



**SENTENCIA N° 1704/2017**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA**

**R. APELACIÓN N° 2037/2015**

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

PRESIDENTE:

Dña MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GÓMEZ

MAGISTRADOS:

Don SANTIAGO CRUZ GÓMEZ

Don CARLOS GARCÍA DE LA ROSA

Sección Funcional 3ª

En la ciudad de Málaga, a 18 de septiembre de 2017.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía el rollo número 2037/2015 del recurso de apelación interpuesto por la Subdelegación del Gobierno en Málaga, contra Sentencia de fecha 27/04/2015 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 6 de Málaga en el recurso contencioso-administrativo, seguido por el Procedimiento Abreviado nº 365/2013 ; y como parte apelada D.

Siendo Ponente D. SANTIAGO CRUZ GÓMEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Se impugna en el presente Recurso de Apelación Sentencia, de fecha de 27/04/2015 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 6 de Málaga en el recurso contencioso-administrativo, seguido por el procedimiento abreviado nº 365/2013.

SEGUNDO.- El Juzgado de lo Contencioso Administrativo dictó resolución, cuya parte dispositiva es: Que estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el D. representado y asistido por la Letrada Dña. Mar



Código Seguro de verificación: Yfq8pBu4AnTB8Xj4Pt74zg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	SANTIAGO CRUZ GOMEZ 29/09/2017 11:09:44	FECHA	02/10/2017	
	CARLOS GARCIA DE LA ROSA 29/09/2017 12:52:07			
	MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GOMEZ 02/10/2017 13:35:31			
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 02/10/2017 14:18:55			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Yfq8pBu4AnTB8Xj4Pt74zg==	PÁGINA	1/10



Yfq8pBu4AnTB8Xj4Pt74zg==



Portillo Corpas; contra la Subdelegación del Gobierno en Málaga en relación a la resolución dictada por dicha Subdelegación el día 24 de Mayo de 2013 en el expediente con número 290 , por la que se acuerda la expulsión del territorio nacional de quien recurre con la prohibición de entrada de cinco años en el territorio de los países acogidos al Convenio de aplicación del Tratado Schengen, debo declarar y declaro nyula la misma por no ser conforme a derecho en cuanto a la sanción impuesta, anulándola en este particular y debiendo sustituir la sanción de expulsión impuesta por la de multa en cuantía de 501 euros y sin que afecte este pronunciamiento a los demás particulares de la resolución que se mantienen. No se hace expresa imposición de costas.

TERCERO.- Contra dicha resolución, por la parte actora, se interpuso Recurso de Apelación, el que fue admitido a trámite, dándose traslado a las demás partes personadas, por quince días, para formalizar su oposición, remitiéndose seguidamente las actuaciones a esta Sala de lo Contencioso Administrativo, quedando registrado el recurso de Apelación con el número 2037/2015.

CUARTO.- No habiéndose solicitado celebración de vista o presentación de conclusiones, quedaron los autos, sin más trámite para votación y fallo.

#### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se impugna en el presente Recurso de Apelación por el Abogado del Estado, en la representación que ostenta de la Administración General del Estado, la Sentencia anteriormente caléndada del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Málaga, recaída en los autos de P.A. nº 365/2013, por la que se viene a estimar parcialmente el recurso interpuesto por el actor.

SEGUNDO. Para la parte apelante La abogacía del Estado "La sentencia apelada debe ser rectificada al amparo de la doctrina que sienta la reciente sentencia de 23 abril de 2015 dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) en el asunto C-38/14, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Concluye la citada sentencia que la normativa española que, ante una situación de irregularidad de un ciudadano extranjero, permite imponer sanción de expulsión o una sanción económica en función de las circunstancias concurrentes en el mismo(en este caso, el art. 55.1.b) y el art. 57.1 de la Ley Orgánica de Extranjería), contraviene la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de Diciembre de



Código Seguro de verificación: Yfg8pBu4AnTB8Xj4Pt74zq==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	SANTIAGO CRUZ GOMEZ 29/09/2017 11:09:44	FECHA	02/10/2017	
	CARLOS GARCIA DE LA ROSA 29/09/2017 12:52:07			
	MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GOMEZ 02/10/2017 13:35:31			
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 02/10/2017 14:18:55			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Yfg8pBu4AnTB8Xj4Pt74zq==	PÁGINA	2/10



2008 , relativas a las 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 art. 4, apartados 2 y 3.

