haberse intentado regularizar la situación, sin que fuera posible. Por último, se señalaba que según la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, la sanción principal es la multa, sin que sea procedente por tanto aplicar la sanción de expulsión vista la situación de arraigo y la ausencia de elementos desfavorables en el interesado.
3. Con fecha 3 de febrero de 2017, el Subdelegado del Gobierno en Toledo dictó resolución de expulsión. En ella se citaba el art. 53.1.a de la Ley Orgánica 4/2000 y se indicaba que la doctrina del Tribunal Supremo viene permitiendo la expulsión cuando se suma a la estancia ilegal algún elemento negativo en la conducta del

interesado, siendo tales circunstancias negativas en este caso las siguientes: que el interesado no justificaba la entrada en España por puesto habilitado, ni el tiempo de residencia que llevaba en España, encontrándose totalmente indocumentado. Se decía también que con la expulsión no se produciría un desarraigo familiar, puesto que no se acreditaban vínculos con familiares residentes legales en línea directa.

Además, se citaba la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015 (asunto C-38/14), según la cual, se decía por la Administración, la regla general debe ser la expulsión, sin que sea aceptable por tanto aplicar la multa. Se establecía una prohibición de reingreso durante cinco años y se acordaba la notificación de la resolución al interesado y que se confirmase a la Subdelegación la fecha de ejecución de la medida.

[OR. 4]

El procedimiento en primera instancia

4. En la demanda ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo el actor recordó los argumentos esgrimidos en [el] escrito de alegaciones presentado en la vía administrativa y señaló el arraigo conseguido desde su entrada en España en 2009 mediante reagrupación familiar, habiendo trabajado, poseyendo saldo positivo en la cuenta corriente, destacando el trabajo desde junio de 2011 a diciembre de 2012 en el Programa de Iniciativa para la Promoción Económica de Talavera. El interesado decía haber estado empadronado en Talavera desde 2009 con un único cambio de domicilio, haberse acogido a los programas de talleres ocupacionales, estar inscrito en la Seguridad Social, poseer carnet de biblioteca y permiso de conducir. La expulsión afectaría a esta situación de arraigo, situación que incluso le permitiría la solicitud y obtención de un permiso de residencia por arraigo. Se añadía que la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, previene como medida principal la multa, siendo la expulsión excepcional y debiendo motivarse más allá de la mera estancia ilegal sobre la base de algún elemento desfavorable adicional.
5. La Abogacía del Estado se opuso a la estimación del recurso alegando que a la fecha de incoación del procedimiento de expulsión el recurrente se encontraba efectivamente en situación irregular en España, no existiendo arraigo suficiente, a tenor de las circunstancias que concurrían en el recurrente, habiéndose dictado en fecha 19-9-2017, por el mismo Juzgado, Sentencia por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo contra otra resolución anterior que también había acordado la expulsión del recurrente, en aquella ocasión por incumplimiento de las medidas cautelares impuestas en un procedimiento previo; instando en definitiva la confirmación de la resolución.
6. La sentencia del Juez desestimó el recurso contencioso-administrativo planteado. Comenzó recordando que el recurrente alega la desproporcionalidad de la resolución de expulsión, pues según la Ley española la mera estancia irregular, existiendo un arraigo en España, debe dar lugar solamente a la imposición de una

multa y no de la [OR. 5] sanción de expulsión. Sin embargo, proseguía la sentencia, esto no puede ser así a la vista de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 23 de abril de 2015 (asunto C-38/14), según la cual «*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 continuación se recordaba la doctrina de esta Sala dictada en aplicación de los criterios de la referida sentencia, según la cual no es posible optar por la multa en caso de estancia irregular, sino que debe aplicarse la expulsión. Si se aplica la multa, por otro lado, el interesado permanecería ilegalmente en territorio español. Además, al interesado le consta expulsión por otro motivo y se ha dictado ya sentencia desestimando el recurso contra dicha decisión.

