

R. CASACION núm.: 2958/2017

Ponente: Excmo. Sra. D.^a Inés Huerta Garicano

Letrada de la Administración de Justicia: Secretaría Sección 101

**TRIBUNAL SUPREMO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: PRIMERA**

A U T O

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.
D. Manuel Vicente Garzón Herrero
D. Segundo Menéndez Pérez
D.^a Celsa Pico Lorenzo
D. Emilio Frías Ponce
D. Diego Córdoba Castroverde
D. José Juan Suay Rincón
D.^a Inés Huerta Garicano

En Madrid, a 13 de octubre de 2017.

HECHOS

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Segunda) dictó sentencia –nº 286/17, de 17 de abril-, que confirmó en apelación (1177/16) la sentencia –nº 286/16, de 20 de octubre- dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 32 de Madrid (P.A. 238/16), desestimatoria del P.A. 238/16, deducido frente a

la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Madrid, de 4 de abril de 2016, que –en aplicación del art. 53.1.a) L.O. 4/00- acordó la expulsión, por estancia irregular en España, de Dña. [redacted], con prohibición de entrada por un periodo de dos años.

SEGUNDO.- La sentencia del Juzgado, siguiendo la doctrina contenida en la sentencia nº 613/2016, de 18 de julio (apelación 371/2016), del Tribunal Superior de Justicia de Madrid -que transcribe- considera procedente la expulsión, en aplicación de la STJUE de 28 de abril de 2015, que interpreta la Directiva 2008/115 CE, en relación con el art. 57.1 LO 4/2000.

La sentencia de la Sala de Madrid confirma la dictada por el Juzgado al entender que la sentencia del TJUE ha sido correctamente aplicada, y que se ha respetado el principio de proporcionalidad por no acreditarse la concurrencia de ninguno de los supuestos de excepción previstos en los apartados 2 y 5 del artículo 6 de la Directiva de retorno.

TERCERO.- La representación procesal de Dña. [redacted]

presentó escrito de preparación de recurso de casación, en el cual, tras justificar el cumplimiento de los requisitos relativos al plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución, identificó, entre otras, como normas que consideraba infringidas el art. 53.1.a) LO 4/2000, que tipifica como falta grave encontrarse irregularmente en territorio español, los arts. 55.1.b) y 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que sanciona dicha infracción con multa y que obliga al órgano sancionador a ajustarse al principio de proporcionalidad.

Justifica, en su escrito, que las infracciones han sido relevantes y determinantes de la decisión adoptada en la sentencia de apelación, y, en razón de todo ello, invoca, como supuestos de interés casacional objetivo, los previstos en los apartados a), c) y f) del artículo 88.2. y el apartado a) del artículo 88.3 de la Ley Jurisdiccional.

En relación con el supuesto previsto en el apartado a) del art. 88.2 LJCA, considera que la sentencia recurrida se aparta del criterio seguido en las sentencias del T.S.J. del País Vasco (Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo) nº 376/15, de 21 de julio, y, nº 293/16, de 15 de junio.

Respecto del apartado c), porque la cuestión objeto del recurso afecta a un gran número de situaciones que trascienden del caso objeto del presente recurso (todas aquellas personas extranjeras que se encuentran en situación irregular en territorio español), incardinable en el artículo 53.1.) de la Ley Orgánica 4/2000).

En cuanto al apartado f) del citado art. 88.2, entiende que la sentencia efectúa una aplicación e interpretación del Derecho de la Unión Europea en contradicción con la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en concreto, de su sentencia de 23 de abril de 2015, dictada en el asunto C-38/14.

Por último, invoca el art. 88.3.a) por no existir jurisprudencia en relación con la aplicación de la STJUE de 23 de abril de 2015.

CUARTO.- La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid tuvo por preparado el recurso, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el plazo de treinta días, con remisión de los autos originales y del expediente administrativo.

QUINTO.- En escrito presentado el 22 de junio de 2017, se personó, en calidad de parte recurrida, el Sr. Abogado del Estado. Asimismo, se personó en tiempo y forma, la representación de la recurrente, pasando los autos a la Excm. Sra. Magistrada ponente, Excm. Sra. Dña. Inés Huerta Garicano.

Es Magistrado Ponente la Excm. Sra. D.^a Inés Huerta Garicano, Magistrada de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El escrito de preparación ha sido presentado en plazo (artículo 89.1 de la LJCA), contra sentencia susceptible de casación (artículo 86 LJCA, apartados 1 y 2) y por quien está legitimada, al haber sido parte en el proceso de instancia (artículo 89.1 LJCA), habiéndose justificado tales extremos y los demás requisitos exigidos en el artículo 89 LJCA, invocando los supuestos de interés casacional previstos en los apartados a), c) y f) del artículo 88.2, y, apartado a) del artículo 88.3.

SEGUNDO.- Dicho cuanto antecede, esta Sección de Admisión aprecia interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los términos alegados por la recurrente: la cuestión planteada trasciende del caso ya que, de forma notoria, incide en un número considerable de situaciones, al poder afectar a todos los extranjeros que se encuentren en situación irregular en el territorio español. Además, esta Sala venía manteniendo –por todas STS de 28 de noviembre de 2008, dictada en el recurso de casación n.º 9581/2003- que, en el sistema de la Ley Orgánica 4/2000, la sanción principal en casos de estancia irregular era la de multa, mientras que la sanción de expulsión es secundaria y requiere una motivación específica, distinta o complementaria de la mera permanencia ilegal, lo que evidencia la conveniencia de un pronunciamiento de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo acerca de en qué medida la normativa de derecho interno sobre la que ha versado el debate –en particular, el artículo 57.1 en relación con los artículos 53.1.a) y 55.1.b) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social- y la jurisprudencia que sobre tales normas se había establecido, debe entenderse modulada por la regulación sobre retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular contenida en el Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, a la vista del fallo de la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) dictada el 23 de abril de 2015 en el asunto C-38/14.

español es la única sanción que cabe imponer a los extranjeros cuando hayan incurrido en las conductas tipificadas como graves en el apartado a) del artículo 53.1 de la Ley Orgánica 4/2002, o sí, por el contrario, la sanción preferente para dichas conductas es la multa, siempre que no concurren circunstancias agravantes adicionales que justifiquen la sustitución de la multa por la expulsión del territorio nacional.

3º) Identificar como norma jurídica que, en principio, debe ser objeto de interpretación: artículo 57.1 en relación con los artículos 53.1.a) y 55.1.b) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

4º) Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

5º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

6º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección Quinta de esta Sala Tercera, a la que corresponde el enjuiciamiento del recurso con arreglo a las vigentes normas de reparto.

Así lo acuerdan y firman.

D. Manuel Vicente Garzón Herrero

D. Segundo Menéndez Pérez

Dª. Celsa Pico Lorenzo

D. Emilio Frías Ponce

D. Diego Córdoba Castroverde

D. José Suay Rincón

Dª. Inés Huerta Garicano