



R. CASACION núm.: 2958/2017

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera

Bajo

Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Quinta
Sentencia núm. 980/2018

Excmos. Sres.

D. José Manuel Sieira Míguez, presidente

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Juan Carlos Trillo Alonso

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. José Juan Suay Rincón

D. César Tolosa Tribiño

En Madrid, a 12 de junio de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 2958/2017, interpuesto por D. _____ representada por la procuradora D.ª Pilar Gema Pinto Campos y defendida por el letrado D. David Redondo Artiles, contra la sentencia de 17 de abril de 2017, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de apelación 1177/16, que confirma la sentencia de 20 de octubre de 2016, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 32 de Madrid en el PA 238/16, que tiene por objeto la resolución de la Delegación del Gobierno de Madrid de 4 de abril de 2016 por la que se acuerda la expulsión de la recurrente por estancia irregular en España, con prohibición de entrada por un periodo de dos años. Ha sido parte recurrida 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.- La sentencia de 17 de abril de 2017, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de apelación 1177/16, desestima el recurso de apelación formulado contra la sentencia de 20 de octubre de 2016 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 32 de Madrid en el procedimiento abreviado n.º 238/2016, la cual, siguiendo la doctrina establecida por el propio TSJ de Madrid en sentencia de 18 de julio de 2016 (apl. 371/16), que a su vez aplica lo dispuesto en la STJUE de 28 de abril de 2015, que interpreta la Directiva 2008/115 CE, considera procedente la expulsión acordada por resolución de la Delegación del Gobierno de Madrid de 4 de abril de 2016.

SEGUNDO.- Una vez notificada la sentencia, por la representación procesal de D.ª **E** 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 7/1015, que se tuvo por preparado por auto de 2 de junio de 2017, ordenando el emplazamiento de las partes ante esta Sala de Tribunal Supremo, con remisión de los autos y de expediente administrativo.

En dicho escrito se invocaba la concurrencia de los supuestos de casación previstos en el art. 8.2.a), c) y f) y 88.3.a) de la Ley jurisdiccional.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes, por la Sección Primera de esta Sala se dictó auto de 13 de octubre de 2017 admitiendo el recurso de casación preparado, al apreciar interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los términos alegados por la recurrente, y

Miguel Ángel S

declarando que la cuestión planteada en el recurso, que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, consiste en: «determinar si la expulsión del territorio 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 4/2000, o si, 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». Se identifican en dicho auto como normas que, en principio, deben ser objeto de interpretación: el art. 57.1 en relación con los arts. 53.1.a) y 55.1.b) de la Ley Orgánica 4/2000, de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

CUARTO.- Abierto el trámite de interposición del recurso, se presentó el correspondiente escrito, con exposición razonada de las infracciones que denuncia y precisando el sentido de las pretensiones que deduce y los pronunciamientos que solicita, terminando con la petición de anulación de la sentencia recurrida y que se dicte otra anulando la resolución de la Delegación del Gobierno de Madrid de 4 de abril de 2016, por la que se acordó la expulsión de la recurrente del territorio nacional con un periodo de prohibición de entrada de 2 años, como responsable de la infracción prevista en el art. 53.1.a) de la LO 4/2000, subsidiariamente, que se acuerde la sustitución de la sanción de expulsión con la de multa en su cuantía mínima.

QUINTO.- Dado traslado para oposición a la parte recurrida, el Abogado del Estado presentó escrito, argumentando en contra del planteamiento del recurso y solicitando su desestimación.

SEXTO.- Por providencia de 21 de marzo de 2018, no considerándose necesaria la celebración de vista, se señaló para votación y fallo el día 5 de junio de 2018, fecha en la tuvo lugar.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida refiere sintéticamente el planteamiento del recurso de apelación indicando que la parte alega que se han infringido los artículos 53.1 a) y 55.1 b) de la LO 4/2000, en relación con los artículos 24.1 y 2 del Real Decreto 557/2011; artículos 6.1 y 8.1 de la Directiva 2008/115/CE y artículos 24 y 25 de la Constitución y es contraria a las sentencias del TJUE de 23 de abril de 2015 y 6 de diciembre de 2012, entendiéndose que la resolución infringe los principios de proporcionalidad y motivación dado que no concurren datos negativos en la conducta del recurrente que impidan la imposición de multa en lugar de la expulsión, añadiendo que se infringen los artículos 24 y 25 de la Constitución dado que la resolución, que nace de un procedimiento sancionador, no hace mención de la STJUE de la que se vale la Sentencia para desestimar el recurso por lo que está modificando la motivación del acto que revisa.

