



Roj: **STS 1403/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1403**

Id Cendoj: **28079130052022100083**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **06/04/2022**

Nº de Recurso: **3529/2021**

Nº de Resolución: **423/2022**

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

Ponente: **OCTAVIO JUAN HERRERO PINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 3502/2021,**
ATS 11598/2021,
STS 1403/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 423/2022

Fecha de sentencia: 06/04/2022

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 3529/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/04/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina

Procedencia: T.S.J.MADRID CON/AD SEC.10

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Sinforiano Rodriguez Herrero

Transcrito por: MSP

Nota:

R. CASACION núm.: 3529/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Sinforiano Rodriguez Herrero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 423/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Segundo Menéndez Pérez, presidente

D. Octavio Juan Herrero Pina



D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D.^a Inés Huerta Garicano

D. Fernando Román García

En Madrid, a 6 de abril de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 3529/2021, interpuesto por D. Marcial, representado por la procuradora D.^a María Dolores Moral García y defendido por la letrada D.^a Coronada Ortiz Escribano, contra la sentencia de 18 de marzo de 2021, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, desestimando el recurso de apelación 841/2020, interpuesto contra la sentencia de 28 de agosto de 2020, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 15 de Madrid en el procedimiento abreviado 288/2019, en el que se impugna la resolución de la Delegada del Gobierno en Madrid de 21 de mayo de 2019, que acordó la expulsión del recurrente del territorio nacional, con prohibición de entrada por tres años, como autor de una infracción administrativa grave de estancia irregular en España tipificada en el artículo 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. Interviene como recurrido el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la Administración del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid de 21 de mayo de 2019 se acordó decretar la expulsión del recurrente del territorio nacional y prohibición de entrada por tres años.

Frente a dicha resolución se interpuso recurso contencioso-administrativo, en el que se alegaba por el interesado: que al momento de la detención llevaba residiendo en España desde que llegó en vuelo regular y por puesto habilitado al efecto en el año 2016 con carta de invitación; que se encuentra empadronado con domicilio fijo y conocido; que aquí reside una tía suya nacionalizada, y 3 primas más; que ha llevado a cabo trabajos esporádicos; que carece de antecedentes desfavorables; que está intentando regularizar su situación; y también que a la vista de esas circunstancias la sanción resultaría desproporcionada.

En la sentencia de 28 de agosto de 2020 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 15 de Madrid, dictada en el procedimiento abreviado 288/2019, se señala que, frente al hecho claro que se le imputa de no disponer de documento alguno que acredite la situación de estancia o residencia legal en España, ninguna prueba justifica el cumplimiento de las exigencias legales, que el simple hecho de poder conocer su identidad, sobre la base de que no se cuestiona la falta de la documentación requerida para la lícita estancia en España, no puede servir para enervar una actuación que resulta ajustada a derecho; y menos aún si tenemos en cuenta, en el presente caso, que la persona afectada, no justifica ahora, disponer de medios lícitos y regulares para su sustento; que no existe una situación de verdadero arraigo; y que pese al tiempo que pueda llevar en España no ha conseguido regularizar su situación.

Entiende el Juez de instancia que encontrándonos ante una situación ilegal y no existiendo visos de regularización, la medida más adecuada es la adoptada, ya que en otro caso, lejos de corregirse tales conductas, se tornarían en abusivas y perjudiciales para el interés general, añadiendo la invocación de la doctrina establecida en la sentencia del TJUE de 25 de abril de 2015, para terminar desestimando el recurso en cuanto a la expulsión acordada.

No obstante, el juzgador entiende injustificado el plazo de prohibición de entrada de tres años y considera más adecuado el plazo de un año, estimando en este aspecto el recurso.

Interpuesto recurso de apelación, en el que se alega la falta de proporcionalidad de la expulsión, se dictó la sentencia desestimatoria aquí recurrida de 18 de marzo de 2021, en la que se examina la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015 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". Confirmada por sentencias del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2018 y posteriores que se citan, todo ello en justificación de la procedencia de la sanción de expulsión no sustituible por multa.



Y entrando a valorar si concurre alguno de los criterios sentados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al interpretar el artículo 5 y 6 de la Directiva 2008/115/CE (LCEur 2008, 2157), que permita enervar la procedencia de la expulsión, esto es, el interés superior del niño, la vida familiar o el estado de salud del interesado, la Sala de apelación señala que: en el supuesto de autos, como ha quedado expuesto más arriba, el apelante considera que sus circunstancias laborales, sociales, y familiares, ampararían su pretensión, sin embargo, como expresa la sentencia apelada, las circunstancias alegadas por el recurrente y aquí apelante, no se refieren, en estricto sentido, a una situación de vida familiar a la que se refiere la directiva de aplicación. No se cuestiona que en España esté su tía y sus primas, y que todas ellas tengan nacionalidad española. Sin embargo, como el propio apelante reconoce, viven en domicilios diferentes, reconociendo el recurrente que aun cuando no tiene contrato de trabajo, trabaja en una frutería para conseguir su sustento y que desearía regularizar su situación. Si bien no cabe notar que pueda tener una vinculación familiar con dichas personas que afirma son su tía y sus primas, es lo cierto que esos vínculos no constituyen, en estricto sentido, la vida familiar a la que se refiere a la directiva de aplicación. Por otra parte, como reconoce el apelante, a fecha actual no existe convivencia con las mismas en el mismo domicilio ni dependencia de ninguna clase más allá de la relativa a las relaciones familiares con su tía y primas.

La sentencia apelada estimó en parte el recurso interpuesto al considerar que en atención a las circunstancias concurrentes y, fundamentalmente, ausencia de datos negativos, no estaba motivada ni justificado el periodo de prohibición de tres años, motivo por el cual, razonablemente, rebajó o periodo a un año.

Consideramos, con la sentencia apelada, la justificación de dicho proceder al rebajar el periodo de prohibición, y, a su vez, consideramos que no se han acreditado circunstancias suficientes relativas al interés superior del niño, la vida familiar o el estado de salud del interesado en España que pudieran enervar la decisión de expulsión de conformidad con los criterios sentados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al interpretar el artículo 5 de la Directiva 2008/115/CE conforme a lo expresado más arriba.

En consecuencia la Sala desestima recurso de apelación interpuesto.

No obstante, se refiere a la sentencia de la misma Sala de 23 de octubre de 2022, en relación a la incidencia que sobre el principio de proporcionalidad pueda tener la STJUE de 23 de octubre de 2020, concluyendo que se mantiene la interpretación de las normas que se ha venido declarando por el Tribunal Supremo desde la sentencia de 12 de junio de 2018.

SEGUNDO.- Una vez notificada la sentencia, por la representación procesal de D. Marcial se presentó escrito de preparación de recurso de casación, en los términos previstos en el art. 89 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, que se tuvo por preparado por auto de 30 de abril de 2021, ordenando el emplazamiento de las partes ante esta Sala de Tribunal Supremo, con remisión de los autos y del expediente administrativo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes, por la Sección Primera de esta Sala se dictó auto de 16 de septiembre de 2021 admitiendo el recurso de casación preparado, al apreciar interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia y declarando que la cuestión planteada en el recurso, que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, consiste en determinar: "sí, conforme la interpretación dada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de octubre de 2020 - asunto C-568/19- a la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, la expulsión del territorio español es la sanción preferente a imponer a los extranjeros que hayan incurrido en la conductas tipificadas como graves en el art. 53.1.a) Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, o sí, por el contrario, la sanción principal es la multa siempre que no concurren circunstancias agravantes añadidas a su situación irregular."

