

SENTENCIA N° 164/2017

En BILBAO (BIZKAIA), a veintinueve de noviembre de dos mil diecisiete.

El Sr. D. DIEGO ÍÑIGUEZ HERNÁNDEZ, MAGISTRADO del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 3 de BILBAO (BIZKAIA) ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 53/2017 y seguido por el procedimiento abreviado, en el que se impugna: RESOLUCIÓN DE 15-12-2016 DICTADA EN EXP. 480020160006550 QUE ACUERDA LA EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL CON LA CONSIGUIENTE PROHIBICIÓN DE ENTRADA EN ESPAÑA POR UN PERÍODO DE 1 AÑO.

Son partes en dicho recurso: como recurrente y ,representado y dirigido por el Letrado D. JOSE MARIA PEY YLLERA ; como demandada SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN BIZKAIA, representado y dirigido por el/la letrado/a

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- D. ha formulado recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Subdelegado del Gobierno en Bizkaia de 15 de diciembre de 2016, que acordó su expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada por un periodo de un año.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se han seguido los trámites del procedimiento abreviado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte recurrente solicita que se declare el acto impugnado disconforme a Derecho y nulo o, subsidiariamente, que se le imponga la sanción de multa, por los motivos que se expresan a continuación de manera sucinta:


1. No se le debió aplicar el procedimiento preferente, que contraviene, además, las garantías de procedimiento recogidas en la regulación de la Directiva 2008/115/CE.
2. Debe declararse la nulidad del expediente porque la detención del recurrente fue irregular y

respondió a criterios o perfiles étnicos que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas a sancionar a nuestro país en el dictamen de 27.7.09. El art. 13 de la LOPSC debe ser puesto en relación con el art. 9.2CE y el 14 CE. La conclusión del recurrente es que no se cumplieron los requisitos del art. 16 de la LOPSC y los controles de identidad fueron indiscriminados y arbitrarios, por lo que procede la nulidad ex art. 61.1.a) y d) en relación con el art. 17CE.

3. La sanción impuesta no respeta las exigencias de los principios de proporcionalidad, de legalidad y de presunción de inocencia, conforme a la STSJPV 293/2016, de 15 de junio. Sería procedente la de multa y no la expulsión, teniendo en cuenta la ausencia de otros elementos desfavorables y la jurisprudencia que asocia la expulsión a la presencia de éstos.

SEGUNDO.- La Administración demandada, representada por la Letrada Sustituta del Abogado del Estado, interesa la desestimación del recurso porque entiende que la resolución impugnada es conforme a Derecho en base a los hechos y fundamentos contenidos en la resolución impugnada, en el expediente administrativo y en lo expuesto durante la vista oral. Sintéticamente expresados:

1. El recurrente cometió la infracción grave tipificada en el art. 53.1.a) LOEX, pues los agentes de la autoridad le requirieron el 2.8.2016 para que exhibiera la documentación que acreditara su residencia en España y su identificación, y carecía de ambas, por lo que se hallaba en situación irregular.
2. Consta un elemento negativo añadido: el incumplimiento de la salida obligatoria que le fue impuesta por una resolución anterior, de 30.11.2015.
3. No cabe estimar la alegación de nulidad por tramitación defectuosa del procedimiento sancionador al haberse seguido el procedimiento preferente, por una jurisprudencia constante que sólo lo admite en supuestos de efectiva indefensión. Además, estaba justificado emplearlo porque el recurrente carecía de domicilio conocido.
4. La sanción de expulsión impuesta al ciudadano extranjero resulta adecuada a la normativa y jurisprudencia nacional y comunitaria. Lo era ya antes de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 23 de abril de 2015, a la luz de la jurisprudencia existente, porque concurrían otras circunstancias o datos negativos: el incumplimiento de la salida obligatoria que le fue impuesta por una resolución anterior.
5. No habiendo acreditado el recurrente que su situación encuentre encaje en alguno de los supuestos establecidos en los puntos 2 a 5 del art. 6 de la Directiva 2008/115/CE, a los que hace referencia la STJUE de 23.4.15, ningún reproche jurídico merece la resolución impugnada que acordó la expulsión del ciudadano extranjero de nuestro país.

TERCERO. El marco normativo y jurisprudencial aplicable es el siguiente: 
Artículos 53.1.a), 55.1.b) y 57 de la LO 4/2000, de 11 de enero:
Conforme al artículo 53.1.a), constituye infracción grave: "Encontrarse irregularmente en

territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente".