En respuesta a ese planteamiento la Sala de instancia comienza rechazando la alegación sobre la motivación de la resolución administrativa impugnada, señalando que está debidamente motivada y que también lo está la sentencia recurrida en apelación, añadiendo que: «existe una vinculación de los Tribunales españoles a la doctrina del TJUE en orden a las funciones que al Tribunal Europeo otorga la normativa de la Unión (art. 19 del Tratado de la Unión Europea) y la obligación de los Tribunales nacionales de aplicar preferentemente el Derecho europeo (sentencia del Tribunal Constitucional 78/2010, de 20 de octubre, y sentencias del Tribunal de Justicia a partir de la de 9 de marzo de 1978 que instaura la denominada doctrina Simmenthal, después reiterada, entre otras en la sentencia de 22 de junio de 2010, asuntos acumulados C 188/10 y C 189/10) por lo que el Juzgador de instancia no está supliendo la motivación de la resolución administrativa sino aplicando la norma en su verdadero sentido.»

Miguel Ángel de



En cuanto a la cuestión sustancial suscitada desde la primera instancia y que se ha de resolver en este recurso se resuelve y plantea en estos términos:

«En los supuestos de estancia irregular del art. 53.1.a) de la L.O. 4/2000, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en sentencias 22 de diciembre de 2005, 27 de enero de 2006 y 21 de abril de 2006, había entendido que cuando "la causa de expulsión es pura y simplemente la permanencia ilegal, sin otros hechos negativos, es claro que la Administración habrá de motivar de forma expresa por qué acude a la sanción de expulsión, ya que la permanencia ilegal, en principio, como veíamos, se sanciona con multa", pues en el sistema de la Ley la sanción principal es la de multa y la sanción más grave y secundaria de expulsión, "requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal (S 27-1-2006).

La aplicación de esta jurisprudencia debemos matizarla a la vista de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015, asunto C- 38/2011, que resuelve una cuestión prejudicial planteada y relativa a la interpretación de 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 de estancia irregular. Esta matización ya ha sido realizada por esta misma Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sección 3ª, en sentencia (entre otras), de 8/2/2016 (recurso de apelación 585/2015), aplicando la Directiva conforme a la primacía del Derecho de la Unión sobre el interno, tal y como se proclamó por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 9 de marzo de 1978 (asunto C-106/77, Simmenthal).

Y en la misma línea argumental debemos pronunciarnos en la presente sentencia.

El artículo 6 de la citada Directiva (Directiva retorno), regula la llamada "decisión de retorno", señalando:

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

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

salida inmediata por motivos de orden público o de seguridad nacional, se aplicará el apartado 1.

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

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

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

6. La presente Directiva no impedirá a los Estados miembros adoptar una decisión sobre la finalización de la situación regular, unida a una decisión de retorno y/o de expulsión y/o a una prohibición de entrada, en una única decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial, si así lo dispone su legislación nacional, sin perjuicio de las garantías procedimentales previstas en el Capítulo III y otras disposiciones pertinentes del Derecho comunitario y nacional.

Por su parte, la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015, asunto C-38/2011, afirma 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, 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".

De ello se desprende que según la interpretación del Tribunal de Justicia, la Directiva 2008/115/CE impone a los Estados miembros, ante la constatación de la situación de estancia irregular de un nacional de un tercer estado, la adopción de una decisión de retorno y que, en caso de no respetarse la obligación de retorno en el plazo concedido, o aun cuando no se haya señalado plazo, se adopten de las medidas necesarias para llevar a efecto el retorno, sin que tales consecuencias puedan ser sustituidas por una sanción de multa excluyente de la decisión de retorno y sin perjuicio de aplicar las excepciones que el propio artículo 6 de la Directiva contempla en sus apartados 2 a 5.

Por tanto, al interpretar la ley nacional debemos estar a lo señalado por la Directiva y lo resuelto por la sentencia del citado TJUE, por lo que el artículo 57.1 de la L.O. 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social cuando dice que podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio nacional, debe interpretarse en el sentido de que lo procedente es decretar la expulsión del extranjero cuando concurra un supuesto de estancia irregular, salvo que concurra alguno de los supuestos de excepción previstos en los apartados 2 a 5 del artículo 6 de la Directiva retorno.

No obstante lo anterior, también debemos tener en cuenta lo que establece el artículo 5 de la Directiva. En efecto dicho artículo al regular la "no devolución, interés superior del niño vida familiar y estado de salud", dispone que:

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

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

En consecuencia, conforme al artículo 5 de la Directiva retorno, al adoptar la decisión de retorno deben tenerse también en cuenta esas circunstancias. Ello implica que no sólo los supuestos de los apartados 2 a 5 del artículo 6 de la Directiva permiten no adoptar una decisión de retorno (la expulsión en nuestro ordenamiento), sino que debemos tener "debidamente en cuenta" el interés superior del niño, la vida familiar (el arraigo familiar en

nuestro ordenamiento), y el estado de salud del extranjero, para ponderar si aplicando el principio de proporcionalidad es procedente la expulsión o la sanción de multa, la cual está prevista en nuestra Ley.