Se identifican como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación, los artículos 53.1.a), 55.1.b) y 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, ello sin perjuicio de que la Sala de enjuiciamiento pueda extenderse a otras, si así lo exigiese el debate procesal finalmente trabado.

CUARTO.- Abierto el trámite de interposición del recurso, se presentó el correspondiente escrito, con exposición razonada de las infracciones que denuncia en relación con las sentencias a que se refiere el auto de admisión, y solicitando que se case y anule totalmente la sentencia recurrida y se pronuncie otra de conformidad con los motivos del recurso.

QUINTO.- Dado traslado para oposición a la parte recurrida, se presentó escrito por el Abogado del Estado argumentando en contra del planteamiento del recurso y solicitando su desestimación en alguno de los términos expuestos.



SEXTO.- Por providencia de 8 de febrero de 2022, no considerándose necesaria la celebración de vista, se señaló para votación y fallo el día 5 de abril de 2022, fecha en la tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el escrito de interposición se señala, siguiendo la indicación del auto de admisión, que el recurso coincide en efecto, con lo resuelto en las sentencias de 17 de marzo de 2021 (rec. 2870/2020) y 27 de mayo de 2021 (rec. 1739/2020), no haciendo más argumento en este sentido, añadiendo que sería procedente si lo estimara oportuno este Tribunal se pronunciara al respecto concretando en relación a lo fundamentado en dichas resoluciones, si los hechos negativos considerados por la jurisprudencia deben ser entendidos como una enumeración de aplicación preceptiva o bien son de aplicación potestativa; refiriéndose a concretas circunstancias agravatorias apreciadas por la jurisprudencia, como son: el incumplimiento de una orden previa de salida obligatoria; o encontrarse en situación de estancia irregular sin documentación alguna por la que pudiera ser identificado.

Por su parte, el Abogado del Estado, en su oposición al recurso se refiere a la interpretación del art. 57.1 de la LO 4/2000 por el TJUE a la luz de la Directiva 2008/115/CE, en la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015-en cuestión prejudicial dictada en el asunto C-38/14 planteada a propósito de la legislación española de **extranjería**- confirmando la improcedencia de la elección entre las sanciones de multa o expulsión, interpretación que fue aplicada por este Tribunal Supremo en las sentencias posteriores como la de 12 de junio de 2018.

Seguidamente se refiere a la situación que resulta de la STJUE de 8 de octubre de 2020, asunto C-568/19 y las sentencias de este Tribunal Supremo de 17 de marzo y 27 de mayo de 2021, manteniendo que es cierto que no cabe sustituir la sanción de expulsión por la de una simple multa, pero que sí cabe su sustitución por la sanción de multa acompañada de la obligación de salida del territorio nacional, alegando al efecto el incompleto planteamiento de la cuestión prejudicial que dio lugar a la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015, entendiendo el Abogado del Estado que la normativa española no prevé la sanción económica (multa) y la expulsión como sanciones excluyentes entre sí. De una parte, la sanción económica (multa) conlleva necesariamente la salida obligatoria del territorio nacional en un determinado plazo en caso de que el interesado no obtenga dentro del mismo la oportuna autorización de residencia, lo que constituye una auténtica decisión de retorno y, por otra parte, en caso de permanencia en el territorio nacional con incumplimiento de la obligación de salida del territorio nacional y sin haber obtenido la oportuna autorización de residencia dentro del plazo concedido para dicha salida, puede tramitarse un nuevo procedimiento sancionador para acordar la expulsión.

Y razonando sobre los efectos de tales previsiones normativas, entiende que la normativa española no resulta incompatible con la Directiva 2008/115 en la medida en que asegura el efecto útil de la misma al garantizar el retorno (voluntario y, ante el incumplimiento de la salida voluntaria, mediante la expulsión) y resulta más beneficiosa para el nacional del tercer Estado en la medida en que permite, conforme al principio de proporcionalidad, valorar sus circunstancias específicas para decidir si imponer una sanción económica (multa) con orden de salida obligatoria o, en casos más graves, la expulsión forzosa.

Por lo tanto, entiende el Abogado del Estado, una normativa como la española que, garantizando en todo caso el efecto útil de la Directiva 2008/115, permite aplicar el principio de proporcionalidad a la situación de los nacionales de terceros Estados en situación irregular en los términos que se han descrito (imposición de una sanción económica (multa) con orden de salida obligatoria -que constituye una auténtica decisión de retorno- para que en el plazo concedido para efectuar dicha salida, pueda el sancionado regularizar su estancia), resulta plenamente respetuosa con el respeto a los derechos humanos y a la dignidad de dichos nacionales, en particular, como en el litigio principal, la vida familiar.

En conclusión, y a la espera de que ello sea corroborado por el TJUE en la cuestión prejudicial C-409/20 en tramitación, considera que la Directiva 2008/115 no se opone a una normativa nacional que sanciona la permanencia irregular de extranjeros sin circunstancias agravantes en un primer momento con una sanción económica (multa) unida a una orden de retorno obligatorio al país de origen, seguida, en un segundo momento, en caso de incumplimiento de esta, por una sanción de expulsión si el extranjero no se regulariza ni retorna voluntariamente a su país.

Finalmente, se alega que la resolución de expulsión dictada en el presente caso se atuvo escrupulosamente a la doctrina entonces vigente tanto del TJUE como de ese TS por lo que no puede ahora exigírsele de forma retroactiva que hubiese motivado la existencia de circunstancias agravantes en el extranjero y, en otro caso, habría de examinarse la concurrencia de tales circunstancias agravantes, que la representación de la Administración entiende concurrentes en el caso en razón de los siguientes datos negativos:



- En primer lugar, se ignora cuándo y por dónde entró en territorio español, lo cual constituye una evidente circunstancia agravante (cfr. STS de 31 de enero de 2008.).
- En segundo lugar, el ahora recurrente se encuentra indocumentado (así se hace constar en el procedimiento de expulsión).
- En tercer lugar, no presentó volante de empadronamiento actual (así se hace constar en el procedimiento de expulsión).
- En cuarto lugar, en el momento de tramitarse el procedimiento de expulsión, se encontraba también encartado en diligencias policíacas por delitos contra la salud pública (así se hace constar en el procedimiento de expulsión).
- En quinto lugar, no hay constancia alguna del título jurídico en cuya virtud ha entrado el interesado en España ni que, en la hipótesis de que aquél haya existido, se haya solicitado una prórroga de estancia o un permiso de residencia una vez transcurridos 90 días de permanencia en territorio español. Es decir, el recurrente no se ha preocupado de realizar trámite alguno al objeto de regularizar su situación en este país.
- En sexto lugar, tampoco hay constancia en el expediente de que el recurrente tenga arraigo familiar alguno en España no acreditando tener esposo/a ni hijos.
- En séptimo lugar, tampoco hay pruebas que avalen la existencia de arraigo social en España de la recurrente.
- En octavo lugar, tampoco existe el menor indicio de arraigo laboral legal ni de medios económicos del recurrente hasta el punto de que la resolución de expulsión señala que: "No constando la tenencia de los medios económicos referidos en el art. 64.3 de la Ley orgánica mencionada, por parte del interesado, que permitan la ejecución de la presente resolución de expulsión a su costa, la misma se ejecutará con cargo a los Presupuestos del Ministerio del Interior".
- En noveno lugar, tampoco consta que el recurrente tenga cubierta la asistencia sanitaria.
- Por último, no se ha alegado que el estado de salud del recurrente no sea bueno y, en consecuencia, nada impide llevar a cabo la expulsión.