Con arreglo al artículo 55.1.b), las faltas graves se sancionarán con multa de 501 hasta 10.000 euros.

Conforme al artículo 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.

Conforme al artículo 57, que regula la expulsión del territorio:

"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.

2. Asimismo, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.

3. En ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa.

4. La expulsión conllevará, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer legalmente en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado. No obstante, la expulsión podrá revocarse en los supuestos que se determinen reglamentariamente.

En el caso de las infracciones previstas en las letras a) y b) del artículo 53.1 de esta Ley, salvo que concurren razones de orden público o de seguridad nacional, si el extranjero fuese titular de una autorización de residencia válida expedida por otro Estado miembro, se le advertirá, mediante diligencia en el pasaporte, de la obligación de dirigirse de inmediato al territorio de dicho Estado. Si no cumplierse esa advertencia se tramitará el expediente de expulsión.

5. La sanción de expulsión no podrá ser impuesta, salvo que la infracción cometida sea la prevista en el artículo 54, letra a) del apartado 1, o suponga una reincidencia en la comisión, en el término de un año, de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos:

- a) Los nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos cinco años.
- b) Los residentes de larga duración. Antes de adoptar la decisión de la expulsión de un residente de larga duración, deberá tomarse en consideración el tiempo de su residencia en España y los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que va a ser expulsado.
- c) Los que hayan sido españoles de origen y hubieran perdido la nacionalidad española.
- d) Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como

consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, así como los que perciban una prestación contributiva por desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral.

Tampoco se podrá imponer o, en su caso, ejecutar la sanción de expulsión al cónyuge del extranjero que se encuentre en alguna de las situaciones señaladas anteriormente y que haya residido legalmente en España durante más de dos años, ni a sus ascendientes e hijos menores, o mayores con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud, que estén a su cargo”.

Directiva 2008/115 del Parlamento Europeo y del Consejo

Artículo 5: Al aplicar la presente Directiva, los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta:

- a) El interés superior del niño,
 - b) la vida familiar,
 - c) el estado de salud del nacional de un tercer país de que se trate,
- y respetarán el principio de no devolución.

Artículo 6: Decisión de retorno

1. Los Estados miembros dictarán una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio, sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5.

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

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

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

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

6. La presente Directiva no impedirá a los Estados miembros adoptar una decisión sobre la finalización de la situación regular, unida a una decisión de retorno y/o de expulsión y/o a una prohibición de entrada, en una única decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial, si así

lo dispone su legislación nacional, sin perjuicio de las garantías procedimentales previstas en el Capítulo III y otras disposiciones pertinentes del Derecho comunitario y nacional.

CUARTO. 1. Es preciso en primer lugar considerar la alegación de inadecuación del procedimiento, causante de nulidad radical por indefensión a juicio de la parte recurrente, que niega que fuera procedente la aplicación del procedimiento preferente que regulan el artículo 63 de la LO 4/2000 y los artículos 234 y siguientes el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, y aduce que su elección ha causado indefensión al recurrente.

Es cierto que la tramitación del expediente resulta más rápida si el aplicado es el procedimiento del artículo 63 y ello puede tener consecuencias para la aportación de los elementos probatorios o, en función de la resolución, en el modo de producirse la salida del sancionado del territorio nacional. Pero los términos del artículo 63.1 son claros: "Incoado el expediente en el que pueda proponerse la expulsión por tratarse de uno de los supuestos contemplados en el artículo (...) 57.2, la tramitación del mismo tendrá carácter preferente". Resulta estimable el argumento de la defensa de la Administración de que la opción por el procedimiento preferente corresponde a una apreciación indiciaria sobre la gravedad del hecho infractor, que corresponde hacer a la Administración en el momento de la incoación del procedimiento sancionador conforme al criterio acogido por las SSTSJPV de 26 de septiembre de 2011, 433/15 y 532/15.