Pues bien, en el presente caso debemos señalar que no se ha acreditado la concurrencia de alguna de las circunstancias de excepción previstas en los apartados 2 a 5 del artículo 6 de la Directiva, ni tampoco las del artículo 5 pues la recurrente no acredita la concurrencia de alguna circunstancia que tenga encaje en las excepciones previstas en los artículos 5 y 6 de la Directiva, ni siquiera se elude a la concurrencia de alguna de las circunstancias que permitan excepcionar la procedencia de decretar la expulsión, conforme a la Directiva ante citada.

Por último, debemos añadir que la posibilidad de que el retorno se efectúe de forma voluntaria, como indica el apelante, antes de proceder a la expulsión como forma obligatoria de ejecutar la decisión de retorno, no puede prosperar, habida cuenta haberse tramitado el presente expediente sancionador por el procedimiento preferente del art. 63.1 de la LO 4/2000, previsto para los siguientes supuestos: "a) riesgo de incomparecencia. b) el extranjero evitara o dificultase la expulsión, sin perjuicio de las actuaciones en ejercicio de sus derechos. c) el extranjero representase un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional", y que prosigue el referido precepto legal indicando que "En estos supuestos no cabrá la concesión del período de salida voluntaria", todo ello en consonancia con el art. 7.4 de la Directiva: "Si existiera riesgo de fuga, o si se desestimara una solicitud de permanencia legal por ser manifiestamente infundada o fraudulenta o si la persona de que se trate representara un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional, los Estados miembros podrán abstenerse de conceder un plazo para la salida voluntaria, o podrán conceder un periodo inferior a siete días". Y que en este caso no se cuestionó por el recurrente.

Por ello, debemos considerar que lo procedente es la expulsión y al haberlo así apreciado correctamente la sentencia de instancia, debemos desestimar los dos motivos de apelación analizados.»

SEGUNDO.- No conforme con ella, la representación procesal de :

repara recurso de casación, identificando como normas infringidas: los arts. 53.1.a), 55.1.b), 55.3 y 57 de la LO 4/2000, y la jurisprudencia correspondiente (STS 18-1-2007, rec. 8735/2003); los arts. 24.1 y 120.3 de la CE, en relación con el art. 218 y 209 de la LEC (incongruencia); el art. 24 CE (derecho de defensa); invoca la infracción de la doctrina de la Sala del TSJ del País Vasco (376/2015, de 21 de julio, 293/16 de 15 de junio).



Razona sobre el alcance de cada una de las infracciones denunciadas e invoca la concurrencia de los supuestos de casación previstos en el art. 88.2 a), c) y f), y 88.3.a), de la Ley reguladora de esta Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Por auto de la Sección Primera de esta Sala de 13 de octubre de 2017, se admitió a trámite el recurso, al apreciar interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los términos alegados por la recurrente, y declarando que la cuestión planteada en el recurso, que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, consiste en: «determinar si la expulsión del territorio 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 4/2000, o si, 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». Se identifican en dicho auto como normas que, en principio deben ser objeto de interpretación: el art. 57.1 en relación con los arts. 53.1.a) y 55.1.b) de la Ley Orgánica 4/2000, de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

En el escrito de interposición del recurso se razona, en síntesis, sobre la infracción de los arts. 53.1.a), 55.1.b) y 57.1 de la LO 4/2000, en relación con la jurisprudencia reiterada que ha establecido que la sanción aplicable a la infracción de estancia irregular es la multa y que la sanción de expulsión solo procede en virtud del principio de proporcionalidad y necesidad de su motivación y frente a la aplicación al caso que se hace en la instancia de la STJUE de 23 de abril de 2015, invoca la Circular 1/2015 de la Subcomisión de Extranjería de CGAE, de 25 de mayo de 2015, para afirmar que dicha STJUE no afecta a la doctrina del TS y de los TTSSJJ para los supuestos de mera estancia irregular, al entender que de acuerdo con las previsiones del art. 28 de la LO 4/2000 y 24.1 y 2 del RD 557/2011, referidos a la salida obligatoria ante la falta de autorización en el plazo que se determine y la advertencia de expulsión en caso de incumplimiento, la normativa es conforme a los arts. 6.1



