



Roj: **STS 1181/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1181**

Id Cendoj: **28079130052021100079**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **17/03/2021**

Nº de Recurso: **2870/2020**

Nº de Resolución: **366/2021**

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

Ponente: **WENCESLAO FRANCISCO OLEA GODOY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 1426/2020,**
ATS 9272/2020,
STS 1181/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 366/2021

Fecha de sentencia: 17/03/2021

Tipo de **procedimiento**: R. CASACION

Número del **procedimiento**: 2870/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/02/2021

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.: 2870/2020

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. 366/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Segundo Menéndez Pérez, presidente

D. Rafael Fernández Valverde



D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D^a. Ángeles Huet De Sande

En Madrid, a 17 de marzo de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 2870/2020 interpuesto por D. Jose Ramón , representado por la procuradora D^a. Ana María López Reyes y defendido por el letrado D. César Manuel Pinto Cañón contra la sentencia nº 25/2020, de 17 de enero, de la Sala de lo Contencioso- **Administrativo** (Sección 9^a) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por la que, desestimando el recurso de Apelación nº 1013/18 deducido frente a la sentencia nº 273/2018, de 29 de octubre, del Juzgado de lo Contencioso **Administrativo** nº 26 de Madrid, se desestima el **Procedimiento** Abreviado nº 198/17 interpuesto frente a la resolución de la Delegada del Gobierno en Madrid de 5 de abril de 2017, en virtud de la cual se acuerda la expulsión del recurrente del territorio nacional, con prohibición de entrada por periodo de dos 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** (Sección 9^a) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia núm. 25/2020, de 17 de enero, por la que, desestimando el recurso de apelación nº 1013/18 deducido frente a la sentencia nº 273/2018, de 29 de octubre, del Juzgado de lo Contencioso **Administrativo** nº 26 de Madrid, se desestima el **Procedimiento** Abreviado nº 198/17 interpuesto frente a la resolución de la Delegada del Gobierno en Madrid 5 de abril de 2017, en virtud de la cual se acuerda la expulsión de D. Jose Ramón del territorio nacional, con prohibición de entrada por periodo de dos años, como responsable de la infracción prevista en el art. 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.

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

Frente a dicha sentencia prepara el 26 de noviembre de 2020 recurso de casación la representación procesal de D. Jose Ramón , en cuyo escrito acredita el cumplimiento de los requisitos relativos al plazo, legitimación y recurribilidad.

Identifica con precisión las normas y jurisprudencia que reputa infringidas, su relevancia y su toma de consideración por la Sala de instancia, concretamente, en lo que a infracciones normativas se refiere, reseña las siguientes: Arts. 55.1.b) y 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social; 25.1 de la Constitución Española y 49.1 en relación al 52 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En lo que a infracciones jurisprudenciales se refiere, reseña las siguientes: Sentencia de la Gran Sala del TJUE de 24 de octubre de 2018, apdo. 16 (relativa a la presunción de pertinencia de las cuestiones prejudiciales), SSTJUE de 5 de abril de 1979, asunto 148/1978, caso Tullio Ratti; Sentencia de 11 de junio de 1987, asunto 14/1986, Pretore di Salo; Sentencia de 8 de octubre de 1987, asunto 80/1986, Kolpinghuis Nijmegen BV y Sentencia de 12 de diciembre de 2013, asunto C-425/12, caso Portgas-Sociedades de Produção e Distribuição de Gás SA (relativas a la prohibición del efecto directo vertical descendente de las Directivas comunitarias, transpuestas incorrectamente, en perjuicio de parte).

Argumenta que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia conforme a los siguientes supuestos previstos en el artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA): 2.f) y 3.c).

TERCERO.Admisión del recurso.-

Mediante auto de 11 de junio de 2020, la Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia ante esta Sala de lo Contencioso-**Administrativo** del Tribunal Supremo en el plazo de treinta días, con remisión de los autos originales y del expediente **administrativo**.