El recurrente no justifica que se hayan rechazado medios de prueba durante el procedimiento o en qué medida hubieran sido relevantes. Constan en el expediente y acompañan a la demanda elementos probatorios consistentes para sustanciar la pretensión de la parte recurrente. Y ello demuestra que, como opone la Administración, el recurrente formuló las alegaciones que estimó pertinentes. No cabe apreciar causa de nulidad del artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, aún vigente en el momento de los hechos. Incluso si se hubiera producido la tramitación del procedimiento equivocado, ello constituiría un defecto de forma que por sí mismo no es invalidante si no ha causado indefensión, conforme a la STS de 20 de diciembre de 2013. Obran en el expediente y los autos del procedimiento elementos de juicio suficientes para formarse una convicción. No procede, en consecuencia, estimar este motivo de impugnación.

2. Tampoco ha quedado acreditado que la razón de su identificación – que no detención, con arreglo a los arts. 13 y 16 de la LOPSC – respondiera, como alega el recurrente a criterios o perfiles étnicos, con consecuencia de nulidad ex art. 61.1.a) y d) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre en relación con el art. 17CE. Las alegaciones de violación de los derechos de igualdad y libertad y del principio de efectividad contenido en el art. 9.2 CE no han sido fundadas por el recurrente, que posiblemente trata con ellas de sustanciar la nulidad radical del art. 62.1. invocada. La resolución aplica la legislación de extranjería a un ciudadano extranjero, que no resulta por ello discriminado con respecto a los nacionales españoles; ni consta que haya sido tratado de modo diferente y discriminatorio con respecto a otros ciudadanos extranjeros en situación idéntica a la suya. No se ha acreditado la distinción en atención a perfiles étnicos y sí que al recurrente le constaba una obligación de abandonar el territorio español como consecuencia de la resolución de 30.11.15. Resulta obligado acoger, igualmente, la alegación de la defensa de la Administración en cuanto a la ausencia de vulneración de cualquier requisito de proporcionalidad en esta identificación.

El artículo 9.2 CE recoge el llamado “principio de efectividad”, que obliga a los poderes públicos a remover los obstáculos a la plena vigencia de la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político. Su invocación en este supuesto – fuera de la oponibilidad que para los derechos de la sección 1ª del capítulo II del Título I se establecen - carece de los elementos concretos y referidos a derechos o libertades contenidos en aquella que permitiera considerarla sustancialmente.

3. El recurrente es titular de la Renta de Garantía de Ingresos, conforme al certificado que acompaña a la demanda, por importe de 875,58 euros. Solicitó en octubre de 2015 una autorización de residencia por arraigo social. Aporta también un informe de arraigo favorable emitido por el Gobierno Vasco. Aportó al expediente un certificado de empadronamiento en Basauri desde el 30.9.2014 y un informe de calificaciones de clases de castellano en enseñanza no reglada del curso 2015-16, con la calificación de no apto.

La Administración razona que el arraigo del recurrente no ha quedado acreditado y que resulta aplicable la STJUE de 23 de abril de 2015, que resulta suficiente para justificar la sanción de expulsión por la estancia irregular en España, salvo que concurren los supuestos previstos en los apartados 2 a 5 del artículo 6 de la Directiva 2008/115. Como el recurrente no se encuentra en ninguno de ellos, procede la sanción de expulsión y la resolución recurrida es conforme a Derecho.

El concepto exigente de arraigo requerido por la doctrina jurisprudencial ha quedado reflejado en los términos de la STSJ PV nº 121/16, de 15 de marzo, que analiza el concepto de arraigo y establece que: “no se trata sin más ni del parentesco en general ni de la amistad, sino que es un concepto que va mucho más allá pues no se olvide que arraigar es, según el Diccionario de la Real Academia, establecerse de manera permanente en un lugar vinculándose a personas o cosas.

Primer aspecto esencial de este concepto es que el sujeto en cuestión se establezca de forma permanente en un lugar.

Y, en segundo lugar, a través de ese establecimiento permanente los vínculos familiares o de amistad que ya existían o que se crean se van reforzando hasta convertir ese lugar en el centro social de la persona, en el lugar donde se desarrolla socialmente a través de esas relaciones familiares y personales, esenciales, de modo que trasladarla a otro lugar daría lugar a separarlo de su núcleo social de convivencia y a causar series perjuicios a la faceta social de su personal.

Tampoco el ser perceptores de rentas sociales supone arraigo económico pues como dijimos en las Sentencias dictadas en las Apelaciones nº 333-12 y 125-2014, entre otras, la percepción de ayudas sociales si no se trata de prestaciones ordenadas a la inserción social o laboral no es suficiente para justificar la aplicación de II art. 57.5.d) de la LO 4-2000 y en el caso, como ocurría en los supuestos analizados por estas Sentencias, tampoco consta que el actor haya suscrito convenio de inserción social o laboral del actor.