En efecto, la Directiva citada impone a los Estados miembros la obligación de dictar una decisión de retorno de un extranjero que se encuentre en situación irregular, salvo que nos encontremos en alguno de los supuestos previstos en los apartados 2 a 5 del art. 6 de la citada Directiva. Entre dichas excepciones no se prevé la posibilidad de prescindir de la decisión de retorno del extranjero en función de sus circunstancias personales y la imposición, en función de dichas circunstancias, de una sanción económica y, todo ello , con el objeto de evitar que el extranjero se encuentre en una situación de indefinición en el territorio de un Estado miembro.

Las únicas excepciones que a la decisión de retorno prevé la normativa comunitaria están expresamente reguladas en los apartados 2 a 5 del art. 6 de la citada Directiva Comunitaria. Dicho artículo establece lo siguiente:

"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 miembros 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 e 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 tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio un permiso por razones humanitarias o de otro tipo. En este caso no se dictará ninguna decisión de retorno. De haberse ya dictado, se revocará la decisión de retorno o se suspenderá durante el periodo de validez del permiso de residencia o de otra autorización que otorgue un derecho 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



Código Seguro de verificación: Yfq8pBu4AnTB8Xj4Pt74zg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	SANTIAGO CRUZ GOMEZ 29/09/2017 11:09:44	FECHA	02/10/2017	
	CARLOS GARCIA DE LA ROSA 29/09/2017 12:52:07			
	MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GOMEZ 02/10/2017 13:35:31			
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 02/10/2017 14:18:55			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Yfq8pBu4AnTB8Xj4Pt74zg==	PÁGINA	3/10



Yfq8pBu4AnTB8Xj4Pt74zg==



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.”  
No consta en el caso que nos ocupa que el extranjero recurrente se encuentre en alguno de los supuestos excepcionales que establece el anterior precepto. “

Añade que:

“ El hecho de que el extranjero haya contraído matrimonio con ciudadana española no altera, por sí mismo, lo dicho hasta el momento, pues el mismo no implica per se la regularización de la situación administrativa del recurrente, sin perjuicio de su derecho a instar ante la Administración Pública los permisos de residencia a los que, tras su nuevo estado civil, puede tener acceso.

Ahora bien, la mera celebración del matrimonio con una ciudadana española no encuentra encaje en ninguno de los supuestos de excepción que prevé la norma comunitaria respecto a la decisión de retorno. Cuestión distinta es que el recurrente hubiera acreditado encontrarse, por ejemplo, en la situación descrita en el apartado 5 del art. 6 de la citada Directiva, lo que ocurriría si el mismo acreditara haber iniciado un procedimiento administrativo tendente a obtener una autorización de residencia cualquiera, pues en tal caso cabría la posibilidad, como establece el citado precepto, de suspender la decisión de retorno hasta la resolución de dicho procedimiento, de forma que de obtener la autorización correspondiente no procedería dictar la orden de expulsión. “

TERCERO.-Para la resolución del presente recurso de apelación debe partirse como hechos ciertos no discutidos en vía jurisdiccional que el recurrente es nacional extranjero, se encuentra irregularmente en España, pues carece de documentación alguna que ampare su estancia regular en este territorio.

Tal conducta, es un hecho típico en virtud de una norma con rango de Ley ,pues está prevista en el artículo 53 a) de la LO 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social,y sucesivas modificaciones, que califica de infracción grave:"Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido o tener caducado más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documentos análogos, cuando fueran exigibles, y siempre que el interesado no hubiera solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentariamente".

El Art. 57.1 de mencionada Ley , establece que cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves o conductas graves de las previstas, entre otros, en los apartados a), b), c) d) y f) del Art. 53 , podrá aplicarse en



Código Seguro de verificación:Yfq8pBu4AnTB8Xj4Pt74zg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	SANTIAGO CRUZ GOMEZ 29/09/2017 11:09:44	FECHA	02/10/2017	
	CARLOS GARCIA DE LA ROSA 29/09/2017 12:52:07			
	MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GOMEZ 02/10/2017 13:35:31			
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 02/10/2017 14:18:55			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Yfq8pBu4AnTB8Xj4Pt74zg==	PÁGINA	4/10



Yfq8pBu4AnTB8Xj4Pt74zg==



lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo.