y 8.1 de la Directiva 2008/115/CE, en cuanto la sanción por la mera estancia irregular no solo contiene una multa económica sino que conlleva imperativamente la obligación legal de abandono del territorio en el plazo de 15 días naturales, con la advertencia de sanción de expulsión en caso de incumplimiento de dicha obligación. Añade, igualmente, que la STJUE de 23 de abril de 2015 es contraria a otras del mismo Tribunal, como la de 22 de octubre de 2009, relativa a la estancia irregular porque no se cumple o ha dejado de cumplir los requisitos relativos a la duración de la estancia que le son aplicables, en cuyo caso el Estado miembro no está obligado a adoptar una resolución de expulsión y la de 6 de diciembre de 2012, relativa a la normativa italiana en cuanto a la posibilidad de imponer una pena de multa que puede ser sustituida por una pena de suspensión.

En segundo lugar alega la infracción de la jurisprudencia (sic) de otras Salas, que concreta en las del TSJ del País Vasco (376/2015, de 21 de julio, 293/16 de 15 de junio), del TSJM 294/2017, de 26 de abril y del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Orense (185/2016) en cuanto cuestionan el efecto directo de la Directiva frente a los particulares, entendiendo que el marco normativo español es más favorable. Finalmente reitera la alegación de que en ningún momento del procedimiento se alegó la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015 ni la Directiva, sino que ha sido en vía contenciosa donde se ha considerado para desestimar el recurso, lo que se ha entendido contrario al derecho de defensa, más aun tratándose de un procedimiento sancionador y las exigencias del principio de tipicidad.

En razón de todo ello concreta sus pretensiones en la revocación de las sentencias de instancia y apelación recurridas y la revisión de la resolución de la Delegación del Gobierno de Madrid de 4 de abril de 2016 desde la perspectiva del marco normativo interno español, en relación con la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, con valoración del principio de proporcionalidad, que, a la vista de las razones que se indican en la resolución administrativa impugnada, resulta infringido, lo que determina la anulación de la resolución de la Delegación del Gobierno de Madrid de 4 de abril de 2016, por la que se acordó la expulsión de la recurrente del territorio nacional con un

Miguel Ángel

periodo de prohibición de entrada de 2 años, como responsable de la infracción prevista en el art. 53.1.a) de la LO 4/2000, subsidiariamente, que se acuerde la sustitución de la sanción de expulsión con la de multa en su cuantía mínima.

Se opone al recurso la representación de la Administración alegando que la STJUE de 23 de abril de 2015, dictada en cuestión prejudicial planteada a propósito de la legislación española de extranjería, confirma la improcedencia de la elección entre las sanciones de multa o expulsión y que la tesis del escrito de interposición supone prescindir de una norma de derecho europeo y la interpretación que de la misma y de norma interna ha llevado a cabo el TJUE, lo que contradice todas las normas de aplicación del Derecho Comunitario y de la regulación de las relaciones entre el ordenamiento comunitario y el español, abundando en razonamientos al respecto, con reproducción en la parte esencial de la STJUE y citando, frente a las invocadas por la recurrente, diversas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que aplican dicha sentencia en semejantes términos que la sentencia recurrida (Ss 419/1917 del Pleno de la Sala contencioso-administrativo TSJ de Madrid; 19-12-2016 TSJA sede Granada; 21-12-2015 Málaga; 16-2-2017 TSL Castilla-León, Valladolid).

TERCERO.- Planteado en estos términos el recurso de casación, procede, de conformidad con lo establecido en el art. 93.1 de la Ley jurisdiccional, iniciar su resolución, atendiendo a la cuestión que, según se recoge en el auto de admisión, precisa ser esclarecida, consistente en «determinar si la expulsión del territorio 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 4/2000, o si, 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».

Su resolución, como se desprende del planteamiento de las partes, vendrá determinado por el alcance que haya de darse a la sentencia del TJUE

mejorando dicho es

de 23 de abril de 2015, a efectos de la determinación de las normas aplicables y la interpretación de las mismas.

Pues bien, la citada sentencia responde al planteamiento de cuestión prejudicial por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en estos términos:

«A la luz de los principios de cooperación leal y de efecto útil de las Directivas, ¿los artículos 4.2, 4.3 y 6.1 de la Directiva 2008/115 deben ser interpretados en el sentido de que se oponen a una normativa, como la nacional controvertida en el litigio principal y la jurisprudencia que la interpreta, que permite sancionar la situación irregular de un extranjero exclusivamente con una sanción económica que, además, resulta incompatible con la sanción de expulsión?».