Termina precisando las pretensiones ejercitadas:

1º) Que desestime este recurso de casación y confirme las sentencias y el acto administrativo impugnados.

2º) En la hipótesis de que se confirmase la argumentación contenida en las SSTS de 17 de marzo y 27 de mayo de 2021 (defecto de motivación de la resolución de expulsión por no hacer constar las circunstancias agravantes concurrentes en el extranjero en situación irregular) se sustituya el fallo de mera anulación sin entrar en el fondo del asunto efectuado en aquellas sentencias por otro que acuerde:

- bien una retroacción de actuaciones para que se dicte una nueva resolución administrativa motivada conforme a las exigencias de la doctrina de la STJUE de 8 de octubre de 2020 dictada en el asunto C-568/19.
- o bien se dicte un fallo en el que el TS entre en el fondo del asunto declarando que los datos negativos expuestos, adicionales a la situación irregular del interesado, justifican la sanción de expulsión y la decisión de retorno acordada por la Administración y avalada por las sentencias de instancia que, en consecuencia, han de ser confirmadas. O, subsidiariamente, si esa Sala estimase que las circunstancias agravantes del caso no justifican la sanción de expulsión, sustituya la misma por la de multa con obligación de salida del territorio nacional y, en consecuencia, nada impide llevar a cabo la expulsión.

SEGUNDO.- Así planteado el recurso, se suscita en el auto de admisión como cuestión de interés casacional objetivo, determinar sí, conforme la interpretación dada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de octubre de 2020 -asunto C-568/19- a la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, la expulsión del territorio español es la sanción preferente a imponer a los extranjeros que hayan incurrido en la conductas tipificadas como graves en el art. 53.1.a) Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, o sí, por el contrario, la sanción principal es la multa siempre que no concurran circunstancias agravantes añadidas a su situación irregular.

Pues bien, dicha cuestión ha sido objeto de examen y determinación ampliamente en sentencia de 17 de marzo de 2021 (rec. 2870/20) y reproducida de manera sintética en la sentencia de 27 de mayo de 2021 (rec. 1739/20), que se citan por las partes, pronunciándose esta última en los siguientes términos:

<<[...] sobre esta cuestión hemos tenido ocasión de pronunciarnos recientemente en nuestra sentencia de 17 de marzo de 2021, rec. 2870/2020, en la que se da una completa respuesta a la misma y a cuyos pormenorizados razonamientos debemos remitirnos, destacando aquí solamente, en una muy apretada



síntesis, los aspectos sustanciales de su argumentación -que deben ser necesariamente completados con cuanto allí más detalladamente explicábamos-.

A).- Parte la sentencia (FJ 2º) de una exposición del panorama jurisprudencial existente en la interpretación del art. 57.1 LOEx, marcado por los siguientes pronunciamientos sustanciales, tanto del TJUE como de este Tribunal Supremo:

a).- Se refleja, en primer término, la interpretación que había efectuado este Tribunal Supremo en relación con la dualidad alternativa de sanciones, multa-expulsión, que la LOEx (art. 57.1) preveía respecto de la situación de estancia irregular, considerada por el legislador como infracción administrativa grave (art. 53.1.a), interpretación que había sido acuñada por esta Sala antes de que se aprobara la Directiva 2008/115.

Conforme a esta jurisprudencia, este Tribunal Supremo había declarado reiteradamente que "E[en] el sistema de la Ley la sanción principal es la de multa, pues así se deduce de su artículo 55-1 y de la propia literalidad de su artículo 57-1, a cuyo tenor, y en los casos, (entre otros) de permanencia ilegal, "podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio nacional ". [...] En cuanto sanción más grave y secundaria, la expulsión requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal, ya que ésta es castigada simplemente, como hemos visto, con multa. Según lo que dispone el artículo 55-3, (que alude a la graduación de las sanciones, pero que ha de entenderse que resulta aplicable también para elegir entre multa y expulsión), la Administración ha de especificar, si impone la expulsión, cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y, en general, añadimos nosotros, cuáles son las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la expulsión y prohibición de entrada, que es una sanción más grave que la de multa." (sentencia de 4 de octubre de 2007, dictada en el recurso de casación 8953/2003; ECLI:ES:TS:2007:6679, entre otras que podrían citarse de la misma época).

Entre estas circunstancias agravatorias o negativas que podían justificar la opción por la expulsión en lugar de la multa, se destacaron, entre otras de análoga significación, la indocumentación, el carecer de domicilio conocido, desconocerse cuándo y por dónde se entró en territorio español, tener antecedentes penales, haber incumplido una obligación de salida previa, y otras similares.

b).- En esa situación se aprueba la Directiva 2008/115, conforme a la cual, como regla general y sin perjuicio de las excepciones que se contemplan, debe dictarse una decisión de retorno a todo ciudadano de un tercer Estado que se encuentre en territorio de la Unión en situación irregular, dando oportunidad de una salida voluntaria o, en su defecto, se acordará su expulsión de manera forzosa.

c).- El TJUE, en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por la Sala del País Vasco sobre la compatibilidad con esta Directiva de la alternativa multa-expulsión prevista por la legislación española para la situación de estancia irregular, dice lo siguiente en su sentencia de 23 de abril de 2015 (EU:C:2015:260) –en adelante 2015/260--:

"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."

En congruencia con esta sentencia del TJUE se dictó por esta Sala la sentencia de 12 de junio de 2018, rec. 2958/2017, en la que se concluye que, en los supuestos de estancia irregular, lo procedente es decretar la expulsión del extranjero, salvo que concurra alguno de los supuestos de excepción previstos en los apartados 2 a 5 del art. 6 de la Directiva de retorno o, en su caso, de los supuestos del art. 5 que propicien la aplicación del principio de no devolución, sin que dicha decisión de expulsión pueda sustituirse por la sanción de multa.

d).- Y a continuación, en respuesta a otra cuestión prejudicial planteada, esta vez, por la Sala de Castilla-La Mancha sobre el alcance del efecto directo en relación con la aplicación de la Directiva 2008/115, responde el TJUE en su sentencia de 8 de octubre de 2020 (ECLI:EU:C:2020:807), asunto C-568/19 (en adelante, 2020/807) –que es a la que se hace referencia en el auto de admisión del presente recurso de casación– 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, debe interpretarse en el sentido de que, cuando la normativa nacional, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de un Estado miembro, imponga, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, teniendo en cuenta que la segunda medida solo puede adoptarse si existen circunstancias agravantes en la persona de dichos nacionales, adicionales a su situación irregular, la autoridad



nacional competente no podrá basarse directamente en lo dispuesto en la Directiva para adoptar una decisión de retorno y hacer cumplir dicha decisión aun cuando no existan circunstancias agravantes."

