



Roj: **STS 2631/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2631**

Id Cendoj: **28079130052022100118**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **22/06/2022**

Nº de Recurso: **3598/2021**

Nº de Resolución: **834/2022**

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

Ponente: **ANGEL RAMON AROZAMENA LASO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 434/2021,**
ATS 41/2022,
STS 2631/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 834/2022

Fecha de sentencia: 22/06/2022

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 3598/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/06/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Ramón Arozamena Laso

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA CON/AD SEC.2

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Sinfiriano Rodríguez Herrero

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 3598/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Ramón Arozamena Laso

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Sinfiriano Rodríguez Herrero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 834/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Octavio Juan Herrero Pina, presidente

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy



D.^a Inés Huerta Garicano

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

D. Fernando Román García

En Madrid, a 22 de junio de 2022.

Esta Sala ha visto el presente recurso de casación núm. 3598/2021, interpuesto por D. Rodolfo, representado por la procuradora de los Tribunales D.^a María Belén Casino González, bajo la dirección letrada de D. Francisco Blanco Sancha, contra la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 11 de enero de 2021, estimatoria del recurso de apelación núm. 342/2019, a instancia de la Abogacía del Estado, contra sentencia de 10 de abril de 2019 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 3 de Barcelona, dictada en el procedimiento abreviado núm. 29/2019, contra la resolución de 8 de junio de 2018, confirmada en reposición por otra de 10 de noviembre siguiente, del Subdelegado del Gobierno en Barcelona, que acordó la **expulsión** del recurrente del territorio nacional con prohibición de entrada por un periodo de un año.

Ha sido parte recurrida el Abogado del Estado, en la representación legal y asistencia letrada que legalmente ostenta de la Administración General del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Ramón Arozamena Laso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso de apelación núm. 342/2019 seguido en la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, con fecha 11 de enero de 2021, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"1º.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por la Abogacía del Estado contra la Sentencia de fecha 10 de abril de 2019 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Barcelona que se revoca.

2º.- Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por D. Rodolfo contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Barcelona de fecha 8 de junio de 2018, por ser ajustada a Derecho.

3º.- Con expresa imposición en costas al apelado, hasta el límite máximo, por todos los conceptos, de 300 euros."

SEGUNDO.- La representación procesal de D. Rodolfo, presentó con fecha 24 de febrero de 2021 escrito de preparación del recurso de casación. Habiendo dictado el Tribunal de instancia auto de 22 de abril de 2021, teniendo por debidamente preparado el recurso de casación, con emplazamiento a las partes para su comparecencia ante este Tribunal Supremo.

TERCERO.- D. Rodolfo, parte recurrente, con la indicada representación procesal, se ha personado ante este Tribunal Supremo en tiempo y forma; asimismo el Abogado del Estado, en la representación que le es propia y por ley ostenta, ha comparecido y personado ante este Tribunal Supremo en calidad de parte recurrida, formulando en su escrito de personación su oposición a la admisión del recurso de casación de acuerdo con la posibilidad prevista en el artículo 89.6 LJCA.

CUARTO.- La Sección Primera de la Sala Tercera -Sección de admisión- de acuerdo al artículo 90.2 LJCA acordó, por auto de fecha 13 de enero de 2022:

" 1º) Admitir el recurso de casación nº 3598/21 preparado por la representación procesal de D. Rodolfo, contra la sentencia -nº 21/21, de 11 de enero de 2021-, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Segunda).

2º) Precisar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si, 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 si, por el contrario, la sanción principal para dichas conductas es la multa, siempre que no concurren circunstancias agravantes añadidas a su situación **irregular**.

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, será 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 (art. 90.4 LJCA).".

QUINTO.- Admitido el presente recurso de casación y remitidas las actuaciones a la Sección Quinta de esta Sala, por diligencia de ordenación de fecha 18 de enero de 2022 se comunicó a la parte recurrente la apertura del plazo de treinta días para presentar su escrito de interposición del recurso de casación, trámite que evacuó mediante su escrito presentado en fecha 24 de febrero de 2022 en el que, tras exponer los razonamientos que consideró oportunos, precisó el sentido de sus pretensiones y recoge los pronunciamientos que solicita de la siguiente forma:

"Son 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 Habiéndose dictado recientemente por esta Sala, las sentencias de 17 de marzo y 27 de mayo de 2021 (RCAS 2870/20 y 1739/20), de interpretación favorable a la tesis mantenida por esta parte, es por lo que nos remitimos a lo expuesto en las mismas, siendo coincidente nuestra pretensión casacional con la que fue resuelta en ellas."

Y termina suplicando a la Sala que tenga por interpuesto recurso de casación en tiempo y forma.