El procedimiento en apelación

7. El interesado presentó recurso de apelación contra la anterior sentencia ante esta Sala. En él alegaba como motivo fundamental la desproporción de la medida de expulsión, al basarse solamente en la situación administrativa irregular, cuando existe un fuerte arraigo que hace que lo procedente sea imponer solamente una multa. Se recordaba que el Tribunal Supremo había venido permitiendo la expulsión en lugar de la multa solo cuando se den circunstancias añadidas a la mera estancia ilegal (como por ejemplo estar indocumentado, sin que se sepa cuándo y por dónde entró en territorio nacional, entre otros motivos de agravación), pero que tal no es el caso de autos, pues el interesado no está indocumentado, y tiene un arraigo pleno en España, habiendo sido titular de autorizaciones de residencia desde 2009. Se detallaban el arraigo laboral, el arraigo económico, el arraigo social y el arraigo familiar, aportando diversos indicios documentales de cada uno de ellos. Se pedía la anulación de la [OR. 6] expulsión, o, subsidiariamente, su sustitución por una multa tal como prevé la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social[,] para estos casos.
8. El Sr. Abogado del Estado se opuso al recurso de apelación, destacando que el recurrente admite que desde 2013 no posee permiso para residir en España, por haber caducado. Señalaba que el interesado ha incurrido en anteriores incumplimientos de medidas cautelares y ponía de manifiesto que desde la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015 solo cabe aplicar la sanción de expulsión para estos casos, y no la de multa. Recordaba también que según la sentencia del TJUE de 8 de noviembre de 2016 (asunto C-554/2014), el principio de «interpretación conforme» obliga a los órganos judiciales nacionales a

modificar, caso de ser necesario, su jurisprudencia reiterada si esta se basa en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de una decisión marco; y lo mismo hay que entender para con una Directiva. Por último, se cuestionaba la solidez del arraigo alegado por el interesado, pues no consta un trabajo actual, ni capacidad económica actual o vínculos actuales de dependencia familiar.

9. [OMISSIS] [audiencia a las partes previa al planteamiento de la petición de decisión prejudicial].

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Disposiciones jurídicas aplicables.

10. Disposiciones nacionales:

[OR. 7]

- a. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (Boletín Oficial del Estado - BOE- de 12/01/2000). La redacción que se aplica es la que introdujo la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre (BOE de 12 de diciembre de 2009). Las demás modificaciones de la Ley no afectan al caso. [La v]ersión actualizada de la norma puede consultarse en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2009-19949>. Los preceptos de esta Ley que son relevantes para el caso son estos, en las siguientes partes de los mismos:
- i. Artículo 53.1.a: *«Son infracciones graves: a) 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».*
 - ii. Art. 55.1 .b: *«Las infracciones tipificadas en los artículos anteriores serán sancionadas en los términos siguientes: (...) b) Las infracciones graves con multa de 501 hasta 10 000 euros».*
 - iii. Art. 57.1: *«Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción».*

- iv. Art. 57.3: *«En ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa»*
 - v. Art. 63.bis.2: *«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. [OR. 8] El plazo de cumplimiento voluntario de la orden de expulsión podrá prorrogarse durante un tiempo prudencial en atención a las circunstancias que concurran en cada caso concreto, como pueden ser, la duración de la estancia, estar a cargo de niños escolarizados o la existencia de otros vínculos familiares y sociales»*
 - vi. Art. 63, relativo al procedimiento preferente, en su apartado 7: *«La ejecución de la orden de expulsión en los supuestos previstos en este artículo se efectuará de forma inmediata».*
- b. Sentencia del Tribunal Supremo de España n.º 734, de 30 de mayo de 2019 (ECLI: ES:TS:2019:1813) y las que allí se citan, tales como las siguientes: 12 de junio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2523); 4 de diciembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:4270); 19 de diciembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:4386); y 19 de diciembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:4387).

11. Disposiciones europeas:

- a. 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.
- b. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015 (asunto C-38/14, Zaizoune).
- c. Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de abril de 1979 (asunto C-148/78, Ratti).
- d. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 1986 (asunto C-152/84, Marshall).
- e. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de octubre de 1987 (asunto 80/86, Kolpinghuis Nijmegen BV).
- f. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de julio de 1994 (asunto C-91/92, Faccini). [OR. 9]

- g. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de septiembre de 1996 (asunto [C-]168/95, Luciano Arcaro).
- h. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de junio de 1987 (asunto C-14/86, Pretore di Saló).
- i. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de noviembre de 2016 (asunto C-554/2014, Atanas Ognyanov).
- j. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de diciembre de 2017 (asunto C-42/17[, M.A.S y M.B]).
- k. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de diciembre de 2003, asunto C-129/00, Comisión contra República Italiana.

Motivación general del planteamiento de la cuestión prejudicial.