El empadronamiento tampoco es considerado por la Sala como muestra de arraigo (v gr Apelación nº 133-2014) de un lado porque es el propio interesado quien ofrece al ayuntamiento los datos para ello y, de otro, por cuanto venimos exponiendo en tanto que no demuestra relaciones personales (...).”

Sin embargo, es también doctrina jurisdiccional reiterada de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, expresada en la sentencia 462/2015, de su Sección Segunda, que en la aplicación de la regulación de la LO 4/2000 debe regir el principio de proporcionalidad que recoge el artículo 57.1 de la misma. Este principio exige tener en cuenta las circunstancias negativas concurrentes, pero también las que pueden justificar la presencia de arraigo familiar del recurrente.

A su vez, la sentencia del Tribunal Constitucional 186/2013, de 4 de noviembre, niega que el derecho a la vida familiar derivado del art. 8.1 CEDH encuentre acomodo en el derecho a la intimidad reconocido por el artículo 18.1 Constitución Española (CE) y como consecuencia de ello su infracción sea susceptible de amparo. Pero concluye que debe ser ponderado por los jueces y tribunales en la aplicación del art. 57.2 de la LO 4/2000, lo que supone que los jueces ordinarios han de tenerlos especialmente presentes al verificar si, dadas las circunstancias del caso concreto, la decisión de expulsión del territorio nacional y el sacrificio que conlleva para la convivencia familiar es proporcional al fin que dicha medida persigue, que no es otro que asegurar el orden público y la seguridad ciudadana.

Por su parte, el Considerando 6 de la Directiva 2008/115/CE de 16 de diciembre obliga a que las decisiones que se tomen en el marco de la Directiva se adopten "de manera individualizada y fundándose en criterios objetivos, lo que implica que se deben tener en cuenta otros factores además del mero hecho de la situación irregular".

Una interpretación lógica que tenga en cuenta los mandatos de la Directiva 2008/115/CE y la necesidad de una ponderación judicial de los elementos y circunstancias del recurrente a que obliga la sentencia del Tribunal Constitucional 186/2013, de 4 de noviembre, obliga a tener en cuenta la realidad personal y familiar del recurrente en el momento de llevarse a cabo esa ponderación, pues de otro modo quedaría vacía de contenido y reducida a una constatación formal o ritual de los requisitos de validez de la resolución impugnada y de las circunstancias consignadas en ella y en el expediente administrativo.

4. Los elementos de arraigo mencionados conforman un esfuerzo probatorio – o una realidad - insuficiente para cumplir con los requisitos de un arraigo entendido en el sentido exigente de la jurisprudencia establecida, entre otras, por la STSJPV 121/16, de 15 de marzo. No cabría, sólo con ellas, estimar la alegación de arraigo a los efectos pretendidos.

Sin embargo, es preciso atender a la valoración que la Sala hace de la percepción de la RGI. El FJ Segundo, epígrafe A), de la STSJPV 17/2017, de 17 de enero, analiza la cuestión en los siguientes términos: "...la prueba documental aportada acredita razonablemente que es perceptor de tales prestaciones asistenciales, pues no se alcanza a comprender la razón de tales ingresos por Lanbide en cuantías coincidentes con las de las prestaciones denominadas renta de garantía de ingresos y prestación complementaria de vivienda, sin que se haya opuesto reparo fundado en relación con los citados extractos bancarios, lo que conforme a lo dispuesto por el art. 57.5.d) LOEX impide la imposición de la sanción de expulsión, ya que de conformidad con la Ley vasca 18/2008, de 23 de diciembre, para la garantía de ingresos y para la inclusión social, y el Decreto del Gobierno vasco 147/2010, de 25 de mayo, que la desarrolla, es una prestación periódica de naturaleza económica, dirigida tanto a la cobertura de los gastos básicos para la supervivencia

como a la de los gastos derivados de un proceso de inclusión social y/o laboral, y destinada a las personas integradas en unidades de convivencia que no dispongan de ingresos suficientes para hacer frente a dichos gastos, de conformidad con lo previsto por el art. 11 en la redacción dada por el art.4 de Ley 4/2011, de 24 noviembre.