SEXTO.- Por diligencia de ordenación de fecha 25 de febrero de 2022, se concedió el plazo de treinta días a la representación procesal de la parte recurrida, dándole traslado del escrito de interposición del recurso de casación, para que pudiera oponerse al recurso, trámite que evacuó mediante su escrito de oposición al recurso presentado en fecha 31 de marzo de 2022, formulando los argumentos de contrario que consideró convenientes a su derecho, ejercitando las siguientes pretensiones:

"Conforme a lo dispuesto en los artículos 87 bis 2) y 93.1 de la LJCA se solicita de esa Sala:

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

2º) Y resuelva la cuestión de interés casacional en los siguientes términos:

"Conforme la interpretación dada por las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de octubre de 2020 -asunto C-568/19-y de 3 de marzo de 2022, asunto C-409/20, 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 las conductas tipificadas como graves en el art. 53.1.a) Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y en los que concurren circunstancias agravantes añadidas a su situación **irregular**.

Cuando en el extranjero no concurren circunstancias agravantes adicionales a su situación **irregular**, la sanción preferente a imponer será la de multa con la concesión del plazo legal para salida obligatoria voluntaria del territorio nacional o, en su defecto, forzosa".

Y termina suplicando a la Sala "...tenga por formulado escrito de oposición de este recurso de casación y, en su día, dicte sentencia desestimatoria del mismo en alguno de los términos expuestos."

SÉPTIMO.- Terminada la sustanciación del recurso, se acordó por providencia de 22 de abril de 2022 que no había lugar a la celebración de vista pública, al considerarla innecesaria atendiendo a la índole del asunto, y llegado su turno, se señaló para deliberación, votación y fallo el siguiente día 21 de junio de 2022, fecha en la que tuvo lugar el acto .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida.

El recurrente impugna la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 11 de enero de 2021, por la que, con estimación del recurso de apelación núm. 342/2019 interpuesto por la Abogacía del Estado y revocación de la sentencia -núm. 90/2019, de 10 de abril- del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Barcelona, desestimaba el procedimiento abreviado núm. 29/2019, frente a la resolución de 8 de junio de 2018, confirmada en reposición por otra de 10 de noviembre siguiente, del Subdelegado del Gobierno en Barcelona, que acordó la **expulsión** de la recurrente del territorio nacional con prohibición de entrada por un periodo de un año, como responsable de la infracción prevista 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 (LOEx), esto es, por "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."



La sentencia recurrida argumenta que:

"De la documentación que obra en el expediente administrativo, cabe observar que el Instructor del mismo recabó los datos e informaciones relevantes para determinar la existencia de responsabilidades susceptibles de sanción, consultando la Base de Datos de Extranjeros de la Dirección General de la Policía, sin que constara que el extranjero hubiera realizado trámite alguno tendente a legalizar su situación en España.

Acredita estar empadronado y tener pasaporte, pero debe tenerse en cuenta que estar empadronado no es per sí solo circunstancia acreditativa de arraigo, de acuerdo con el artículo 18.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local que establece: *"La inscripción de los extranjeros en el padrón municipal no constituirá prueba de su residencia legal en España ni les atribuirá ningún derecho que no les confiera la legislación vigente, especialmente en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España"*.

Tampoco el hecho de tener pasaporte constituyen razón suficiente para que no se le impute la infracción del art 53.1 -a) LOEX.

Y ello por cuanto la mera residencia en este país no es un dato que acredite por si solo el arraigo de carácter social, de acuerdo con les SSTSJ, sección 3ª de 20-6-2008 y 30-9-2008:

"De la documentación aportada cabe deducir la entrada en territorio nacional del apelante en el año 2003, pero de la sola estancia no puede extraerse el arraigo familiar, económico o social".

Así las cosas, es evidente que en el caso de autos resulta indiscutida la comisión de la infracción grave tipificada en el art. 53.1 a) de la LOEX dada la ausencia de documentación que ampare la estancia legal del apelante en el país. (...)

En este punto, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 57 y 58 de la LOEX, no puede dejarse de significar por su trascendencia el pronunciamiento del TJUE contenido en la sentencia de fecha 23/4/2015 conforme al cual un extranjero no ciudadano de la UE en situación de irregularidad ha de ser expulsado.

No obstante ello, las autoridades nacionales han de tener en cuenta las excepciones previstas en el art. 5 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre que justificarían la no devolución (interés superior del niño, vida familiar y estado de salud del nacional del tercer país). Ninguno de estos tres supuestos concurre en el presente caso por cuanto, no consta que tenga toda su familia en España (solo se aporta un certificado de empadronamiento colectivo, no consta ni libro de familia ni ningún otro documento), tampoco consta que sea huérfano, y del informe médico obrante en el expediente se desprende que tiene albinismo que puede dar lugar a una hipermetropía acusada pero no se acredita que padezca el síndrome de Asperger ya que el informe solo expresa que el paciente le indica que lo padece pero dice expresamente "no dispongo de informes al respecto". Por lo que no se ha acreditado que se trate de alguna de las excepciones del art 5 antes citado."