12. Es claro que en el caso de autos está implicado el Derecho europeo citado más arriba. Nos hallamos ante la expulsión de un nacional de un tercer Estado y por tanto entra[n] en juego tanto la Directiva 2008/115/CE como la doctrina del TJUE sobre la cuestión.
13. Más en particular, como luego desarrollaremos, se plantea un problema acerca de la manera en que la Directiva mencionada puede o debe ser aplicada por las autoridades españolas, en relación [con] un Derecho interno que —de acuerdo con lo que declara la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015 (C-38/14, Zaizoune)— no está correctamente adaptado a aquella. No se discutirá, obviamente, la conclusión alcanzada por dicha sentencia sobre la inadecuación del Derecho español, sino las consecuencias que derivan de tal situación para la actuación de las autoridades administrativas y judiciales españolas. Todo ello en relación con la correcta interpretación del principio de efecto directo de las Directivas, el principio de efecto útil del Derecho Europeo y el principio de interpretación conforme. Más en concreto, se cuestionará la posibilidad de que las autoridades del Estado apliquen directamente una Directiva, omitiendo la ley interna, en perjuicio del particular.
14. Es importante adelantar que aunque la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015 (C-38/14, Zaizoune) aludía a «una interpretación» del Tribunal Supremo español, interpretación que desautorizó, esa interpretación, aunque fue inicialmente, en efecto, mera interpretación, pasó a ser Ley con la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, [OR. 10] Ley que no deja margen interpretativo alguno (fuera de su mera inaplicación) como luego veremos con todo detalle. Es cierto que cuando se dictó la STJUE de 23 de abril de 2015 ya existía esa redacción de la Ley, pero el TJUE contempló la cuestión como si todo fuera una mera interpretación judicial, cuando lo que había empezado como tal interpretación era ya Ley promulgada. Insistimos en que luego desarrollaremos la cuestión con más detalle.

15. Digamos a modo de aclaración que la Sala contempla el asunto concreto que tiene que resolver de la siguiente forma, y es ello lo que la aboca a plantear la presente cuestión:

- a. La Administración que dictó la resolución de expulsión afirmó, en primer lugar, que en el interesado concurrían, además del hecho de estar residiendo ilegalmente en España, ciertas circunstancias negativas tales como estar totalmente indocumentado, no justificar entrada por puesto habilitado, ni el tiempo de residencia que llevaba en España, careciendo de arraigo.

Esta Sala considera que aquí la Administración incurre en grave error, pues constan en autos pasaporte en vigor del interesado, visado de entrada y los correspondientes permisos hasta que en 2013 dejó de renovarlos; constando también un indudable arraigo social y familiar.

Desde este punto de vista, pues, no existe elemento negativo alguno adicional a la mera estancia irregular, o al menos no se expresa en la resolución administrativa impugnada.

No hacen al caso resoluciones de expulsión anteriores que hayan podido dictarse respecto al interesado por otras causas, resoluciones que llevarán su propio cauce de impugnación y ejecución y no afectan a esta causa ni son consideradas por la Administración en la resolución que aquí se revisa.

- b. En segundo lugar, la resolución administrativa añadía que, en cualquier caso, la sentencia de TJUE de 23 de abril de 2015 (asunto C-38/14) implica que la única medida posible a aplicar por la Administración debe ser en todo caso la expulsión, y no la multa. Criterio que fue acogido por la sentencia de instancia. Es en este segundo aspecto en el que esta Sala plantea y manifiesta una duda a ese Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a fin de determinar si la interpretación que acaba de señalarse es correcta en esos concretos términos. No en cuanto a que la ley española sea compatible con la Directiva [OR. 11] 2008/115/CE, pues de acuerdo con el contenido de la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015 no lo puede ser, sino en cuanto a la forma en que las autoridades Españolas deben hacer aplicación de la normativa vigente, española y europea, a la luz de la mencionada sentencia, mientras siga vigente la misma situación normativa.

16. Todo lo cual se desarrollará más adelante, a partir del párrafo 27. Previamente, en los siguientes párrafos 17 a 26, se hará una breve introducción a fin de ayudar a centrar la cuestión.

La regulación de la estancia irregular de nacionales de terceros países en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Evolución de la regulación.