Por tanto, hemos de concluir que la resolución sancionadora, si bien no infringe el principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción de expulsión, puesto que constan elementos negativos adicionales a la mera estancia irregular que la justifican, infringe el art. 57.5.d) LOEX, además del artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, al carecer por completo de motivación respecto de una alegación tan esencial, y ello pese a que dicho vicio no hubiera sido reprochado por la demanda, en la medida en que fue nuevamente alegado en la vista oral, lo que abona la estimación del recurso de apelación y determina la revocación de la sentencia apelada, y el dictado de otra por la que, estimando parcialmente el recurso contencioso administrativo, se anule la resolución sancionadora degradando la sanción impuesta a la de multa en cuantía mínima, dada la ausencia de elementos de juicio para la imposición de una de mayor cuantía."

5. Es preciso analizar, por último, el efecto de las SSTJUE de 23.4.2015, que interpreta en el sentido de que no son ya necesarios elementos negativos añadidos a la estancia irregular del ciudadano extranjero en España para estimar adecuada la sanción de expulsión del territorio nacional y la de 8.11.2016, que reitera la vinculación del juez nacional a interpretar en Derecho nacional de manera conforme con el Derecho de la Unión, invocadas ambas por la defensa de la Administración. No concurriendo, en su criterio, las circunstancias establecidas en los apartados 2 a 5 del art. 6 de la Directiva 2008/115/CE, concluye que la resolución impugnada resulta plenamente ajustada a la legalidad y concordante jurisprudencia.

La alegación de la defensa de la Administración sobre el efecto de la STJUE de 23 de abril de 2015 ha de quedar matizada por el principio recogido en el Considerando 6 de la Directiva 2008/115/CE de 16 de diciembre, que obliga a que las decisiones que se tomen en el marco de la Directiva se adopten "de manera individualizada y fundándose en criterios objetivos, lo que implica que se deben tener en cuenta otros factores además del mero hecho de la situación irregular" y el artículo 5 de aquella, que establece que al aplicar la presente Directiva, los Estados respetarán el principio de no devolución y tendrán debidamente en cuenta: a) El interés superior del niño, b) la vida familiar, c) el estado de salud del nacional de un tercer país de que se trate.

Una interpretación lógica que tenga en cuenta los mandatos de la Directiva 2008/115/CE y la necesidad de una ponderación judicial de los elementos y circunstancias del recurrente a que obliga la sentencia del Tribunal Constitucional 186/2013, de 4 de noviembre, obligan a tener en cuenta la realidad del recurrente en el momento de llevarse a cabo esa ponderación, pues de otro modo quedaría vacía de contenido y reducida a una constatación formal o ritual de los requisitos de validez de la resolución impugnada y de las circunstancias consignadas en ella y en el expediente administrativo.

Ni en los autos ni durante la vista del juicio ha quedado acreditado arraigo familiar relevante o de ninguna otra clase, en el sentido exigente que establece la doctrina jurisprudencial ampliamente citada. Y sí ha quedado acreditado que el recurrente desatendió la obligación de salida que le fue

impuesta anteriormente, por la resolución de 30 de noviembre de 2015.

Es obligado, sin embargo, considerar la cuestión desde la interpretación fijada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ del País Vasco. En particular, la STSJPV 17/2017, de 17 de enero, de su Sección Segunda, ha analizado la incidencia de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a las normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, frente a la validez de la expulsión, entendida como decisión de retorno. En el epígrafe B) de su FJ, concluye que: "la cuestión que se plantea es si la sentencia TJUE obliga a desestimar el recurso en aplicación directa de la Directiva 2008/115/CE, entendiéndose que la sanción de expulsión impuesta por la resolución recurrida equivale a la decisión de retorno que exige el art. 6 de la Directiva 2008/115/CE, tal y como concluye la sentencia apelada.

Desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea, la Directiva es una disposición normativa que únicamente establece obligaciones para los poderes públicos de los Estados miembros, que en caso de incumplimiento pueden ser objeto de un recurso por incumplimiento ante el TJUE (arts. 258 a 260 TFUE).

La Directiva puede tener efecto directo si ha expirado el plazo para su transposición y se trata de una disposición suficientemente precisa e incondicional, pero su efecto directo está restringido a los particulares frente a los poderes públicos o el Estado, de modo que se trata de un efecto directo vertical que únicamente los ciudadanos pueden invocarlo a su favor frente al Estado incumplidor, pero que no puede generar obligaciones para el particular frente al Estado. Así resulta de la sentencia del TJUE de 5 de abril de 1979 (asunto Ratti, C-148/1979).

