



Roj: **STS 4387/2018 - ECLI:ES:TS:2018:4387**

Id Cendoj: **28079130052018100484**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **19/12/2018**

Nº de Recurso: **6533/2017**

Nº de Resolución: **1818/2018**

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

Ponente: **WENCESLAO FRANCISCO OLEA GODOY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 10611/2017,**

ATS 3172/2018,

STS 4387/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1.818/2018

Fecha de sentencia: 19/12/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 6533/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/12/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

Procedencia: T.S.J.MADRID CON/AD SEC.9

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

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 6533/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1818/2018

Excmos. Sres.

D. Jose Manuel Sieira Miguez, presidente

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Juan Carlos Trillo Alonso

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Cesar Tolosa Tribiño

D. Francisco Javier Borrego Borrego

En Madrid, a 19 de diciembre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 6533/2017 interpuesto por D. Humberto representado por la procuradora D.^a María Pilar Arnaiz Granda y defendido por el letrado D. Francisco Javier Aragón Canovas, contra la sentencia número 590/2017, 8 de septiembre, dictada por la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de apelación nº 464/2016, sobre expulsión de D. Humberto, por estancia irregular en España, a quien en resolución de 6 de noviembre de 2013 se le impuso una sanción económica por el mismo hecho, con obligación de abandonar el territorio nacional, con prohibición de entrada por un periodo de tres años. Ha comparecido como parte recurrida la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado D. José Ramón Rodríguez Carbajo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Objeto del proceso en la instancia.-

.La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Novena) dictó sentencia -nº 590/17, de 8 de septiembre-, que confirmó en apelación (464/16) la sentencia -nº 156/16, de 13 de abril- dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 10 de esta Capital, desestimatoria del P.A. 535/14, deducido frente a la resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid, de 14 de septiembre de 2014, que -en aplicación del art. 53.1.a) L.O. 4/00- acordó la expulsión, por estancia irregular en España, de D. Humberto (a quien en resolución de 6 de noviembre de 2013 se le impuso una sanción económica por el mismo hecho, con obligación de abandonar el territorio nacional), con prohibición de entrada por un periodo de tres años.

La sentencia del Juzgado, con base en la sentencia TJUE ZAIZOUNE (C-38/14) "*según la cual un extranjero que no sea ciudadano de la Unión en situación irregular en España debe ser expulsado pero no multado....>*", y, tomando en consideración, además, "*...la falta de arraigo de arraigo del recurrente, debiendo incidirse en que el actor no solo no ha probado que su familia dependa de él, sino que según obra al folio 2 del expediente el actor tuvo una orden de búsqueda y detención por el Juzgado de Violencia sobre la mujer nº 8 de Madrid, lo que ya de por sí destruye cualquier presunción de arraigo familiar*".

La sentencia de apelación, confirma aquélla, pues, afirma que la sentencia TJUE de 23 de abril de 2015, resuelve la controversia, "*por no concurrir supuesto excepcional de la Directiva 2008/115, superando los anteriores criterios de resolución en torno a la proporcionalidad de la sanción (por todas STS de 31-1-2008)..... Por lo tanto, en principio, dado el efecto directo, y de primacía del derecho comunitario aplicable al presente caso, tal y como ha declarado su máximo intérprete, la presencia ilegal en España ha de dar lugar exclusivamente al retorno y no a otro tipo de sanciones, salvo en los supuestos de los apartados 2 a 5 del art. 6 Directiva 2008/115. Pues bien, en el presente caso, la sentencia acredita la estancia irregular de la apelante, siendo por ello en principio necesaria la medida de expulsión, solo resta examinar si concurre alguno de los supuestos de los apartados 2 a 5 del art. 6 Directiva 2008/115. Alega la recurrente la existencia de hijo nacido de relación con extranjera con permiso de residencia, que ha obtenido la nacionalidad española, sin embargo, de cara al examen de la circunstancia alegada..... lo cierto es que de la documental aportada no se deriva convivencia, no siendo coincidente en ningún momento el lugar de empadronamiento del recurrente con el de su hijo ni de la madre de ésta, a lo que se debe añadir que el hijo ya habría alcanzado la mayoría de edad en el año 2011...."*.