17. La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, considera en su art. 53.1.a. que la estancia irregular es una infracción administrativa: la respuesta del Estado es un procedimiento sancionador dotado de las garantías propias del derecho penal o punitivo del Estado; y las consecuencias, según los arts. 55 y 57, son sanciones administrativas.
18. En su redacción originaria del año 2000, la Ley Orgánica 4/2000 sancionaba la estancia irregular solo con una multa.
19. La reforma introducida por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, incorporó la expulsión como alternativa a la multa, pero sin dar ningún criterio concreto a la hora de elegir una u otra sanción.
20. En esta situación, el Tribunal Supremo vino estableciendo una reiterada doctrina según la cual los principios propios del derecho sancionador reclamaban que si se optaba por la sanción más grave (expulsión) se motivase de acuerdo con algún elemento negativo añadido a la mera estancia irregular (por ejemplo, comisión de delitos, ausencia de documentos de identificación o uso de documentos falsos, etc.), pues de no concurrir ninguno de ellos no habría razón reconocible para no aplicar la sanción más común prevista, la multa. Durante un tiempo este criterio de selección de la sanción precedente fue, por tanto, fruto de una interpretación jurisprudencial. [OR. 12]
21. Sin embargo, la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre (dejando pasar por cierto una ocasión inmejorable para transponer la Directiva 2008/115/CE), vino a dar rango de Ley a dicha interpretación cuando redactó de nuevo el art. 57 para indicar que *«podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción»*
22. Una vez hecha esta modificación, la propia Ley impide inequívocamente la aplicación de la expulsión sin un motivo adicional que justifique separarse de la sanción de multa. Por tanto, creemos que no hay margen interpretativo que permita prescindir de la clara exigencia de motivación y aplicación del principio de proporcionalidad para la imposición de la expulsión. Es decir, si esta normativa es contraria a la Directiva no vemos forma de eludirla que no pase por su pura y simple inaplicación.
23. La sentencia TJUE de 23 de abril de 2015, aunque se dictó ya estando en vigor la citada modificación legal de 2009 citada en el párrafo 21, se dictó como si la situación fuera todavía la descrita en el párrafo 20, esto es, como si todo fuera una mera interpretación jurisprudencial (pues así se le planteó al TJUE por el

tribunal remitente la cuestión). Pero es imperativo tener en cuenta que la exigencia de motivación adicional para imponer la expulsión, que fue originalmente una interpretación, había pasado a ser con la Ley 2/2009, y sigue siendo, una ineludible exigencia legal clara y tajante.

El Derecho español: Concepto de expulsión. Referencia a la orden de salida aneja a la multa.

24. Cuando se aplica el procedimiento «ordinario» regulado en el art. 63.bis de la Ley Orgánica 4/2000, la «expulsión» que se aplica se configura por la Ley de la siguiente manera: «*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 [OR. 13] entre siete y treinta días y comenzará a contar desde el momento de la notificación de la citada resolución. El plazo de cumplimiento voluntario de la orden de expulsión podrá prorrogarse durante un tiempo prudencial en atención a las circunstancias que concurran en cada caso concreto, como pueden ser, la duración de la estancia, estar a cargo de niños escolarizados o la existencia de otros vínculos familiares y sociales*». Una vez incumplido el plazo, la medida puede ser ejecutada coactivamente (art. 64). Como se dice en la sentencia TJUE de 23 de abril de 2015 (parágrafo 27) este concepto de «expulsión» incluye, simultáneamente, una resolución de retorno y su ejecución.
25. Cuando se aplica el procedimiento denominado «preferente» (como sucede en el caso de autos) la «expulsión» es inmediatamente ejecutiva (art. 63.7). Vendría a equivaler a la decisión de retorno de la Directiva cuando no se da plazo de cumplimiento voluntario en ciertos casos excepcionales (art. 7.4 de la Directiva).
26. Por último, cuando se aplique una multa, el art. 24 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, establece que se comunicará al nacional de tercer país, además, una «orden de salida obligatoria»; pero a falta de cumplimiento, no se prevé la ejecución forzosa, sino que el párrafo segundo del artículo citado remite a un nuevo expediente sancionador.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015 (asunto C-38/14, Zaizoune) y la forma en que ha sido interpretada por el Tribunal Supremo de España y por muchos Tribunales inferiores, incluido el Tribunal remitente hasta esta fecha

27. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015 (asunto C-38/14, Zaizoune) declaró 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 [OR. 14] 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».