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 27 de octubre de 2020, acordando:



<< 1º) **ADMITIR A TRÁMITE** el recurso de casación **2870/20** interpuesto por la representación procesal del D. Jose Ramón frente a la sentencia -17 de enero de 2020- de la Sala de lo Contencioso-**Administrativo** (Sección 9ª) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por la que, desestimando el recurso de apelación nº 1013/18 deducido frente a la sentencia -29 de octubre de 2018- del Juzgado de lo Contencioso **Administrativo** nº 26 de Madrid, se desestima el **Procedimiento** Abreviado nº 198/17 interpuesto frente a la resolución de la Delegada del Gobierno en Madrid -5 de abril de 2017-, en virtud de la cual se acuerda la expulsión de D. Jose Ramón del territorio nacional, con prohibición de entrada por periodo de dos años, como responsable de la infracción prevista en el art. 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.

2º) Precisar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar:

· Si, conforme la interpretación dada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de octubre de 2020 -asunto C-568/19- a la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, la expulsión del territorio español es la sanción preferente a imponer a los extranjeros que hayan incurrido en la conductas tipificadas como graves en el art. 53.1.a) Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero o sí, por el contrario, la sanción principal para dichas conductas es la multa, siempre que no concurren circunstancias agravantes añadidas a su situación irregular.

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, la siguiente:

· Artículos 53.1.a), 55.1.b) y 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

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 sobre reparto de asuntos.

Esta resolución es firme (art. 90.5 LJCA).>>

CUARTO. Interposición del recurso.-

Abierto el trámite de interposición del recurso, se presentó escrito por la representación procesal de D. Jose Ramón 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:

<<1º. Declarar haber lugar, y, por tanto, estimar el Recurso de Casación 2870/2020, interpuesto por don Jose Ramón , de nacionalidad colombiana, contra la sentencia de 17 de enero de 2020 de la Sala de lo Contencioso-**Administrativo** (Sección Novena) que desestimó el recurso de apelación número 1013/2018 interpuesto contra la sentencia 29 de octubre de 2018 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-**administrativo** núm. 26 de Madrid, en el **procedimiento** abreviado 198/2017, que confirma. 2º. Casar y anular ambas sentencias de la sala de lo Contencioso **administrativo** del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y del Juzgado de lo Contencioso **administrativo** nº 26 de los de Madrid. 3º. Estimar el Recurso Contencioso-**administrativo** interpuesto por don Jose Ramón contra la resolución de 5 de abril de 2017 de la Delegación del Gobierno en Madrid por la que acordó decretar la expulsión del territorio nacional del recurrente y la consiguiente prohibición de entrada por un período de dos años, a contar desde la fecha en que se lleve a efecto, resolución que anula.

Con relación a este último pronunciamiento por el que se interesa la anulación de la resolución de 5 de abril de 2017, esta representación procesal hace la aclaración de que procede anular la sanción de expulsión, según se interesó como pretensión principal en el escrito de demanda, pero sin imponer en ningún caso la sanción de multa, articulada como pretensión subsidiaria de la demanda, a partir de las siguientes consideraciones jurídicas: i.- Como consecuencia del criterio de la Delegación del Gobierno en Madrid y del Jefe de la Comisaría del Distrito Centro de Madrid, relativo a que, en todo caso, procedía la sanción de expulsión, aun cuando no concurrieran otros elementos negativos salvo la permanencia irregular en España del actor, se procedió a su detención a las 22:30 horas del día 11 de diciembre de 2016 y no fue puesto en libertad hasta el día siguiente. Esta privación de libertad no está amparada en los supuestos en los que procede la sanción de multa. ii.- Por tanto, se tramitó el **procedimiento administrativo** sancionador de expulsión preferente, que no procede para la mera imposición de una multa. iii.- No es función de los órganos judiciales establecer la sanción administrativa



correspondiente sino de la Administración. iv.- Han transcurrido más de tres años y medio desde que se acordó la sanción, más grave, de expulsión, perdiendo la función desincentivadora de toda sanción pecuniaria.>>

QUINTO. Oposición al recurso.-

Dado traslado para oposición al Sr. Abogado del Estado presentó escrito argumentando en contra del planteamiento del recurso, suplicando a la Sala: <<dicte sentencia desestimatoria del mismo en los términos expuestos.>>

Ninguna de las partes solicitó la celebración de vista y la Sala no la consideró necesaria, señalándose para votación y fallo la audiencia del día 23 de febrero de 2021, continuando el siguiente día 3 de marzo, en cuya fecha quedó visto para sentencia, habiéndose observado las formalidades legales referentes al **procedimiento**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Objeto del recurso y fundamento.