En consecuencia, la sentencia declara la procedencia de la sanción de expulsión, y revoca la sentencia apelada, con la estimación del recurso interpuesto pues ni el principio de proporcionalidad ni el arraigo alegado permitirían optar por otra medida que no fuera la expulsión del territorio nacional.

SEGUNDO.- La preparación y admisión del recurso de casación. La cuestión que reviste interés casacional.

A) La representación procesal de D. Rodolfo , preparó recurso de casación en escrito en el que, tras acreditar el cumplimiento de los requisitos relativos al plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución recurrida, considera infringidos 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, la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008 y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de octubre de 2020 -asunto C-568/19-.

B) Como se dijo en el auto de admisión la cuestión sobre la que se entiende existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si, 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 artículo 53.1.a) Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, o si, por el contrario, la sanción principal para dichas conductas es la multa, siempre que no concurren circunstancias agravantes añadidas a su situación irregular.

Las normas que, en principio, serán objeto de interpretación son 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.



C) Reseña también el auto de admisión que, sobre cuestión análoga, se ha pronunciado recientemente esta Sala, en sentencias de 17 de marzo y 27 de mayo de 2021 (RRCA 2870/2020 y 1739/2020), en un sentido que podría resultar favorable a la parte aquí recurrente, es por ello que esta Sala y Sección estima pertinente informar a la parte que, de cara a la tramitación ulterior del recurso, considerará suficiente que en el escrito de interposición manifieste si su pretensión casacional coincide, en efecto, con la que fue resuelta en las sentencias referidas, o, por el contrario, presenta alguna peculiaridad.

TERCERO.- Precedentes de la Sala.

Como ya se advertía en el auto de admisión la cuestión planteada ya ha sido resuelta por esta Sala en distintas sentencias (por todas, SSTS 366/2021, de 17 de marzo (RCA 2870/2020), 750/2021, de 27 de mayo (RCA 1739/2020), 423/2022, de 6 de abril (RCA 3529/2021) y 546/2022, de 9 de mayo (RCA 2968/2021) -las dos primeras expresamente invocadas en aquel auto-, por lo que el recurrente se limita a remitirse a las mismas y la Abogacía del Estado reitera en lo sustancial los motivos de oposición expuestos en los recursos mencionados, además de invocar ahora la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de marzo de 2022 - asunto C-409/20- ya mencionaba en su oposición en los últimos recursos y se examinan en las dos últimas sentencias que se acaban de citar.

Así nos limitaremos a reiterar lo que ya ha dicho esta Sala. En particular en la reseñada STS 423/2022, de 6 de abril (RCA 3529/2021).

CUARTO.- Planteamiento de la cuestión que tiene interés casacional.

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 artículo 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**.

Pues bien, dicha cuestión ha sido objeto de examen y determinación ampliamente en **sentencia de 17 de marzo de 2021 (RCA 2870/2020)** y reproducida de manera sintética en la **sentencia de 27 de mayo de 2021 (RCA 1739/2020)**, que se citan por las partes, y en el propio auto de admisión, 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]n 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 concurran 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**.">>.

A continuación la **STS 423/2022, de 6 de abril (RCA 3529/2021)** ajustándose a los precedentes invocados (así, **STS 750/2021, de 27 de mayo -RCA 1739/2020 -**) razonaba:

<<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.">>

QUINTO.- Aplicación de la anterior doctrina al presente caso.

La doctrina que se acaba de recoger es la misma que debemos aplicar para responder 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 artículos 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. 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 (lo que en este caso si hizo la sentencia de primera instancia, por las razones que allí se expresan, luego revocada en apelación).

No es obstáculo para ello la alegación de hasta cinco datos negativos que se relacionan por el Abogado del Estado, ninguno de los cuales se refleja a los efectos pertinentes en la sentencia impugnada y menos aun como fundamento de la decisión de **expulsión** adoptada.

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 11 de enero de 2021, casando la misma y, con estimación, por los motivos aquí expresados, del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Barcelona de 8 de junio de 2018, confirmada por otra de 10 de noviembre de 2018, declarar la nulidad de esta resolución por ser contraria al ordenamiento jurídico.

SEXTO.- Sobre la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de marzo de 2022 -asunto C-409/20 -.

Como se recoge en la **STS 423/2022, de 6 de abril (RCA 3529/2021)** :

<<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:C2015:260), 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.

Mas 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 inexecución 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.>>.

Y a dicha doctrina nos sujetamos.

SÉPTIMO.- Sobre las costas.

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 artículo 93.4 de la Ley jurisdiccional, cada parte abonara 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 cuarto:

Estimar el recurso de casación núm. 3598/2021, interpuesto por la representación procesal de D. Rodolfo contra la sentencia de 11 de enero de 2021 dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, estimatoria del recurso de apelación núm. 342/2019, a instancia de la Abogacía del Estado, que casamos; en su lugar estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Barcelona de 8 de junio de 2018 -confirmada en reposición por otra de 10 de noviembre siguiente- 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.