SEGUNDO.El recurso de casación promovido por la parte.-

La representación procesal de D. Humberto 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 y jurisprudencia que consideraba infringidas: cita normativa y jurisprudencia infringida sobre: 1) La falta de motivación y congruencia de la sentencia al no dar respuesta a las circunstancias personales del recurrente. 2) Irretroactividad: la sentencia recurrida al confirmar la de instancia aplica la STJUE de 23-4-015, cuando los hechos, y por tanto, la resolución administrativa es anterior

a la sentencia europea, justificando, en su escrito, que las infracciones han sido relevantes y determinantes de la decisión adoptada en la sentencia de apelación.

Identifica, como supuestos de interés casacional objetivo:

- Art. 88.2.b) LJCA, toda vez que el fallo de la sentencia y la fundamentación jurídica en que se basa, sientan una doctrina sobre la interpretación de las normas jurídicas, cuya infracción se ha denunciado, que resulta gravemente dañosa para los intereses generales porque conllevaría que personas, como el caso del Sr. Humberto, se viera imposibilitado de continuar con su vida familiar en España, impidiéndole seguir viendo a su hijo Pedro, de nacionalidad española y su pareja con permiso de residencia y otros familiares, con el solo motivo de que el hijo cumplió la mayoría de edad.

- Art. 88.2.c), ya que el fallo de la sentencia, y la fundamentación jurídica en que se basa, afectan a un gran número de situaciones, por trascender del caso objeto del proceso, ya que no es un caso aislado, afectando a muchos extranjeros en situación ilegal por múltiples circunstancias, que tienen familiares, esposa, padres e hijos menores y que han cumplido la mayoría de edad, estando, incluso, nacionalizados españoles, lo que les perjudicaría gravemente.

- Art. 88.2.e), por haber interpretado y aplicado con error y como fundamento de su decisión una doctrina constitucional. Concretamente en el caso que nos ocupa, los hechos de la detención de Don Humberto se refieren al 1 de agosto de 2014, presentándose recurso contencioso administrativo el 18 de noviembre de 2014, recayendo en el juzgado de lo contencioso administrativo nº 10 de Madrid, procedimiento abreviado 535/2014, por tanto anterior a la sentencia del TJUE que fue posterior al recurso contencioso.

TERCERO. Admisión del recurso.-

Mediante auto de 17 de noviembre de 2017, la Sección Novena 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 y la remisión de los autos a esta Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Recibidas las actuaciones y personadas las partes ante este Tribunal, por la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo se dictó Auto el 2 de abril de 2018, acordando:

<< 1º) Admitir a trámite el recurso de casación preparado por La representación procesal de D. Humberto, contra la sentencia de la Sección Novena de la Sala de Madrid, nº 590/17, de 8 de septiembre (Apelación 464/16).

2º) Precisar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar: 1) si, a raíz de la STJUE de 23 de abril de 2015, 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 apartado a) del artículo 53.1 de la Ley Orgánica 4/2000, o si, por el contrario, la sanción principal 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; y, 2) si la doctrina contenida en la precitada sentencia es de aplicación a supuestos de hecho anteriores al 23 de abril de 2015.

3º) Identificar como norma jurídica que, en principio, debe ser objeto de interpretación: 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 en relación con la STJUE de 23 de abril de 2015 y art. 9.3 CE.

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.>>

CUARTO. Interposición del recurso.-

Abierto el trámite de interposición del recurso, se presentó escrito por la representación procesal de D. Humberto con exposición razonada de las infracciones normativas y/o jurisprudenciales identificadas en el escrito de preparación, precisando el sentido de las pretensiones que deduce y los pronunciamientos que solicita, terminando con el suplico de estimación del recurso en los términos interesados, con imposición de sus costas a la Administración demandada.

QUINTO. Oposición al recurso.-

Dado traslado para oposición al Sr. Abogado del Estado, se presentó escrito argumentando en contra del planteamiento del recurso y solicitando su desestimación en los términos expuestos.



La representación procesal del recurrente solicitó la celebración de vista y la Sala no la consideró necesaria, señalándose para votación y fallo la audiencia del día 11 de diciembre de 2018, en cuyo acto tuvo lugar su celebración, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Objeto del recurso y antecedentes.-

Se interpone el presente recurso de casación número 6533/2017 por la representación procesal de D. Humberto contra la sentencia número 590/2017, 8 de septiembre, dictada por la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que confirmó en apelación (464/16) la sentencia número 156/16, de 13 de abril, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 10 de esta Capital, desestimatoria del Procedimiento Abreviado 535/14, deducido frente a la resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid, de 14 de septiembre de 2014, que, en aplicación del artículo 53. 1º. a) de la Ley Orgánica de Extranjería, acordó la expulsión del recurrente, por estancia irregular en España, con prohibición de entrada por un periodo de tres años.