B).- Expuesto el panorama jurisprudencial al que esquemáticamente hemos aludido, se adentra nuestra sentencia de 17 de marzo de 2021 (FJ 3º), en la incidencia de esta nueva sentencia del TJUE en nuestro derecho interno, indagándose, asimismo -como obligaba su fundamento 36-, "una interpretación del artículo 57 conforme a la Directiva, con el límite que comporta la inaplicación del precepto nacional, que confiere una posición más favorable a los ciudadanos extranjeros en situación irregular en nuestro País y, por tanto, no puede obviarse con la aplicación directa de la norma comunitaria".

a).- Y en esta tarea, tras abundar en el principio de interpretación conforme, su alcance y límites, se alcanza una primera conclusión:

"que el artículo 57.1º de la LOEX solo puede interpretarse en el sentido de considerar que la estancia irregular de un extranjero en España, solo puede ser "sancionada" con expulsión. Bien claro ha establecido el Tribunal de Justicia en las dos sentencias referidas, que una "sanción" de multa, que excluye la expulsión, es contrario a la Directiva. Ello supone que debe rechazarse, en la opción que se contiene en el precepto, la posibilidad de la sanción de multa, que no procede en ningún caso.

Esa primera conclusión requiere una mayor explicación. En primer lugar, que al suponer un efecto favorable de la Directiva para los ciudadanos, debe ser de aplicación directa.

(...) y en segundo lugar, no es admisible interpretar el artículo 57.1º en el sentido de poder aplicar la pretendida opción de multa o expulsión al extranjero en situación irregular, porque; o procede su expulsión o la acción debe quedar al margen del ámbito sancionador, en el criterio que establece el mencionado precepto. La sanción de multa a la estancia irregular es una opción que ya la Directiva 2008/115 excluye de manera taxativa y lo vino a declarar de manera concreta la sentencia del TJUE de 2015; porque para la norma comunitaria, y al margen de consideraciones punitivas, la finalidad es la salida de todos aquellos extranjeros que se encuentren de manera irregular en alguno de los Estados de la Unión, lo cual es contrario a la posibilidad de imponer una sanción de multa sin dicha salida"

b).- Una vez alcanzada esa primera conclusión que rechaza la posibilidad de imponer la sanción de multa a la situación de estancia irregular -pronunciamiento que deriva de la STJUE de 23 de abril de 2015, contenido, asimismo, en nuestra sentencia de 12 de junio de 2018, y que no se ve alterado por la STJUE de 8 de octubre de 2020-, indaga nuestra sentencia cuándo la situación de estancia irregular exige dictar la orden de expulsión, abordando aquí las exigencias individualizadoras y causalizadoras que derivan del principio de proporcionalidad, que se encuentra consagrado tanto en el derecho interno como en el derecho de la Unión, aunque ceñido ya, en exclusiva, a la propia decisión de expulsión.

Destaca, a este respecto, que la propia Directiva en sus considerandos rechaza cualquier automatismo en la adopción de la decisión de expulsión y exige que la decisión de retorno se adopte de manera individualizada; se refiere al principio de proporcionalidad y a su interpretación por la jurisprudencia del TJUE, y afirma que "conforme a la jurisprudencia comunitaria es el juicio de proporcionalidad el que (ha de) determinar, en función de los factores añadidos a la mera estancia irregular, cuándo procede dictar una decisión de retorno. En esa interpretación, en nuestro artículo 57.1º el principio de proporcionalidad ha de aplicarse ya para determinar cuándo la estancia irregular pueda o no dar lugar a la expulsión, única medida ya posible".

Y entiende que todo ello nos conduce a la necesidad de motivación de cualquier decisión de expulsión:

"La motivación de los actos administrativos ha sido siempre una exigencia tradicional en nuestro Derecho --en la actualidad, en el artículo 35 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas-- y constituye una exigencia reforzada conforme a la jurisprudencia comunitaria, a la hora de establecer los criterios de la aplicación de la normativa sobre **extranjería** en general, precisamente por la necesidad, como antes hemos visto en esta concreta materia regulada en la Directiva 2008/115, de individualizar las medidas que se imponen. De esa garantía de los ciudadanos se hace un exhaustivo estudio en nuestra sentencia 321/2020, de 4 de mayo, dictada en el recurso de casación 5364/2018 (ECLI:ES:TS:2020:753), tomando en consideración los criterios que al respecto se han establecido por este Tribunal Supremo, nuestro Tribunal Constitucional, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; que debe traerse a este debate a los efectos de poder concretar la necesidad de individualizar las condiciones que deben determinar, de conformidad con la interpretación que se ha concluido del artículo 57.1º, la orden de expulsión. Especial consideración merece la exigencia que impone la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, que se reseña en dicha sentencia, sobre el alcance de la motivación de los resoluciones administrativas que, en la medida que afecta a derechos de indudable relevancia de los ciudadanos, deja ya de ser un importante requisito formal de los actos administrativos, para integrarse en una



exigencia constitucional, en cuanto las decisiones que se adoptan afectan a derechos fundamentales de las personas, como sucede en el caso que examinamos. Ello da idea de la necesidad de la motivación de las decisiones administrativas, que constituye la garantía de que la decisión de retorno deba adoptarse de manera individualizada, valorando todos los derechos afectados por esa decisión, exigencia que no comporta sino aplicar el principio de proporcionalidad que se impone tanto por la Directiva como por nuestro Derecho interno.

Sentado lo anterior, somos conscientes de la dificultad que comporta determinar una casuística sobre cuándo, conforme a la interpretación del artículo 57.1º de la LOEX, de acuerdo con las exigencias de la Directiva y la necesidad de la concurrencia de factores o circunstancias añadidas a la estancia irregular, procede dictar una orden de expulsión. Será la motivación y el examen de las circunstancias que concurren en cada caso cuando podrá justificarse, conforme al principio de proporcionalidad, dicha decisión de retorno. No obstante, es lo cierto que a esos efectos son aprovechables los pronunciamientos de este Tribunal Supremo, para cuando interpretó el mencionado precepto antes de la aprobación de la Directiva y era necesario, en base al principio de proporcionalidad --que no se dudaba era el que debía regir aunque aún no estaba añadido en el precepto formalmente--; en relación a la posibilidad de adoptar la Administración una orden de expulsión. Esa jurisprudencia es aprovechable en el sentido de que ahora el debate no es ya la posibilidad de esa opción originaria del precepto, sino para justificar, en base al principio de proporcionalidad, cuando procede decretar la expulsión."

[...] Y tras estos razonamientos, que en una muy apretada síntesis hemos reflejado, responde la sentencia (FJ 4º) a la cuestión que nos planteaba el auto de admisión, sentando dos conclusiones sustanciales:

1.- Incompatibilidad con la Directiva de retorno de la alternativa multa-expulsión.

Tras la STJUE de 23 de abril de 2015 y, en consonancia con la misma, la STS de 12 de junio de 2018, se pone de manifiesto "la existencia de una norma de derecho interno incompatible con la Directiva, en cuanto permite eludir la única respuesta de retorno, prevista para la situación de estancia irregular, mediante la imposición de una sanción de multa, incompatibilidad de la norma interna que, ya sea debida a su preexistencia a la Directiva o consecuencia de una deficiente transposición por el Estado miembro, no puede desconocerse por el juzgador en su función de interpretación del ordenamiento jurídico y elección de la norma aplicable.

Esta interpretación de la Directiva y resolución de la indicada controversia se mantiene en la sentencia 2020/807, que se refiere a la misma en sus apartados 30 y 31, de manera que se excluye la posibilidad de eludir la expulsión, que en nuestra normativa comprenden la decisión de retorno y su ejecución, mediante la imposición de una sanción sustitutiva de multa.