28. La Sentencia del Tribunal Supremo de España de 30 de mayo de 2019 (ECLI: ES:TS:2019:1813) y otras anteriores que se citan en ella ha[n] interpretado esta sentencia del TJUE en el sentido de que habilita a las autoridades administrativas y judiciales españolas para inaplicar las previsiones de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero[,] sobre la precedencia de la sanción de multa y la necesidad de motivación explícita de la expulsión. Es decir, a nuestro parecer, aplicando directamente, en perjuicio del interesado y con agravación de su responsabilidad penal, la Directiva 2008/115/CE, y por tanto expulsando (sin siquiera período de cumplimiento voluntario en el caso del procedimiento preferente) a todo nacional de tercer país en situación irregular. Es decir, atribuye a la Directiva, a nuestro juicio, un «efecto vertical inverso o descendente» (del Estado contra el particular) que es muy distinto del «efecto vertical directo o ascendente» (del particular frente al Estado) que ha declarado el TJUE procedente cuando una Directiva no se ha transpuesto.
29. Hay que aclarar que la decisión del Tribunal Supremo español (y de otros Tribunales inferiores, incluida esta Sala hasta este momento) no supone, a nuestro juicio, hacer una interpretación conforme del Derecho español a la Directiva (según hubiera sido tal vez posible antes de la modificación de la Ley Orgánica 4/2000 por la Ley Orgánica 2/2009), sino pura y simple inaplicación de las normas internas, y ello en materia punitiva y en perjuicio del imputado. Ciertamente existe una obligación del Juez nacional de «interpretación conforme» de la normativa interna a la europea (así, sentencia del TJUE de 8 de noviembre de 2016, asunto C-554/2014, y otras muchas), pero ello tiene sus límites en la propia doctrina del TJUE, como vamos a ver en los párrafos del próximo apartado.
30. La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2019 que se ha mencionado considera que el TJUE ya resolvió el problema del «efecto vertical inverso o descendente», autorizándolo, en su sentencia de 23 de abril de 2015. Según se interpreta por el Tribunal Supremo, dicha sentencia europea contendría no solo una declaración de incompatibilidad del Derecho español y el europeo, sino también una orden a las autoridades judiciales españolas para aplicar directamente la Directiva en [OR. 15] perjuicio del particular. Y ciertamente algún párrafo de la sentencia del TJUE, como el 39, puede sembrar cierta duda a este respecto.

Ahora bien, a nuestro juicio, la STJUE de 23 de abril de 2015 nunca puede implicar esa segunda consecuencia, pues en tal caso el TJUE estaría contradiciendo una abundante doctrina anterior a la que nos vamos a referir seguidamente.

La incompatibilidad de esta interpretación con la doctrina del TJUE sobre la prohibición de un «efecto vertical inverso o descendente» de las Directivas que suponga agravamiento de la responsabilidad penal

31. Por supuesto esta Sala acata y comparte la conclusión de la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015 sobre la incompatibilidad de la normativa española con la europea. Ahora bien, a nuestro juicio, la consecuencia de dicha incompatibilidad no puede ser la aplicación directa de la Directiva, con omisión y olvido de la Ley interna, en perjuicio del particular. En su caso la indebida trasposición de una Directiva puede dar lugar a la posibilidad del ciudadano de invocar aquella a su favor («efecto vertical directo o ascendente»), o bien a las responsabilidades que procedan contra el Estado incumplidor (así, STJUE de 9 de diciembre de 2003, asunto C-129/00, Comisión contra República Italiana), pero nunca a la aplicación directa por las autoridades del Estado de la Directiva en perjuicio del particular («efecto vertical inverso o descendente»).
32. En cuanto a la imposibilidad de que el Estado aplique una Directiva directamente en perjuicio del particular y con omisión de la normativa interna (efecto vertical inverso o descendente), recordaremos en primer lugar que en la sentencia del TJUE de 26 de febrero de 1986 (asunto C-152/84, Marshall) se concluyó (párrafo 46) que una Directiva no puede crear por sí misma obligaciones a un particular y que una disposición de una Directiva no puede ser invocada como tal en contra de dicha persona.
33. En el mismo sentido la Sentencia de fecha 11 de junio de 1987, Asunto Pretore di Saló, C-14/86.
34. Por su parte, la sentencia del TJUE de 8 de octubre de 1987 (asunto C-80/86) estableció que aunque al aplicar su legislación nacional, el órgano jurisdiccional de un [OR. 16] Estado miembro está obligado a interpretarla a la luz del texto y del fin de la directiva, sin embargo una directiva no puede, por sí sola y con independencia de una ley interna promulgada para su aplicación, determinar o agravar la responsabilidad penal de quienes la contravengan. La obligación de interpretación conforme, según se lee en el párrafo 13, *«está limitada por los principios generales de Derecho que forman parte del Derecho comunitario, especialmente el principio de la seguridad jurídica y de la irretroactividad. En esta línea, y en su sentencia de 11 de junio de 1987 (Pretore de Saló/X, 14/86, Rec. 1987, p. 2545), este Tribunal estableció que una directiva no puede, por sí sola y con independencia de una ley interna adoptada por un Estado miembro para su aplicación, dar lugar a responsabilidad penal, o agravarla, de quienes la contravengan»*. Igual doctrina aparece contenida en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 11 de junio de 1987, asunto 14/86.
35. La Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de septiembre de 1996, asunto C-168/95, declara que: *«El Derecho comunitario no contiene un mecanismo que permita al órgano jurisdiccional nacional eliminar disposiciones internas contrarias a una disposición de una Directiva a la que no se haya adaptado el*