En consecuencia, teniendo en cuenta que la resolución impugnada cita y reproduce los preceptos legales referentes a las infracciones cometidas y la sanción de expulsión que impone está prevista en el Art. 57.1 de mencionada ley, y constando que la situación en la que se encuentra la recurrente encaja en dentro de aquella infracción, ninguna vulneración se ha producido al principio de legalidad que pudiera determinar la nulidad de la resolución que pretende la recurrente, y ninguna transgresión del principio de presunción de inocencia puede achacarse a la resolución combatida, cuando como es nuestro caso no se discute la realidad del relato fáctico recogido en la resolución administrativa.

En cuanto a la falta de motivación de la resolución impugnada en lo relativo a la proporcionalidad de la sanción, alegando el recurrente que la Administración demandada se limitó a imponer la sanción de expulsión, sin referir la posibilidad de la sanción de multa prevista en el Art. 55.1 b) de la LO 4/2000, se ha de indicar que por lo que se refiere a la vulneración del principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción por optarse por la expulsión en lugar de imponerse sanción económica prevista en el Art. 55.1 b), la Jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida entre otras en la Sentencia de 9-12-2005 (Rec. 5824/2002) y la Sentencia de fecha 9-03-2007 (Rec. 9887/2003), por la que se sentaba que en el sistema de la Ley, la sanción principal es la de multa pues así se deduce del Art. 55.1 y de la propia literalidad del Art. 57.1, a cuyo tenor, y en los casos de permanencia ilegal, entre otros, "podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio nacional", y dice la última sentencia citada que en cuanto sanción más grave y secundaria, la expulsión requiere una motivación específica y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal ya que esta es castigada simplemente con multa, esta tesis ha resultado superada recientemente por la STJUE de 23 de abril de 2015, (C-38-14, asunto Zaizoune), que aborda una cuestión prejudicial planteada por el TSJ de País Vasco, que suscita la duda acerca de la compatibilidad de la regulación interna de la figura de la expulsión como sanción supletoria para el caso de extranjeros en situación irregular, en los que concurren circunstancias de valoración adversa adicionales conforme a la jurisprudencia citada.

La cuestión se presenta desde el prisma de la posible contradicción con los fines previstos en la directiva 2008/115, de 16 de diciembre, del Parlamento y del Consejo, sobre normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, perspectiva que se impone a la del reglamento 2006/562, de 15 de marzo, del Parlamento y del Consejo, sobre código comunitario de normas para el cruce por las fronteras, también conocido como código de fronteras Schengen, que es fruto de la regulación detallada del acervo Schengen y en particular del

Código Seguro de verificación: Yfq8pBu4AnTB8Xj4Pt74zq==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	SANTIAGO CRUZ GOMEZ 29/09/2017 11:09:44	FECHA	02/10/2017	
	CARLOS GARCIA DE LA ROSA 29/09/2017 12:52:07			
	MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GOMEZ 02/10/2017 13:35:31			
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 02/10/2017 14:18:55			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Yfq8pBu4AnTB8Xj4Pt74zq==	PÁGINA	5/10



Yfq8pBu4AnTB8Xj4Pt74zq==



convenio de aplicación del acuerdo Schengen, a la vista de la cual se suscitó una cuestión prejudicial por la Sala de lo Contencioso administrativo de TSJ Murcia, que resuelta en sentencia TJUE de 22 de octubre de 2009 ( C-261/08 ), concluyó la inexistencia de una obligación para los Estados de adoptar contra un nacional de un tercer país en situación irregular la medida de expulsión , al interpretar el apartado 3 del art. 11 el citado reglamento.

Pero como avanzamos la nueva sentencia de TJUE de 23 de abril de 2015 en términos radicalmente opuestos, aborda la cuestión desde el prisma de la directiva 2008/115, y explica 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 y 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 ésta que sólo se acuerda si existen circunstancias agravantes adicionales.

30. A este respecto, ha de recordarse que el objeto de la Directiva 2008/115, tal como se desprende de sus considerandos 2 y 4, es establecer una política eficaz de expulsión de 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 2000 11.268), 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 de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentra en situación irregular en su territorio.