Todo ello permite responder, en un primer aspecto, a la cuestión de interés casacional suscitada en el auto de admisión del recurso, que la situación de estancia irregular determina, en su caso, la decisión de expulsión y no cabe la posibilidad de sustitución por una sanción de multa, sin que tal conclusión resulte alterada por la sentencia 2020/807."

2.- Necesidad de motivar e individualizar conforme al principio de proporcionalidad toda decisión de expulsión.

"... una vez determinada la norma aplicable, en este caso la expulsión, se plantea la controversia en cuanto a los términos de su aplicación individualizada a los interesados, cuando, como sucede en este caso, la norma interna se pronuncia en unos términos más beneficiosos para el interesado, en cuanto supedita la adopción de la decisión de expulsión a la concurrencia de circunstancias agravantes como justificación de la proporcionalidad de la medida.

Pues bien, es a esta concreta controversia a la que responde la sentencia del Tribunal de Justicia 2020/807, invocando su reiterada jurisprudencia en el sentido de que las directivas no pueden, por sí solas, crear obligaciones a cargo de los particulares, pues los Estados miembros no pueden invocar las disposiciones de la directivas, en su calidad de tales, contra dichas personas, lo que le conduce a la conclusión de que "la autoridad nacional competente no podrá basarse directamente en lo dispuesto en la Directiva para adoptar una decisión de retorno y hacer cumplir dicha decisión aun cuando no existan circunstancias agravantes".

Ello nos permite completar la respuesta a la cuestión suscitada en el auto de admisión en el sentido de que, de acuerdo con nuestro derecho interno, la expulsión, comprensiva de la decisión de retorno y su ejecución, exige la valoración y apreciación de circunstancias agravantes que pongan de manifiesto y justifiquen la proporcionalidad de la medida adoptada en cada caso, circunstancias agravantes a las que se ha hecho referencia, como criterio meramente orientativo, en el anterior fundamento, que pueden comprender otras de análoga significación. En el bien entendido que, conforme a la jurisprudencia del TJUE, la decisión de retorno y su ejecución no se produce de manera automática, sino que es preciso seguir un procedimiento justo en el que se dé intervención al interesado y se valoren de manera completa y adecuada las circunstancias personales y familiares del interesado y las condiciones en que se va a materializar el retorno."



Y como corolario de todo lo anterior se llega a la síntesis final que se expresó en nuestra sentencia en estos términos:

"Por todo ello y respondiendo a la cuestión de interés casacional suscitada en el auto de admisión del recurso, en relación con el alcance de la sentencia del TJUE 2020/807, ha de entenderse:

Primero, que la situación de estancia irregular determina, en su caso, la decisión de expulsión y no cabe la posibilidad de sustitución por una sanción de multa.

Segundo, que la expulsión, comprensiva de la decisión de retorno y su ejecución, exige, en cada caso y de manera individualizada, la valoración y apreciación de circunstancias agravantes que pongan de manifiesto y justifiquen la proporcionalidad de la medida adoptada, tras la tramitación de un procedimiento con plenas garantías de los derechos de los afectados, conforme exige la jurisprudencia comunitaria.

Tercero, que por tales circunstancias de agravación han de considerarse las que se han venido apreciando por la jurisprudencia en relación a la gravedad de la mera estancia irregular, bien sean de carácter subjetivo o de carácter objetivo, y que pueden comprender otras de análoga significación.">>

TERCERO.- En consecuencia, esta misma es la respuesta que ha de darse a la cuestión de interés casacional suscitada en el auto de admisión, de manera que las razones expuestas en que se sustenta la interpretación de las normas en relación con las sentencias del TJUE en que se fundamenta la respuesta a la cuestión de interés casacional que se acaba de reproducir, vienen a desvirtuar las alegaciones de la representación de la Administración fundadas en la consideración de que la legislación española no prevé la sanción de multa y la expulsión como excluyentes, pues es precisamente la previsión de opción entre ambas la que ha determinado el pronunciamiento del TJUE y los de esta Sala al respecto, siendo la expulsión, comprensiva de la decisión de retorno y su ejecución, la respuesta que procede en los casos de estancia irregular, sin que pueda sustituirse por la multa que lleve consigo la salida obligatoria del territorio nacional y en caso de incumplimiento en plazo la tramitación de un nuevo procedimiento sancionador, como se sostiene en la oposición al recurso, lo cual supondría, además, una considerable demora en la resolución de la situación, que resultaría contraria al efecto útil de la Directiva 2008/115/CE, como ya puso de manifiesto la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015.

Por otro lado, en dichas sentencias se pone de manifiesto la exigencia de que la decisión de expulsión se justifique por la concurrencia de circunstancias agravantes de la mera situación de estancia irregular, circunstancias que se identifican con aquellas que viene reconociendo la jurisprudencia al efecto y otras equivalentes, de manera que ha de estarse a cada caso y constituyen un número abierto.

Pues bien, la aplicación al caso de la doctrina establecida, exige examinar si en la adopción de la sanción de expulsión se ha valorado la concurrencia de circunstancias agravantes de la situación de estancia irregular que justifiquen la medida.

A tal efecto se observa que en las sentencias se valoran sus circunstancias personales, en relación con la concurrencia de los supuestos de no retorno a que se refieren los arts. 5 y 6 de la Directiva 2008/115/CE, concluyendo que su situación personal no permite la aplicación de dichos supuestos de no retorno. Sin embargo, la decisión de expulsión y retorno se adopta atendiendo únicamente a la situación de estancia irregular del interesado, sin que se aprecie la existencia de circunstancias agravantes o negativas de las que, a tal efecto, se indican en la jurisprudencia a la que antes nos hemos referido, tales como: la indocumentación, el carecer de domicilio conocido, desconocerse cuándo y por dónde se entró en territorio español, tener antecedentes penales, haber incumplido una obligación de salida previa y otras análogas, indicándose incluso, en ambas sentencias impugnadas, la ausencia de datos negativos como circunstancia de la estimación parcial del recurso reduciendo la prohibición de entrada de tres a un año, de manera que, en definitiva, la decisión de expulsión aparece adoptada por la sola situación de estancia irregular, por lo que, de acuerdo con la doctrina establecida en nuestras sentencias, no puede entenderse debidamente justificada la proporcionalidad de la medida de expulsión y, por esta razón, el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la decisión administrativa que la acordó debió ser estimado.

No es obstáculo para ello la alegación de hasta diez datos negativos que se relacionan por el Abogado del Estado, ninguno de los cuales se refleja en las sentencias impugnadas y menos aun como fundamento de la decisión de expulsión adoptada, además de que el primero, segundo, tercero y quinto no se corresponden con las circunstancias de título de entrada, documentación y empadronamiento que se reflejan en dichas sentencias respecto del interesado, el cuarto no se identifica con una resolución judicial al respecto y el resto no se refieren a ninguna de las circunstancias agravantes que según hemos indicado se vienen considerando a estos efectos.



Finalmente ha de reiterarse que ha de estarse al criterio jurisprudencial que resulta aplicable para la resolución de la controversia solicitada, tras la sentencia del TJUE de 23 de octubre de 2020, sin que ello suponga la aplicación retroactiva de la norma sino la interpretación correcta de la misma al momento de su aplicación.