Derecho nacional, cuando esta última disposición no puede ser invocada ante el órgano jurisdiccional nacional» y tras recordar la obligación de los tribunales nacionales de interpretar la normativa nacional a la luz de la europea, declara en el párrafo 42 que «Sin embargo, esta obligación del Juez nacional de tener presente el contenido de la Directiva al interpretar las normas pertinentes de su Derecho nacional tiene sus límites cuando tal interpretación conduce a que se oponga frente a un particular una obligación prevista por una Directiva si aún no se ha adaptado a ella el Derecho interno o, con mayor razón, cuando conduce a determinar o agravar, basándose en la Directiva y a falta de una ley adoptada para su aplicación, la responsabilidad penal de quienes la contravengan (véase la sentencia Kolpinghuis Nijmegen, antes citada, apartados 13 y 14)».

36. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de diciembre de 2017 (asunto C-42/17), en fin, insiste en que la obligación de «interpretación conforme» puede tener límites, y entre ellos el principio de legalidad de los delitos y las penas.
37. Este principio de legalidad sancionadora a juicio de esta Sala se pone en entredicho cuando los Tribunales omiten la aplicación de una norma punitiva más favorable (la [OR. 17] que prevé la multa y solo motivadamente permite la expulsión) a base de hacer aplicación directa, en perjuicio del particular, de una Directiva.

Los alegatos del Sr. Abogado del Estado en contra del planteamiento de la cuestión.

38. El Sr. Abogado del Estado se opone al planteamiento de la cuestión por dos motivos.
39. En primer lugar, señala que ya la STJUE de 23 de abril de 2015 aclaró que no se trataba de inaplicar una Ley a favor de la Directiva, sino simplemente de modificar una interpretación jurisprudencial.

Sin embargo, tal cosa podía ser así mientras tuvimos la situación descrita en el párrafo 20, pero es imposible desde que se dictó la Ley Orgánica 2/2009 mencionada en el párrafo 21, pues su redacción no admite interpretación posible distinta de su texto literal, que obliga, para aplicar la expulsión en lugar de la multa, a atender al «principio de proporcionalidad» mediante «resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción». Es cierto, como ya hemos dicho, que cuando se dictó la STJUE de 23 de abril de 2015 ya existía esta redacción, que incluso es transcrita en la sentencia. Pero el TJUE respondió a una cuestión en la que se le decía que se trataba de una mera interpretación jurisprudencial (como lo había sido hasta la Ley Orgánica 2/2009), cuando ya no lo era, sino que era puro texto legal.

40. En segundo lugar, se dice que el TJUE no tiene como misión interpretar la normativa interna, y se cita la sentencia de 11 de julio de 2018 (C-60/[17]).

Precisamente por ello en la sentencia de 23 de abril de 2015 el TJUE dio por bueno que la cuestión era una mera interpretación judicial, cuando ya no lo era: porque partió de la afirmación del órgano proponente de que era una interpretación, cuando en realidad no lo era, sino ley taxativa ya. En cualquier caso, nosotros no pedimos al TJUE ahora que interprete la legislación interna, sino que afirmamos que la legislación interna solo permite una interpretación, y a partir de ese aserto preguntamos si ello es eludible mediante la aplicación de una Directiva en perjuicio del particular.