Siendo ello así, la respuesta a la pregunta de si cabe la aplicación directa de la Directiva 2008/115/CE por la Sala, llamada a controlar la legalidad de la resolución sancionadora recurrida, en perjuicio del interesado, es negativa, no resulta posible en la medida en que significaría atribuir efecto directo a la Directiva de retorno en perjuicio del interesado sin que previamente se haya incorporado al ordenamiento español. Resultando el marco normativo interno más favorable para el interesado, no cabe la aplicación directa de la Directiva de retorno en su perjuicio.

Dicha conclusión se ve reforzada en atención a la naturaleza sancionadora de la resolución recurrida y a la aplicación de los principios inspiradores del derecho penal, en cuanto exigen que la resolución sancionadora contenga la motivación suficiente sobre la concurrencia de los elementos del tipo infractor, y, en lo que aquí importa, sobre la exclusión de la sanción de expulsión a quien es receptor de una prestación asistencial dirigida a su integración social y, de otro lado, en atención al carácter revisor del orden jurisdiccional contencioso administrativo que tiene como presupuesto una previa actuación de la Administración cuya conformidad han de controlar los órganos de dicha jurisdicción en los términos planteados por la parte recurrente (art.33 LJCA), sin que venga habilitado el Tribunal a modificar o alterar los términos de la resolución sometida a su control jurisdiccional, transformando su naturaleza sancionadora, en una decisión de retorno en los términos exigidos por el art. 6 de la Directiva de retorno.

Procede concluir por tanto que la sentencia del TJUE de 23/04/2015 no altera el marco de

enjuiciamiento de la resolución sancionadora, en los términos que resultan de los artículos 53.55 y 57 LOEX y de su interpretación jurisprudencial.

Procede concluir por tanto que la sentencia del TJUE de 23/04/2015 no altera el marco de enjuiciamiento de la resolución sancionadora, en los términos que resultan de los artículos 53.55 y 57 LOEX y de su interpretación jurisprudencial."

6. Relevancia de la condición de perceptor de la RGI del recurrente. El recurrente ha alegado que es perceptor de la RGI. En la vista del juicio ha presentado una renovación de su inscripción como demandante de empleo, que acredita que lo es desde mayo de 2011, conforme a la certificación del Servicio Vasco de Empleo de 21 de septiembre de 2017. La demanda del recurrente se limitó a mencionar la percepción, pero es preciso analizar esta condición a la luz de la doctrina jurisprudencial vertida por la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ del País Vasco y, en particular, la STSJPV 17/2017, de 17 de enero, de su Sección Segunda que, obliga a estimar la pretensión del recurrente de que la percepción de la RGI es prueba bastante de arraigo reconocida por una Administración pública y a estimar parcialmente el recurso para transformar la sanción a la infracción de estancia ilegal en una de multa, en vez de la de expulsión que le fue impuesta.

En consecuencia de lo anterior, de los razonamientos expuestos por las partes y del conjunto de la prueba practicada, procede **estimar parcialmente** el presente recurso y establecer como sanción adecuada la de multa por el importe mínimo de 501 euros en lugar de la de expulsión impuesta en la resolución.

QUINTO. Conforme al inciso primero del artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, no se hace imposición expresa de costas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

ESTIMANDO PARCIALMENTE el presente recurso contencioso-administrativo, formulado por D. _____ contra la resolución del Subdelegado del Gobierno en Bizkaia de 15 de diciembre de 2016, que acordó su expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada por un periodo de un año, **declaro que la resolución impugnada es disconforme a Derecho en lo que se refiere a la sanción impuesta, revoco la de expulsión por un año y declaro que la adecuada es la de multa por importe de quinientos un euros.**

Sin imposición expresa de las costas causadas.

MODO DE IMPUGNAR ESTA RESOLUCIÓN: mediante RECURSO DE APELACIÓN EN AMBOS EFECTOS , por escrito presentado en este Juzgado en el plazo de QUINCE DÍAS, contados desde el siguiente a su notificación (artículo 81.1 de la LJCA), y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº4759 0000 85 0053 17, de un depósito de 50 euros, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

Así por esta mi Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el/la Ilmo/a. Sr/a. MAGISTRADO que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.