En consecuencia, procede estimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 18 de marzo de 2021, casando la misma y, con estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid de 21 de mayo de 2019, declarar la nulidad de esta resolución por ser contraria al ordenamiento jurídico.

CUARTO.- En este estado de la cuestión en nuestra jurisprudencia, se ha dictado sentencia por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 3 de marzo de 2022, en el asunto C-409/20, a que se refiere el Abogado del Estado, lo que nos lleva a examinar su alcance en relación con la resolución de este tipo de recursos.

Dicha sentencia declara:

"La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, en particular sus artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, leídos en relación con los artículos 6, apartado 4, y 7, apartados 1 y 2, de la misma, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro que sanciona la permanencia irregular de un nacional de un tercer país en el territorio de ese Estado miembro, cuando no concurren circunstancias agravantes, en un primer momento, con una sanción de multa que lleva aparejada la obligación de abandonar el territorio de dicho Estado miembro en el plazo fijado salvo que, antes de que este expire, se regularice la situación del nacional de un tercer país y, en un segundo momento, si no se ha regularizado su situación, con una decisión en la que se ordena obligatoriamente su expulsión, siempre que dicho plazo se fije de conformidad con las exigencias establecidas en el artículo 7, apartados 1 y 2, de esta Directiva."

Dicho pronunciamiento responde a la petición de decisión prejudicial formulada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Pontevedra, por auto de 20 de agosto de 2020, planteando las siguientes cuestiones prejudiciales:

"1) ¿Debe interpretarse la Directiva 2008/115 [...] (artículos 4.3, 6.1, 6.5 y 7.1) en el sentido de que se opone a una normativa nacional [...] que sanciona la permanencia irregular de extranjeros sin circunstancias agravantes en un primer momento con una sanción de multa unida a un requerimiento de retorno voluntario al país de origen, seguida, en un segundo momento, de la sanción de expulsión si el extranjero no se regulariza ni retorna voluntariamente a su país?

2) ¿Es compatible con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los límites del defecto 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 realizar una aplicación directa de la Directiva 2008/115 [...] en perjuicio del particular, omitiendo la legislación interna en vigor más beneficiosa en materia sancionadora, con agravamiento de su responsabilidad sancionadora y posible omisión del principio de legalidad penal?; ¿o por el contrario debe continuar aplicándose el Derecho interno más favorable al particular mientras no se modifique o derogue mediante la correspondiente reforma legal?"

La sentencia se refiere al planteamiento de las cuestiones prejudiciales en los siguientes términos: "26 El órgano jurisdiccional remitente señala que, aunque el artículo 57 de la LOEX prohíbe que se impongan al nacional de un tercer país que se halla en situación irregular en el territorio español la sanción de multa y la sanción de expulsión conjuntamente, dicha Ley permite imponérselas sucesivamente.

27 El órgano jurisdiccional remitente indica que, en cualquier caso, la imposición de la multa no exime al nacional de un tercer país de la obligación de abandonar el territorio español establecida en el artículo 28.3.c) de la LOEX si no obtiene el preceptivo visado o autorización de residencia. Si en un plazo razonable no se regulariza, podrá tramitarse frente a él un nuevo procedimiento sancionador que concluirá con la expulsión forzosa. En efecto, según el órgano jurisdiccional remitente, conforme a la jurisprudencia española, la circunstancia de que al nacional de un tercer país que se encuentra irregularmente en España se le haya impuesto una multa se considera una agravante a los efectos de la LOEX.

28 El órgano jurisdiccional remitente recuerda que, como es sabido, el Tribunal de Justicia, en la sentencia de 23 de abril de 2015, Zaizoune (C-38/14, EU:C:2015:260), declaró que la Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro 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 No obstante, el órgano jurisdiccional remitente señala que la interpretación de la normativa española que el tribunal remitente expuso en el asunto que dio lugar a esa sentencia difiere de la que él realiza en el litigio principal. En efecto, según el órgano jurisdiccional remitente en el presente asunto, la multa que contempla la normativa española controvertida en el litigio principal no es sino una intimación para salir voluntariamente del territorio español en un plazo determinado. Una vez transcurrido este plazo sin que el nacional del tercer país de que se trate haya salido voluntariamente de dicho territorio, procederá ya dictar la orden de expulsión si aquel no regulariza su situación. Así pues, a juicio del órgano jurisdiccional remitente, la multa contemplada en la normativa española controvertida en el litigio principal no regulariza por sí misma al extranjero ni impide su ulterior expulsión.

30 El órgano jurisdiccional remitente añade que la situación del extranjero de que se trataba en el asunto que dio lugar a la sentencia de 23 de abril de 2015, Zaizoune (C-38/14, EUCCC2015:260), se caracterizaba por la concurrencia de una circunstancia agravante (condena previa a una pena de dos años y seis meses de prisión por tráfico de drogas), mientras que, en el presente asunto, no concurre ninguna agravante, pues UN carece de antecedentes penales, está documentada y entró en España legalmente. El órgano jurisdiccional remitente señala que, además, cabe la posibilidad de que UN regularice su situación en España gracias, en particular, a sus vínculos familiares."

Estando en tramitación este asunto 409/20, el Tribunal de Justicia dictó sentencia de 8 de octubre de 2020 en el asunto C-568/19, por lo que se acordó dar traslado al órgano jurisdiccional remitente instándole a que indicara si, a la luz de dicha sentencia, deseaba mantener su remisión prejudicial, y más concretamente la segunda cuestión prejudicial, dictándose auto por el mismo retirando la segunda cuestión prejudicial y manteniendo la primera.

En estas circunstancias y a efectos de resolver la cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia refleja la interpretación del derecho interno de la que parte el Juzgado remitente en los siguientes términos: "el órgano jurisdiccional remitente en el presente asunto indica que es cierto que dicha normativa nacional prohíbe imponer a un nacional de un tercer país que se encuentra en situación irregular en el territorio nacional una sanción de multa y una sanción de expulsión conjuntamente, pero que, no obstante, sí contempla la posibilidad de imponerle ambas sanciones sucesivamente. Así pues, según el órgano jurisdiccional remitente, la imposición de la multa tiene como consecuencia obligar al nacional de un tercer país de que se trate respecto del que no concurren circunstancias agravantes a abandonar el territorio español en el plazo fijado salvo que, antes de que transcurra ese plazo, su situación sea regularizada por una autoridad nacional; además, la imposición de esa multa va seguida, en caso de que no se regularice la situación de dicho nacional, de una resolución que ordena la expulsión forzosa de este."

Y en relación con dicha interpretación del órgano jurisdiccional remitente, el Tribunal de Justicia precisa:

"37 A este respecto, procede recordar que es jurisprudencia reiterada que no corresponde al Tribunal de Justicia, en el marco del sistema de cooperación judicial establecido por el artículo 267 TFUE, verificar o cuestionar la exactitud de la interpretación del Derecho nacional por el órgano jurisdiccional nacional, ya que tal interpretación es competencia exclusiva de este último. De este modo, cuando un órgano jurisdiccional nacional le plantea una cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia debe atenerse a la interpretación del Derecho nacional que le ha expuesto dicho órgano jurisdiccional (sentencias de 27 de octubre de 2009, CEZ, C-115/08. EU:C:2009:660, apartado 57, y de 16 de octubre de 2019, Glencore Agriculture Hungary, C-189/18, EU:C:2019:861, apartado 29).