Para una mejor comprensión del debate suscitado en el presente recurso de casación, interesa poner de manifiesto que las actuaciones objeto de la originaria impugnación traen causa de la incoación del procedimiento sancionador contra el recurrente, Sr. Humberto, a la sazón nacional del Estado Plurinacional de Bolivia, por su estancia en España sin contar con permiso de residencia alguno para dicha estancia. En la resolución que pone fin al mencionado procedimiento se considera que los hechos imputados eran constitutivos de una infracción grave prevista en el artículo 53.1º. a) de la Ley Orgánica de Extranjería, por lo que procedía imponerla sanción de expulsión del territorio nacional y prohibición de entrada por tiempo de tres años, de conformidad con lo establecido en el artículo 57 de la mencionada Ley Orgánica.

Como ya se dijo, la mencionada resolución sancionadora fue recurrida ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 10 de los de Madrid (procedimiento abreviado 535/2014) que en la sentencia que le puso fin (número 156/2016, de 13 de abril), desestima el recurso y confirma la resolución originariamente impugnada.

La sentencia de instancia se recurre en apelación ante la Sala territorial de la Comunidad de Madrid que, en la sentencia que es objeto del presente recurso de casación, desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia de instancia.

Los razonamientos que se contienen en la sentencia aquí recurrida para el referido fallo, se contienen en el fundamento segundo, en el que se declara:

<< [...] Como ya advertía la Sentencia apelada a fecha de resolver la presente apelación, al igual que a fecha de la vista, y sentencia en la instancia, el enfoque sobre la controversia planteada se ha visto sustancialmente afectada por la Sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015 en cuya parte dispositiva 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, 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.>>

Expone la sentencia del TJUE las razones de dicha oposición entre la Directiva y la normativa española, en el sentido siguiente: [...]

Pues bien, en el presente caso, la sentencia acredita la estancia irregular de la apelante, siendo por ello en principio necesaria la medida de expulsión, solo resta examinar si concurre alguno de los supuestos de los apartados 2 a 5 del art 6 Directiva 2008/115.

Alega la recurrente la existencia de hijo nacido de relación con extranjera con permiso de residencia, que ha obtenido la nacionalidad española, sin embargo, de cara al examen de la circunstancia alegada de protección del menor y de la vida familiar lo cierto es que de la documental aportada no se deriva convivencia, no siendo coincidente en ningún momento el lugar de empadronamiento del recurrente con el de su hijo ni de la madre de esta, a lo que se debe añadir que el hijo ya habría alcanzado la mayoría de edad en el año 2011, no constando por último sino un ingreso realizado a cuenta en Bolivia en el año 2013 a favor de la madre, a cuenta en Bolivia, lo que ni siquiera permite tener por acreditada la permanencia de aquellos familiares en España, circunstancias que en definitiva no permiten tener acreditado supuesto que justifique la no expulsión del recurrente.>>



A la vista de tales fundamentos se interpone el presente recurso de casación en el que se considera como cuestión que suscita interés casacional objetivo, como ya se dijo, determinar si a raíz de la referida sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 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 apartado a) del artículo 53.1º de la Ley Orgánica 4/2000, o si, por el contrario, la sanción principal para dichas conductas es la multa, siempre que no concurran circunstancias agravantes adicionales que justifiquen la sustitución de la multa por la expulsión del territorio nacional; y si la doctrina contenida en la precitada sentencia es de aplicación a supuestos de hecho anteriores al 23 de abril de 2015.

SEGUNDO. Interpretación que se propone de las cuestiones que se consideran como interés casacional objetivo.-

A la vista de la delimitación objetiva del presente recurso de casación y de conformidad con el orden de los pronunciamientos que nos impone el artículo 93 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, debemos proceder en primer lugar a despejar las cuestiones que se han delimitado como de interés casacional objetivo, con interpretación de los preceptos a que se hace referencia en el Auto de admisión.

En la labor impuesta, la primera de las cuestiones suscitadas está referida a la fundamentación de la sentencia recurrida, en la que, por aplicación de la doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión, de 23 de abril de 2015, dictada en el asunto C-38/2014), en relación con la cuestión prejudicial suscitada por la Sala de esta Jurisdicción del País Vasco, declaró, como ya se ha expuesto, la procedencia de que ante la infracción que se contempla en nuestra legislación nacional, no procedía optar entre la sanción de multa o expulsión, sino que debía imponerse esta última sanción. Cuestionándose en este recurso la improcedencia de dicha doctrina.