Del propio planteamiento de la cuestión resulta ya una primera consideración: que en ningún momento se cuestionó la aplicación al caso de la referida Directiva 2008/115, pues de haber sido así el planteamiento de la cuestión no tendría fundamento, en cuanto su interpretación carecería de relevancia para la resolución de pleito, circunstancia que hubiera conducido a la inadmisión de la cuestión por el Tribunal (ATJ 16-4-2008, asunto C-186/07); ATJ 9-8-1994, asunto C-378/93), lo que no solo no ha tenido lugar sino que el propio Tribunal parte de la aplicación directa al caso de dicha Directiva, hasta el punto de que, en el ejercicio de sus competencias para proporcionar al órgano jurisdiccional nacional una respuesta útil que le permita dirimir el litigio de que conoce, reformulando las cuestiones que se le han planteado y señalando que el Tribunal de Justicia tiene la misión de interpretar cuantas disposiciones de Derecho de la Unión sean necesarias para que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan resolver los litigios que se les hayan sometido, aun cuando tales disposiciones no se mencionen expresamente en las cuestiones remitidas por dichos órganos jurisdiccionales (sentencia *cosmetics* y *Raiffeisenbank St. Georgen*, C-119/13 y C-120/13, EU:C:2014:2144, apartado 32 y jurisprudencia citada), declara:

Miguel de la...

«26 Por consiguiente, aun cuando, desde un punto de vista formal, las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación de los artículos 4, apartados 2 y 3, y 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115, tal circunstancia no obsta para que el Tribunal de Justicia proporcione todos los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que puedan ser útiles para resolver el litigio principal. A este respecto, corresponde al Tribunal de Justicia extraer del conjunto de datos aportados por el órgano jurisdiccional nacional y, especialmente, de la motivación de la resolución de remisión los elementos de ese Derecho que requieren una interpretación, teniendo en cuenta el objeto del litigio (véase, en este sentido, la sentencia eco cosmetics y Raiffeisenbank St. Georgen, C-119/13 y C-120/13, EU:C:2014:2144, apartado 33 y jurisprudencia citada).

27 En este caso, debe señalarse que, como ha confirmado el Gobierno español en las observaciones que formuló en la vista, el concepto de «expulsión» contenido en la resolución de remisión incluye, simultáneamente, una resolución de retorno y su ejecución. Por lo tanto, la interpretación del artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2008/115, que trata de la ejecución de la decisión de retorno, es también pertinente a efectos del asunto principal.»

Con ello se desvirtúan las alegaciones que la parte realiza, por referencia a diversas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, que cuestionan la eficacia directa de la Directiva, además de que la resolución administrativa responde al cumplimiento de deberes impuestos directamente al Estado, como resulta de la propia sentencia, según la cual:

«30 A este respecto, ha de recordarse que el objetivo de la Directiva 2008/115, tal como se desprende de sus considerandos 2 y 4, es establecer una política eficaz de expulsión y repatriación. Además, en virtud de su artículo 1, esta Directiva establece las «normas y procedimientos comunes» aplicables por cualquier Estado miembro al retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

31 Como indica el apartado 35 de la sentencia El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268), el artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva prevé ante todo, con carácter principal, la obligación de los Estados miembros de dictar una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio.

32 En efecto, una vez comprobada la irregularidad de la situación, las autoridades nacionales competentes deben, en virtud de dicho precepto y sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5 del mismo artículo, adoptar una decisión de retorno (sentencia Achughbadian, C-329/11, EU:C:2011:807, apartado 31). A este respecto,

ningún dato del expediente remitido al Tribunal de Justicia permite suponer que el Sr. Zaizoune se encuentre en una de las situaciones contempladas en dichos apartados.»

Ello por no hacer referencia a la contradicción que podría suponer plantear cuestión prejudicial sobre la interpretación de una norma comunitaria para después mantener que no es de aplicación al caso.

CUARTO.- Hecha esta primera consideración, para resolver sobre las demás argumentaciones de la parte, ha de estarse a los fundamentos de la sentencia, que comienza señalando que: con objeto de responder de forma útil al tribunal remitente, procede entender que mediante la cuestión planteada se pregunta si la Directiva 2008/115, en particular sus artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, en relación con su artículo 4, apartados 2 y 3, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho Estado, impone, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí. Resulta del auto de remisión que, con arreglo a la normativa nacional controvertida en el procedimiento principal, tal como es interpretada por el Tribunal Supremo, la situación irregular de los nacionales de terceros países en territorio español puede ser sancionada exclusivamente mediante una multa, que es incompatible con la expulsión del territorio nacional, medida esta que sólo se acuerda si existen circunstancias agravantes adicionales.