38 Por consiguiente, procede responder a la cuestión prejudicial planteada partiendo de la premisa del órgano jurisdiccional remitente, a saber, que la normativa controvertida en el litigio principal permite, cuando no concurren circunstancias agravantes, sancionar la situación irregular de los nacionales de terceros países en el territorio nacional con una multa que lleva aparejada una obligación de retorno, y, sucesivamente, con una orden de expulsión."

Estas dos últimas precisiones del Tribunal de Justicia, en cuanto indican la interpretación del Derecho nacional de la que parte y que esa interpretación es de la exclusiva competencia del órgano jurisdiccional nacional, resultan determinantes a efectos de apreciar la incidencia que la sentencia puede tener en la resolución de este recurso y los de semejante contenido planteados ante este Tribunal, en cuanto se comparta o no la interpretación del derecho interno que se sostiene por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que planteó la cuestión prejudicial y, por lo tanto, deba ajustarse o no a dicha interpretación la actividad administrativa impugnada.

Pues bien, esta interpretación del ordenamiento jurídico que propugna una doble sanción, en forma sucesiva, de la estancia irregular, inicialmente de multa con obligación de retorno y seguidamente, caso de no regularización o salida voluntaria, la sanción de expulsión, viene siendo rechazada reiteradamente por este



Tribunal desde la indicada sentencia de 17 de marzo de 2021 (rec. 2870/20), en la que se razona ampliamente que la única sanción posible para la estancia irregular es la expulsión; que no es admisible interpretar el artículo 57.1º en el sentido de poder aplicar la pretendida opción de multa o expulsión al extranjero en situación irregular, porque, o procede su expulsión o la acción debe quedar al margen del ámbito sancionador, en el criterio que establece el mencionado precepto; y que nada opta a ese razonamiento que el artículo 28 de nuestra LOEX haga referencia a una tan inconcreta como ineficaz orden de salida obligatoria, que es contraria a la Directiva, en cuanto no fija su ejecución en tiempo razonable, ni se arbitran medios para dicha efectividad.

Más directamente, en la sentencia de 21 de febrero de 2022 (rec. 8384/2019) se examina el argumento de la Administración recurrida sobre la compatibilidad de nuestra legislación interna con la Directiva, que sostiene que siendo cierto que no cabe sustituir la sanción de expulsión por la de una simple multa, considera que sí cabe su sustitución por la sanción de multa acompañada de la obligación de salida del territorio nacional, en un determinado plazo en caso de que el interesado no obtenga dentro del mismo la oportuna autorización de residencia, lo que constituye una auténtica decisión de retorno y en caso de permanencia en el territorio nacional con incumplimiento de la obligación de salida del territorio nacional y sin haber obtenido la oportuna autorización de residencia dentro del plazo concedido para dicha salida, puede tramitarse un nuevo procedimiento sancionador para acordar la expulsión.

A dicho planteamiento se responde en la citada sentencia: "que el argumento que se hace por el Abogado del Estado no puede compartirse porque parte de un régimen jurídico que, si bien pudiera pensarse que es el idóneo y el acorde a la Directiva, no es el que resulta de nuestra normativa sectorial y ello por las siguientes razones:

Debe tenerse en cuenta que el párrafo tercero del precepto (se refiere al art. 28 LOEX) establece los supuestos en los que "la salida será obligatoria" para los extranjeros y contempla cuatro supuestos: a) La expulsión por sentencia penal; b) la expulsión por decisión administrativa; c) la denegación o falta de autorización para encontrarse en España; y d) permiso de trabajo con el compromiso de retorno voluntario.

Cabe concluir que las salidas obligatorias lo son, bien por orden de expulsión o, que es lo relevante a los efectos del debate, por estancia irregular. Podría pensarse, por tanto, acudiendo a la argumentación que se sostiene por el Abogado del Estado, que la estancia irregular comporta una orden de salida voluntaria. Para la defensa de la Administración, esa orden de salida equivale a la salida voluntaria de la orden de retorno del artículo 7 de la Directiva.

Ahora bien, nuestro Legislador no contiene en la LOEX regulación alguna de qué trámites haya de seguirse tras esa orden de salida voluntaria o, al menos, nada establece para cuando el extranjero no cumpla dicha orden. Bien es verdad que cabría pensar que ese incumplimiento se podría ejecutar por vía forzosa, lo cual es acorde al régimen de los actos administrativos. Pero se da la peculiaridad de que esa ejecución forzosa, en materia de **extranjería**, solo puede llevarse a efectos por la expulsión y esa expulsión, por la regulación que se contienen en la Ley Orgánica, solo puede llevarse a cabo por los trámites que se establecen en la propia Ley, es decir, conforme a los supuestos establecidos en el artículo 57 y por los procedimientos, ordinario o preferente, de los artículos 63, 63 bis y 64.

Pues bien, ninguno de dichos preceptos autoriza a la Administración española a expulsar a un extranjero por el mero hecho de haber desobedecido una orden de salida voluntaria. Para el Legislador nacional, la orden de salida voluntaria no tiene mayores efectos jurídicos, lo cual, a los efectos de la imperatividad de la normativa comunitaria, nuestro Derecho vulneraría la Directiva porque no se atienden a lo establecido en el artículo 8.1º.

Bien es verdad que si la LOEX no dispone nada al respecto, sí lo hace el Reglamento de la Ley. En efecto, el artículo 24.2º dispone que, habiéndose concedido un plazo de salida voluntaria, "[U]na vez transcurrido el plazo indicado sin que se haya efectuado la salida, se aplicará lo previsto en este Reglamento para los supuestos a que se refiere el artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero." Ningún problema habría para compatibilizar nuestro Derecho a la Directiva si, como parece quererse concluir del precepto reglamentario en la argumentación de la oposición al recurso, ese incumplimiento comporta ejecutar la orden de expulsión directamente, es decir, considerar que ya existe, sin procedimiento sancionador concreto, la concurrencia de la infracción de estancia irregular.

La acomodación de la norma nacional con la comunitaria estaría en que hay un plazo de salida voluntaria (orden voluntaria de salida del derecho de retorno) y la ulterior expulsión directa, caso de incumplimiento.

Pero aun aceptando esa opción, que no se acepta, resulta que esa orden directa de expulsión comporta un nuevo plazo de salida voluntaria, al menos en el procedimiento ordinario de expulsión, previsto en el artículo 246.2º del Reglamento, es decir, se habría incumplido la Directiva.



Pero es que ya se anticipó que no se comparte esa interpretación. La única interpretación que puede hacerse de ese artículo 24.2º desde el punto de vista sistemático y acorde a la jerarquía normativa, es que el incumplimiento de la orden de salida voluntaria comporta la comisión de una infracción del artículo 53.1º.a), que es acorde con la tipificación que en el mismo se hace. Otra interpretación, es decir, que el mero incumplimiento comporta, de plano, que el Reglamento le confiera directamente declarar la comisión de la infracción y pasar directamente a la ejecución con la expulsión, que es lo que comporta la alternativa antes expuesta, es simplemente una vulneración, no ya del régimen establecido en la LOEX, sino de los más elementales principios constitucionales del Derecho Administrativo sancionador y no se olvide que como sanción se contempla la expulsión porque aunque no se recoja en el cuadro de sanciones del artículo ... de la LOEX, como tal la califica el Legislador en el mismo artículo 57; sin perjuicio de que en si misma considerada no puede considerarse de otra forma.