Pues bien, suscitado el debate en la forma expuesta, debemos señalar que este debate ha sido ya resultado por esta misma Sección de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, en concreto, en la sentencia 1716/2018, de 4 de diciembre, dictada en el recurso de casación 5819/2017 en la que declaramos al respecto lo siguiente, plenamente aplicable al caso de autos:

<<[...] En efecto, este mismo debate ha sido ya suscitado y resuelto en la sentencia de esta Sala y Sección 980/2018, de 12 de junio, dictada en el recurso de casación 2958/2017, en la que declaramos en relación al debate aquí suscitado, en concreto, en el alcance de la antes mencionada sentencia del Tribunal Europeo que: <<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 concurran 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 determinada por el alcance que haya de darse a la sentencia del TJUE 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 eco cosmetics y Raiffeisenbank St. Georgen, C-119/13 y C-120/13 , EU:C:2014:2144 , apartado 32 y jurisprudencia citada), declara:

"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 *Achughbaban*, 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. Alonso 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.

[...] 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 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 *Achughbabian*, 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 *Achughbabian*, 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.

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.



[...] 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 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 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.

[...] 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 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.>>

Y la aplicación de los criterios anteriores a supuestos como el presente no pueden rechazarse por el hecho de que el inicio del procedimiento sancionador obedeciera a circunstancias que, a la postre, no excluían la conducta sancionada, en cuanto la aplicación de los preceptos sancionadores, en la forma que impone la interpretación



expuesta, resultaba procedente y no eran circunstancias excluyentes; porque ni la falta de documentación al momento de la detención de la recurrente ni los referidos antecedentes policiales, son decisivos y se mencionan en las actuaciones sancionadoras como un argumento innecesario para apreciar los hechos sancionados.>>

TERCERO.- Interpretación que se propone de las cuestiones objeto del recurso.

Debiendo proceder a dar respuesta a las cuestiones que constituyen el interés casacional objetivo, han de concluirse de la sentencia transcrita, conforme a la cual, de una parte, tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión a que se ha hecho referencia, no es posible que en aplicación de los artículos 53.1º.a), en relación con los artículos 55.1º.b) y 57.1º, todos ellos de la Ley Orgánica de Extranjería, no es posible optar entre la sanción de multa o expulsión, sino que ha de imponerse preceptivamente la de expulsión. De otra parte, en relación con la segunda de las cuestiones suscitadas en el presente recurso, conforme se razona en la sentencia transcrita anteriormente, debe concluirse que la mencionada doctrina es aplicable incluso a aquellos hechos que acontecieron con anterioridad a la fecha referida y a los procedimientos iniciados con anterioridad a la mencionada fecha de la sentencia.

CUARTO. Examen de la pretensión accionada en el proceso.-

Por lo que se refiere a la concreta pretensión accionada en el presente proceso, el recurso no puede prosperar. En efecto, habida cuenta de que la sentencia de instancia, en primer lugar, y la de desestimación del recurso de apelación, ya mantuvieron la doctrina señalada como correcta por este Tribunal Supremo, debe desestimarse el recurso.

QUINTO. Costas procesales.-

No ha lugar a la imposición de las costas de este recurso a ninguna de las partes, por no apreciarse temeridad o mala fe y, de conformidad con lo establecido en el artículo 93.4º de la Ley jurisdiccional, cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Fijar como criterios interpretativos de las cuestiones que se declaran como de interés casacional objetivo, los reflejados en el fundamento tercero de esta sentencia y, en su consecuencia, no ha lugar al recurso de casación número 6533/2017, interpuesto por la representación procesal de Don Humberto, contra la sentencia número 590/2017, de 8 de septiembre, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el recurso de apelación número 464/2016; sin hacer expresa condena de las costas de este recurso de casación.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Jose Manuel Sieira Miguez Octavio Juan Herrero Pina

Juan Carlos Trillo Alonso Wenceslao Francisco Olea Godoy

Cesar Tolosa Tribiño Francisco Javier Borrego Borrego

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. **Wenceslao Francisco Olea Godoy**, estando la Sala celebrando audiencia pública, de lo que, como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.