La parte recurrente muestra su discrepancia con la interpretación del Tribunal a quo, con apoyo en la circular 1/2015 de la Subcomisión de Extranjería de CGAE, alegando que como resulta del art. 28 de la LO 4/2000 en relación con el art. 24.1 y 2 del RD 557/2011, que establecen la salida obligatoria a falta de autorización, con advertencia de expulsión en caso de incumplimiento de dicha obligación en el plazo establecido, la normativa española es conforme con las previsiones de los arts. 6.1 y 8.1 de la Directiva 2008/115/CE, que ofrece varias opciones como respuesta a las situaciones de irregularidad, alegando que la conclusión a que llega la STJUE y la recurrida aparecen viciadas por partir de una premisa incompleta al emplear el adverbio "exclusivamente" para acotar la sanción de multa, ya que esta lleva implícito la consecuencia de apercibimiento de salida de territorio nacional (decisión de retorno del art. 3.4 de la Directiva), señalando, con referencia a las sentencias



que cita de otros órganos jurisdiccionales, que el marco normativo español referido a la estancia irregular es más beneficioso para los afectados.

Tal planteamiento no puede compartirse pues ya el enunciado de la cuestión prejudicial se refiere a la incompatibilidad entre la sanción económica y la sanción de expulsión, lo que se recoge de manera expresa en el art. 57.3 de la LO 4/2000, según el cual, «en ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa», previsiones que se recogen en la STJUE.

La parte pretende eludir esta situación acudiendo a la regulación de las salidas obligatorias de España establecida en el art. 28 de la propia LO 4/2000, cuyo régimen se concreta en el art. 24 del Reglamento aprobado por RD 557/2011, que en su párrafo primero establece que: «En los supuestos de falta de autorización para encontrarse en España, en especial por no cumplir o haber dejado de cumplir los requisitos de entrada o de estancia, o en los de denegación administrativa de solicitudes de prórrogas de estancia, de autorizaciones de residencia o de cualquier otro documento necesario para la permanencia de extranjeros en territorio español, así como de las renovaciones de las propias autorizaciones o documentos, la resolución administrativa dictada al efecto contendrá la advertencia al interesado de la obligatoriedad de su salida del país, sin perjuicio de que, igualmente, se materialice dicha advertencia mediante diligencia en el pasaporte o documento análogo o en documento aparte, si se encontrase en España amparado en documento de identidad en el que no se pueda estampar dicha diligencia,» previsión que se refiere a los supuestos de existencia de una resolución administrativa relativa a la situación en la que permanece el extranjero y que contiene, únicamente, la advertencia de la obligatoriedad de su salida en el plazo establecido, de manera que, a falta de cumplimiento y transcurrido el plazo indicado sin que se haya efectuado la salida, será de aplicación lo dispuesto para los supuestos a que se refiere el art. 53.1.a) de la LO 4/2000, lo que nos sitúa en el punto de partida y por lo tanto no supone otra particularidad que posibilitar una salida voluntaria y sin necesidad de abrir el correspondiente procedimiento sancionador, pero que en el caso de no tener

Miguel Rodríguez



éxito lo que determina es una demora en la resolución de la situación de permanencia irregular con la consiguiente dilación en el tiempo. En todo caso, esta previsión normativa se recoge y examina, también, en la STJUE, cuyo fundamento 33 señala, que cuando se ha adoptado una decisión de retorno respecto a un nacional de un tercer Estado, pero éste no ha respetado la obligación de retorno, ya sea en el plazo concedido para la salida voluntaria, ya sea cuando no se ha fijado plazo alguno al efecto, el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2008/115 impone a los Estados miembros, con objeto de garantizar la eficacia de los procedimientos de retorno, la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para proceder a la expulsión del interesado, esto es, como dispone el artículo 3, punto 5, de la citada Directiva, al transporte físico del interesado fuera del Estado miembro, añadiendo el fundamento 34, que tanto del deber de lealtad de los Estados miembros como de las exigencias de eficacia recordadas en particular en el considerando 4 de la Directiva 2008/115, se deriva que la obligación impuesta a los Estados miembros por el artículo 8 de la citada Directiva de proceder a la expulsión, en los supuestos mencionados en el apartado 1 de ese artículo, debe cumplirse lo antes posible, concluyendo en el fundamento 35, que de ello se deriva que una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal no responde a las manifiestas exigencias impuestas por los artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, de la Directiva 2008/15.

Finalmente, no puede compartirse el planteamiento de la parte que entiende amparada la normativa española en la consideración de una normativa más favorable para el nacional de un tercer país o en la facultad de los estados miembros de establecer excepciones, al amparo de la Directiva 2008/115/CE, pues la propia sentencia del TJUE responde expresamente a tal planteamiento en los siguientes fundamentos:

36 La facultad de los Estados miembros de establecer excepciones, en virtud del artículo 4, apartados 2 y 3, de la Directiva 2008/115, a las normas y a los procedimientos regulados en ésta no puede desvirtuar dicha conclusión.