Dando un paso más a la conclusión anterior, resulta la peculiar situación de que el incumplimiento de orden voluntaria de salida solo genera iniciar el procedimiento sancionador para determinar la concurrencia de la infracción y, en su caso, imponer la sanción. Es decir, nos encontramos con el régimen que se establece en el artículo 57.1º y con su especial régimen de poder optar por imponer la sanción de multa o la expulsión, opción que, en principio, es admisible."

Este criterio se viene manteniendo en las sentencias dictadas este mismo año en asuntos en los que se hacía valer el mismo argumento en la oposición al recurso, tales como las de 26 de enero de 2022 (rec.5003/2020) y 18 de febrero de 2022 (rec. 5883/2020).

Y es que el art. 28 de la LOEX, en el que se funda la interpretación sostenida en este proceso por la Administración recurrida y el planteamiento de la cuestión prejudicial por el Juzgado remitente, se incluye en el Capítulo I del Título II relativo a "la entrada y salida del territorio español", y se limita a regular la salida de España, distinguiendo entre los supuestos de salida libremente, que tiene carácter general, salvo las excepciones contempladas en la ley, y la salida obligatoria en los supuestos contemplados en el apartado 3, cuya letra c) se refiere a la "denegación administrativa de las solicitudes formuladas por el extranjero para continuar permaneciendo en territorio español, o falta de autorización para encontrarse en España", con lo que se viene a definir como supuesto de salida obligatoria, la denegación de la solicitud de autorización solicitada por el extranjero o simplemente la falta de autorización, pero en ningún momento se regula en dicho precepto procedimiento alguno, sancionador o no, dirigido a hacer efectiva esa obligación y menos se sujeta a la imposición de una sanción de multa.

El procedimiento en el que se deniega la solicitud de prórroga de estancia, la autorización de residencia o cualquier otro documento necesario para la permanencia del extranjero en territorio español, como expresamente establece el art. 24 del Reglamento aprobado por Real Decreto 557/2011, se limita a efectuar la advertencia de la obligatoriedad de salida del país y es a tales efectos que se establece un plazo a contar desde la notificación de la resolución denegatoria, y solo tras el transcurso del plazo y constatado el incumplimiento de la obligación de salida, lo cual con frecuencia se demora considerablemente más allá del mismo, se abre un procedimiento dirigido a hacer efectiva la obligación declarada, procedimiento de carácter sancionador en cuanto en nuestro Derecho la estancia irregular se califica como infracción grave en el art. 53.1.a) de la LOEX, al que se remite el citado art. 24 del RD 557/2011.

Cabe recordar en este sentido la doctrina reiterada del Tribunal de Justicia, reflejada también en la sentencia que examinamos, en el sentido de que la Directiva no tiene por objeto armonizar totalmente las normas de los Estados miembros en materia de residencia de extranjeros, por lo que no se opone a la calificación (como delito o como infracción administrativa) de la estancia irregular establecida por un Estado miembro.

Que ello es así se constata en la totalidad de las resoluciones administrativas, objeto de revisión jurisdiccional, por las que se sanciona la estancia irregular en España, en las que se hace constar la iniciación e instrucción del procedimiento sancionador al que responde la resolución sancionadora adoptada. En ningún caso se ha planteado el enjuiciamiento de la sanción de multa que se haya impuesto en relación con la resolución administrativa por la que se deniega la solicitud de prórroga de estancia, la autorización de residencia o cualquier otro documento necesario para la permanencia del extranjero en territorio español.

La normativa examinada y aplicable no regula, para una misma situación de estancia irregular, un doble procedimiento sancionador y una doble sanción, inicial de multa y posterior de expulsión, lo que por otra parte pondría en cuestión sustanciales principios en materia de derecho sancionador.

Efectivamente, en nuestro Derecho, la situación de estancia irregular se califica en el Título III de la Ley, relativo a las infracciones en materia de **extranjería** y su régimen sancionador, como infracción grave en el art. 53.1.a), regulándose el procedimiento para su sanción, bien sea ordinario o preferente, pero en todo caso único, como única es la sanción que puede imponerse de acuerdo con lo dispuesto en el art. 57 de la Ley.



Este carácter único de la sanción en el mismo procedimiento no ha sido objeto de controversia a lo largo de la evolución que se ha producido en la interpretación de las normas, que se refleja ampliamente en la citada sentencia de 17 de marzo de 2021, precisamente porque desde el primer momento existe el mandato normativo expreso del art. 57 en el sentido de que en ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa, y si bien el término "conjuntamente" pudiera hacer pensar en la posibilidad de una imposición sucesiva de ambas sanciones, ello ha de entenderse desde la consideración que, admitida por el precepto la opción de que la estancia irregular pueda ser sancionada con multa, cabe la posibilidad de que, siempre en un posterior expediente sancionador abierto con ocasión de una nueva situación de estancia irregular, ya no se imponga dicha sanción de multa sino la de expulsión, posibilidad que desaparece cuando, como resulta de la doctrina del Tribunal de Justicia que se acoge en nuestra jurisprudencia, abierto un procedimiento sancionador por estancia irregular no cabe la opción de la sanción de multa o expulsión sino que en todo caso ha de acordarse la expulsión, cuando se den las circunstancias exigidas al efecto.

A ello se refiere en sus amplios razonamientos la sentencia de 17 de marzo de 2021, que en aplicación de la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia en sus sentencias de 23 de abril de 2015 (asunto C-38/14) y 8 de octubre de 2020 (asunto C-568/19) señala como sanción única procedente la de expulsión, siempre que se aprecien las circunstancias agravantes que pongan de manifiesto y justifiquen la proporcionalidad de la medida adoptada. Y es a la ejecución de la resolución sancionadora recaída en el procedimiento correspondiente, a la que se refieren los plazos de cumplimiento voluntario, en el caso del procedimiento ordinario y las posibilidades de su prórroga por las causas previstas en el art. 246 del Reglamento de Extranjería aprobado por Real Decreto 557/2011 de 20 de abril, de la misma manera que es a dicha resolución a la que se refieren los supuestos de suspensión o inejecución de la expulsión previstos en la Ley y el Reglamento.

Siendo esta la interpretación del Derecho nacional que se sostiene reiteradamente por este Tribunal, que no es la que se sostiene por el Abogado del Estado en este recurso y por el Juzgado remitente de la cuestión prejudicial resuelta en la sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2022, ha de efectuarse el enjuiciamiento de este recurso atendiendo al régimen jurídico al que ha de sujetarse la resolución administrativa de expulsión adoptada en el único procedimiento abierto al respecto y en aplicación de la doctrina que reiteradamente se viene estableciendo desde las sentencias de 17 de marzo de 2021 y 27 de mayo de 2021.

QUINTO.- No ha lugar a la imposición de las costas de este recurso al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes, de manera que, como determina el art. 93.4 de la Ley jurisdiccional, cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecidas en el fundamento jurídico segundo:

Estimar el recurso de casación n.º 3529/2021, interpuesto por la representación procesal de D. Marcial contra la sentencia de 18 de marzo de 2021, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, desestimando el recurso de apelación 841/2020, que casamos; en su lugar estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el recurrente contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid de 25 de mayo de 2019, que se anula por ser contraria al ordenamiento jurídico; con determinación sobre costas en los términos establecidos en el último fundamento de derecho.

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

Así se acuerda y firma.