32. En efecto, una vez comprobada la irregularidad de la situación, las autoridades nacionales competentes deben, en virtud de dicho precepto, y sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5 del mismo artículo, adoptar una decisión de retorno ( Sentencia Achughbadian). A este respecto ningún dato del expediente

Código Seguro de verificación: Yfq8pBu4AnTB8Xj4Pt74zg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	SANTIAGO CRUZ GOMEZ 29/09/2017 11:09:44	FECHA	02/10/2017	
	CARLOS GARCIA DE LA ROSA 29/09/2017 12:52:07			
	MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GOMEZ 02/10/2017 13:35:31			
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 02/10/2017 14:18:55			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Yfq8pBu4AnTB8Xj4Pt74zg==	PÁGINA	6/10



remitido al Tribunal de Justicia permite suponer que el Sr. Victorio se encuentre en una de las situaciones contempladas en dichos apartados.

33. Asimismo, ha de señalarse que, cuando se adopta una decisión de retorno respecto nacional de un tercer Estado, pero este 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, junto 5, de la Citada Directiva, al transporte físico del interesado fuera del Estado miembro (véase, en este sentido, la sentencia Achughababian, 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 Directiva de proceder a la expulsión, en los supuestos mencionados en el apartado 1 de este 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 establecer excepciones, en virtud del artículo 4 apartados 2 y 3 de la Directiva 2008/115, a las normas y procedimientos regulados en esta 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 dos de dicho artículo, es preciso señalar que ningún receptor de dicha Directiva, ni ninguna disposición de un acto perteneciente al acervo con unitario 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 establecer excepciones que contiene esta 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 de las obligaciones que imponen claramente a



Código Seguro de verificación: Yfg8pBu4AnTB8Xj4Pt74zq==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	SANTIAGO CRUZ GOMEZ 29/09/2017 11:09:44	FECHA	02/10/2017	
	CARLOS GARCIA DE LA ROSA 29/09/2017 12:52:07			
	MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GOMEZ 02/10/2017 13:35:31			
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 02/10/2017 14:18:55			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Yfg8pBu4AnTB8Xj4Pt74zq==	PÁGINA	7/10



Yfg8pBu4AnTB8Xj4Pt74zq==



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 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 Achughbabian, apartado 33).

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 anteriormente citada en su apartado 39).

41. En atención a las consideraciones anteriores, debe responderse la cuestión planteada que la Directiva 2008/115 en particular en sus artículos 6 apartado 1 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.

La trascendencia de estas conclusiones del TJUE, debe relacionarse con la propia jurisprudencia del Alto Tribunal Europeo que, en su sentencia de 20 de octubre de 2011 (369/2009 ) proclamó la fuerza vinculante de las sentencias del referido Tribunal, recaídas en el marco de un proceso prejudicial por efecto derivado del principio de primacía del Derecho de la Unión respecto del derecho interno de los Estados miembros, que se extiende a la jurisprudencia de los órganos superiores, habilitado al juez nacional, cuyo primer cometido es garantizar la eficacia del derecho preeminente de la mayo iniciar unión a inaplicable mutuo propio la normativa nacional incompatible, sin esperar a su derogación explícita, y así se puede leer:

36.-Es jurisprudencia reiterada que una sentencia dictada con carácter prejudicial por el Tribunal de Pifia vincula al juez nacional, por cuanto atañe a la interpretación o a la validez de los actos de las instituci ones de la Unión de que se trate para la resolución del litigio principal (véase, en particular, la sentencia en el asunto Elchinov, antes citada, apartado 29).

37.-De las consideraciones anteriores se desprende que el juez nacional que haya ejercido la facultad que le otorga el artículo 267 TFUE , párrafo segundo, está vinculado, a la hora



Código Seguro de verificación: Yfg8pBu4AnTB8Xj4Pt74zq==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <a href="https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/">https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/</a> Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.				
FIRMADO POR	SANTIAGO CRUZ GOMEZ 29/09/2017 11:09:44	FECHA	02/10/2017	
	CARLOS GARCIA DE LA ROSA 29/09/2017 12:52:07			
	MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GOMEZ 02/10/2017 13:35:31			
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 02/10/2017 14:18:55			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Yfg8pBu4AnTB8Xj4Pt74zq==	PÁGINA	8/10
 Yfg8pBu4AnTB8Xj4Pt74zq==				

de resolver el litigio principal, por la interpretación de las disposiciones de que se trate realizada por el Tribunal de India y que debe, en su caso, dejar de lado las valoraciones del órgano jurisdiccional superior si, habida cuenta de la ante dicha interpretación, estima que las referidas valoraciones son compatibles con el Derecho de la Unión (véase, en particular, la sentencia en el asunto Elchinov, anteriormente citada, apartado 31).