37 Así, respecto a las disposiciones pertenecientes al acervo comunitario en materia de inmigración y de asilo que resulten más favorables para el nacional de un tercer

país, contempladas en el apartado 2 de dicho artículo, es preciso señalar que ningún precepto de dicha Directiva ni ninguna disposición de un acto perteneciente al acervo comunitario permiten establecer un sistema que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de un Estado miembro, imponga, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí.

38 En cuanto al apartado 3 del mismo artículo, debe señalarse que la facultad de establecer excepciones que contiene está supeditada al requisito de que las disposiciones más favorables para las personas incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115, adoptadas o mantenidas por los Estados miembros, sean compatibles con dicha Directiva. Ahora bien, habida cuenta del objetivo que persigue esta Directiva, recordado en el apartado 30 de la presente sentencia, y de las obligaciones que imponen claramente a los Estados miembros los artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, de la misma Directiva, la citada compatibilidad no queda garantizada si la normativa nacional establece un sistema como el descrito en el apartado anterior de esta sentencia.

39 A este respecto, cabe recordar que los Estados miembros no pueden aplicar una normativa que pueda poner en peligro la realización de los objetivos perseguidos por una directiva y, como consecuencia de ello, privarla de su efecto útil (véase, en este sentido, la sentencia Achughbadian, C-329/11, EU:C:2011:807, apartado 33 y jurisprudencia citada).

Resulta clara la postura mantenida por el TJUE sobre la normativa nacional aplicable, concluyendo, que una normativa nacional como la controvertida en el procedimiento principal puede frustrar la aplicación de las normas y de los procedimientos comunes establecidos por la Directiva 2008/115 y, en su caso, demorar el retorno, menoscabando de este modo el efecto útil de dicha Directiva (véase, en este sentido, la sentencia Achughbadian, C-329/11, EU:C:2011:807, apartado 39).

Todo lo expuesto hasta aquí lleva a confirmar la interpretación y aplicación de la ley efectuada por el Tribunal a quo en la sentencia recurrida, en contra de la que se sostiene en las sentencias de otros órganos jurisdiccionales invocadas por la parte, que no se ajustan a la misma, sin que tampoco pueda prosperar frente a ello la alegación de contradicción entre la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015 y las del mismo Tribunal que se citan por la recurrente, pues contemplan otras situaciones jurídicas y, en todo caso, ha de estarse a la que, además de ser posterior y por lo tanto dictada



por el Tribunal a pesar de conocer las anteriormente citadas, resuelve específicamente cuestión prejudicial sobre la interpretación de la normativa comunitaria en relación con los preceptos del derecho interno aplicables al caso.

Por otra parte y como se señala por la Sala en la sentencia recurrida, la expulsión en los supuestos de estancia irregular no constituye una regla de carácter absoluto sino que presenta excepciones o modulaciones, como es el caso del art. 6 de la citada Directiva, regula la llamada "decisión de retorno", señalando:

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

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

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

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

Miguel Ángel Sánchez, et.



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

A tales excepciones hay que añadir los supuestos de no devolución por interés superior del niño, vida familiar y estado de salud, que se regulan en el art. 5 de la Directiva, según el cual:

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

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

Supuestos que permiten valorar en cada caso la situación particular del extranjero sujeto a la expulsión y su inclusión en alguno de los supuestos que propician la aplicación del principio de no devolución.

QUINTO.- Por lo que se refiere a la alegación de que en ningún momento del procedimiento se invocó la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015 ni la Directiva, sino que ha sido en vía contenciosa donde se ha considerado para desestimar el recurso, lo que se ha entendido contrario al derecho de defensa, más aun tratándose de un procedimiento sancionador y las exigencias del principio de tipicidad, debe tenerse en cuenta dos aspectos que resultan determinantes para desestimar tal planteamiento: el marco normativo que define y regula la situación de estancia irregular y su régimen sancionador; y la aplicación de las normas correspondientes.

En el primer aspecto, como señalan tanto el Tribunal quo como el Abogado del Estado, ha de estarse a la primacía del Derecho comunitario

Impa de la S




sobre el derecho interno, proclamada desde muy temprano por el Tribunal de Justicia en sentencia de 9 de marzo de 1978 (asunto Simmenthal, reiterada en otras muchas EU:C:1978:49, apartados 21 y 24; de 22 de junio de 2010, Melki y Abdeli, C-188/10 y C-189/10, EU:C:2010:363, apartado 43, y de 4 de junio de 2015, Kernkraftwerke Lippe-Ems, C-5/14, EU:C:2015:354, apartado 32), en el sentido de que «los jueces nacionales encargados de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, están obligados a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que estén obligados a solicitar o esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o mediante otro procedimiento constitucional».