[OR. 18]

Consecuencias para el caso de autos

41. A la vista de todo lo anterior; y a la vista de la claridad con que la Ley española solo permite aplicar la expulsión con una motivación añadida a la mera estancia irregular, de modo que no deja margen interpretativo alguno; creemos que la aplicación directa de la Directiva 2008/115/CE para, inaplicando la ley interna, agravar la responsabilidad sancionadora del interesado, puede ser contraria a la doctrina que en la materia ha venido sentando el TJUE.
42. Todo ello sin perjuicio de que el Estado mantenga su obligación de adaptar correctamente su legislación a la Directiva, y de las consecuencias que puedan derivarse para el Estado como consecuencia de su posible incumplimiento.

Planteamiento de la cuestión prejudicial a la vista de todo lo anterior

43. En definitiva, esta Sala quiere plantear a ese Tribunal de Justicia de la Unión europea la cuestión de si es compatible con la doctrina de ese Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a los límites del efecto directo de las Directivas, la interpretación de su sentencia de 23 de abril de 2015 (asunto C-38/14, Zaizoune) en el sentido de que la Administración y los Tribunales españoles pueden hacer una aplicación directa de la Directiva 2008/115/CE en perjuicio del nacional del tercer Estado, con omisión e inaplicación de disposiciones internas más beneficiosas en materia sancionadora, con agravamiento de su responsabilidad sancionadora y posible omisión del principio de legalidad penal; y si la solución a la inadecuación de la normativa española a la Directiva no debe hacerse por esa vía, sino por la de una reforma legal, o por las vías previstas en Derecho comunitario para imponer a un Estado la debida transposición de las Directivas.

Solicitud de tramitación de procedimiento acelerado del artículo 105 del Reglamento de Procedimiento del TJUE

44. La Sala plantea a ese TJUE la posibilidad de aplicar al caso el procedimiento acelerado del artículo 105 del Reglamento de Procedimiento. El hecho de que el [OR. 19] Tribunal Supremo de España se haya pronunciado en diversos recursos de casación manteniendo la doctrina que esta Sala considera pudiera ser incompatible con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea va a

provocar sin duda que innumerables expedientes administrativos y resoluciones judiciales sigan tal criterio, con grave daño, en caso de confirmarse tal incompatibilidad, para la eficacia real y útil del Derecho comunitario y para los derechos de las numerosas personas afectadas. La Sala no desconoce que, según reiterada jurisprudencia de ese Tribunal, la existencia de un gran número de personas o de situaciones jurídicas potencialmente afectadas por la resolución que el órgano jurisdiccional remitente deba dictar en su momento no constituye, en cuanto tal, una circunstancia excepcional que justifique la aplicación del procedimiento acelerado. Ahora bien, debe repararse en que la demora no solo supondrá una dilación para la clarificación final de las situaciones concretas conforme al Derecho comunitario, sino que dará lugar al dictado de resoluciones administrativas y sentencias judiciales que quedarán firmes y consolidarán situaciones concretas sin posibilidad real de ulterior enmienda dado el límite de la firmeza. De modo que no se trata de un retraso en la consecución de la aplicación del Derecho europeo a determinadas situaciones, sino de la imposibilidad definitiva de su aplicación a las mismas. Creemos que este efecto podría minimizarse mediante la tramitación del procedimiento acelerado del artículo 105 del Reglamento, y así se plantea respetuosamente y a salvo mejor criterio.

[OMISSIS] [fórmula procesal]

PARTE DISPOSITIVA

1- Se plantea al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la siguiente cuestión prejudicial:

Si es compatible con la doctrina de ese Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a los límites del efecto directo de las Directivas, la interpretación de su sentencia de 23 de abril de 2015 (asunto C-38/14, Zaizoune) en el sentido de que la Administración y los Tribunales [OR. 20] españoles pueden hacer una aplicación directa de la Directiva 2008/115/CE en perjuicio del nacional del tercer Estado, con omisión e inaplicación de disposiciones internas más beneficiosas en materia sancionadora, con agravamiento de su responsabilidad sancionadora y posible omisión del principio de legalidad penal; y si la solución a la inadecuación de la normativa española a la Directiva no debe hacerse por esa vía, sino por la de una reforma legal, o por las vías previstas en Derecho comunitario para imponer a un Estado la debida transposición de las Directivas.

2- [OMISSIS] [solicitud de tramitación por el procedimiento acelerado]

3- [OMISSIS]

4- [OMISSIS]

[fórmulas procesales finales]