39.-A la vista de lo que antecede, procede responder a la cuarta cuestión que el Derecho de la Unión se opone a que un órgano jurisdiccional nacional esté vinculado por una norma de derecho procesal nacional, en virtud de la cual se le imponen las apreciaciones realizadas por un órgano jurisdiccional superior, cuando se evidencia que las apreciaciones del órgano jurisdiccional superior no son compatibles con el Derecho de la Unión, interpretado por el Tribunal de Juicio.

Aplicado todo lo anterior al supuesto que se nos plantea y en base a tales consideraciones, acreditadas en el expediente, se considera suficientes para estimar indicada la imposición de la sanción de expulsión en lugar de la sanción económica que se postulaba, pues cuando se inicia el expediente de expulsión y se dicta la resolución sancionadora no existía matrimonio ni solicitud de autorización de residencia que amparara las alegaciones del interesado, así como la de prohibición de entrada en territorio Schengen por el periodo que establece la resolución recurrida, conforme a lo previsto en el Art. 58.1 de la ley Orgánica 4/2000.

Resultando de todo lo expuesto estimación del recurso de apelación planteado, lo que determina, por ende, la revocación de la sentencia apelada, pues las consideraciones tenidas en cuenta hijo español con el que no convive y denegación de tarjeta de residencia, no son amparables con doctrina precedente.

CUARTO.-La estimación del recurso de apelación, no trae aparejada la imposición de costas al apelante por imperativo del artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional. Si procede la imposición de las de primera instancia al recurrente que se limitan por la Sala a un máximo de 200 euros.

Vistos los artículos citados y demás de aplicación.

**FALLAMOS**

Estimar el recurso de apelación interpuesto. Sin costas.

Código Seguro de verificación: Yfg8pBu4AnTB8Xj4Pt74zq==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	SANTIAGO CRUZ GOMEZ 29/09/2017 11:09:44	FECHA	02/10/2017	
	CARLOS GARCIA DE LA ROSA 29/09/2017 12:52:07			
	MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GOMEZ 02/10/2017 13:35:31			
	MARIA LUZ RÓDRIGUEZ CASADO 02/10/2017 14:18:55			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Yfg8pBu4AnTB8Xj4Pt74zq==	PÁGINA	9/10



Desestimar el recurso contencioso administrativo en su día interpuesto por con imposición de las costas procesales al recurrente que se limitan por la Sala a un máximo de 200 euros.

La presente Resolución, únase a los autos de su razón.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de Casación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo si pretende fundarse en infracción de normas de derecho estatal o de la Unión Europea que sean relevantes y determinantes del fallo impugnado o ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con la composición que determina el art. 86.3 de la Ley Jurisdiccional si el recurso se fundare en infracción de normas de derecho autonómico, recurso que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de treinta días contados desde el siguiente a la notificación de la presente sentencia mediante escrito que reúna los requisitos expresados en el art. 89.2 del mismo Cuerpo Legal.

Firme que sea la misma, remítase la resolución dictada junto con los autos originales al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de procedencia para su ejecución.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los magistrados antes mencionados.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Ponente que la ha dictado; estando celebrando audiencia pública en en el día de su fecha, ante mí, el Secretario. Doy fe.



<p>Código Seguro de verificación: Yfq8pBu4AnTB8Xj4Pt74zg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <a href="https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/">https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/</a>          Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.</p>				
FIRMADO POR	SANTIAGO CRUZ GOMEZ 29/09/2017 11:09:44	FECHA	02/10/2017	
	CARLOS GARCIA DE LA ROSA 29/09/2017 12:52:07			
	MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GOMEZ 02/10/2017 13:35:31			
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 02/10/2017 14:18:55			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Yfq8pBu4AnTB8Xj4Pt74zg==	PÁGINA	10/10
 <p>Yfq8pBu4AnTB8Xj4Pt74zg==</p>				