A ello ha de añadirse la vinculación de los Tribunales nacionales a la doctrina del Tribunal de Justicia en la interpretación del Derecho comunitario, como se desprende de la sentencia de 29 de septiembre de 2015, asunto C-276/14, según la cual: «Se ha de recordar en ese sentido que, según jurisprudencia reiterada, la interpretación por el Tribunal de Justicia, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 267 TFUE, de una norma del Derecho de la Unión aclara y precisa el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el juez a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los tribunales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma (sentencia Balazs, C-401/13 y C-432/13, EU:C:2015:26, apartado 49 y jurisprudencia citada).»

Se desprende de ello, que el ordenamiento jurídico aplicable para la resolución del expediente abierto por la Administración sobre la situación irregular de la recurrente y su decisión por la resolución impugnada de 4 de abril de 2016, está constituido, como derecho interno, por los preceptos de la Ley Orgánica 4/2000 y, como derecho comunitario, por lo correspondientes

M. P. de la ...




preceptos de la Directiva 2008/115/CE, según la interpretación efectuada por el Tribunal de Justicia, todo ello anterior a los hechos valorados en la resolución impugnada, que se refieren a enero de 2016, de manera que ninguna objeción puede oponerse respecto del principio de legalidad y tipicidad en materia sancionadora, en cuanto la conducta imputada a la recurrente estaba definida perfectamente de manera previa en la normativa aplicable.

Por otra parte, en cuanto a la aplicación de la norma y el derecho de defensa, desde el expediente administrativo se conocen por la recurrente los hechos imputados, su valoración y la sanción impuesta, siendo la propia parte la que cuestiona la aplicación e interpretación de la norma ante el órgano jurisdiccional, invocando una jurisprudencia sobre la materia (proporcionalidad y motivación de la aplicación de la sanción de expulsión frente a la pecuniaria) no tenida en cuenta en la resolución impugnada, centrando así el debate en la aplicación al caso de dicha jurisprudencia, que es precisamente lo que resuelven, tanto la sentencia inicial del Juzgado como la de apelación de la Sala, señalando que la aplicación de esta jurisprudencia ha de matizarse a la vista de la STJUE de 23 de abril de 2015, que vincula al juez nacional, como hemos indicado antes, y que ya se había producido antes de los hechos enjuiciados y de la impugnación de la resolución administrativa ante la jurisdicción contencioso-administrativa y, por lo tanto, era de posible valoración en el ejercicio del derecho de defensa por la parte, cuya omisión o inadvertencia no es imputable al órgano jurisdiccional ni se debe a una situación de indefensión.

En consecuencia, tampoco estas alegaciones pueden prosperar.

SEXTO.- Todo lo expuesto lleva a rechazar la interpretación que se propone por la parte recurrente sobre la sanción aplicable a los extranjeros cuando hayan incurrido en las conductas tipificadas como graves en el apartado a) del artículo 53.1 de la Ley Orgánica 4/2000, considerando más acertada y justificada la interpretación llevada a cabo por la Sala en la sentencia recurrida, en cuanto mantiene que lo procedente es decretar la expulsión del extranjero

Miguel de los...



cuando concurra un supuesto de estancia irregular, salvo que concurra alguno de los supuestos de excepción previstos en los apartados 2 a 5 del artículo 6 de la Directiva retorno o, en su caso, de los supuestos del art. 5 que propicien la aplicación del principio de no devolución.

SÉPTIMO.- La interpretación de las normas que se acaba de establecer conduce a la desestimación de las pretensiones que la parte deduce y precisa en el escrito de interposición del recurso, en cuanto, al no acogerse la interpretación sostenida por la misma y considerarse conforme a derecho la efectuada por la Sala de instancia, han de confirmarse los pronunciamientos realizados en la sentencia recurrida, que se ajustan y responden a una recta aplicación del ordenamiento jurídico.

OCTAVO.- 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 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

Desestimar el recurso de casación n.º 2958/2017, interpuesto por la representación procesal de [] contra la sentencia de 17 de abril de 2017, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de apelación 1177/16, que confirma la sentencia de 20 de octubre de 2016, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 32 de Madrid en el

M. García Rodríguez



- PA 238/16, que queda firme; 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.

José Manuel Sieira Míguez Octavio Juan Herrero Pina Juan Carlos Trillo Alonso

Wenceslao Francisco Olea Godoy José Juan Suay Rincón César Tolosa Tribiño

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Octavio Juan Herrero Pina, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

Impugnados es



Wigman de de B.