Se interpone el presente recurso de casación 2870/2020 por la representación procesa de Don Jose Ramón , a la sazón ciudadano de la República de Colombia residente en España, contra la sentencia 25/2020, de 17 de enero, dictada por la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso- **Administrativo** del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el rollo de apelación 1013/2018, que había sido interpuesto por el mencionado recurrente, contra la sentencia 273/2018, de 29 de octubre, del Juzgado de lo Contencioso-**Administrativo** número 26 de los de esta capital, dictada en el **procedimiento** abreviado 198/2017, suplicando la anulación de la resolución de la Delegación del Gobierno en ésta Comunidad Autónoma, de 5 de abril de 2017 (expediente NUM000), por la que se decreta su expulsión del territorio nacional y prohibición de entrada en España durante el periodo de dos años, como consecuencia de la comisión de una infracción de las previstas en el artículo 53.1º.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integridad Social (en adelante, LOEX).

La sentencia de primera instancia desestima el recurso interpuesto por el ahora recurrente y confirma la resolución impugnada, razonando en sus fundamentos, sustancialmente, las circunstancias de los hechos que concurrían en el recurrente, que se fijan en el fundamento sexto, en el que se razona lo siguiente:

" El recurrente alega en su demanda que entró en España por el Aeropuerto de Madrid el 27 de septiembre de 2015, está empadronado en Madrid y lleva a cabo un proceso de integración activo en la vida española, realizando cursos y talleres de formación para el empleo y teniendo asistencia sanitaria.

"No concurre ninguna 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 a la fecha de la demanda no alega tener hijos, ni alega problema de salud alguno que justifique la no imposición de la expulsión, ya que los informes médicos que constan en autos sugieren la existencia de lumbalgia el 20 de septiembre de 2016 y de dolor abdominal el 26 de octubre de 2016, dolencias que no justificarían la no imposición de la expulsión, según la Directiva mencionada.

"Sí es cierto que acredita haber entrado en España por el Aeropuerto de Madrid-Barajas el 27 de septiembre de 2015, más o menos año y medio antes de la fecha de la Resolución de Expulsión y además acredita estar empadronado en Madrid desde 27 de noviembre de 2015.

"En este punto la Sentencia de 18 de enero de 2018 de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-**Administrativo** del TSJ de Madrid, dictada en recurso 920/2017 declara que "la propia Directiva 20081115/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 su art. 5, prevé que "al aplicar la presente Directiva, los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta: (...) b) la vida familiar".

"Sin embargo, en el presente caso no concurre tal relevante circunstancia pues, además de que no se aporta documentación justificativa al efecto, lo cierto es que, en cualquier caso, el hecho de residir el recurrente con su hermano y su familia, sin que conste situación alguna de dependencia económica o asistencial entre ellos" no es susceptible de integrar un entramado familiar con virtualidad justificativa suficiente a los efectos que nos ocupan.

"Por lo demás, no consta la pendencia de solicitud alguna de regularización en las fechas a que se contrae el decreto de expulsión".

"En este caso el recurrente no acredita tener pareja ni hijos, ni ninguna situación de dependencia económica o asistencial que justifique tener por acreditado el arraigo.



"Tampoco acredita tener medios lícitos de vida.

"Ello lleva a esta Juzgadora a preguntarse con qué dinero iba a pagar la multa el recurrente en el caso de que se le hubiera impuesto una multa y no la expulsión.

"Es cierto que no le constan antecedentes penales o policiales, pero tampoco le consta documentación que acredite su estancia regular en España, ni inicio de expediente tendente a dicha regularización, previo a la incoación del expediente sancionador.

"De todo lo anterior resulta que la expulsión no es desproporcionada sino ajustada a derecho.

"Por todo lo anterior, se desestiman los motivos de falta de proporcionalidad de la Resolución, y de arraigo.

"Asimismo hay que decir que, efectivamente, el recurrente carece de derecho alguno a que esta Juzgadora plantee cuestión prejudicial alguna, pues no se considera necesaria, ya que la regulación europea y española, así como la Jurisprudencia de interpretación de las mismas es clara y meridiana, y queda claro que en los casos de estancia irregular, es totalmente procedente la sanción de expulsión."

A la vista de la decisión y fundamentación de la sentencia de primera instancia, se interpone recurso de apelación ante la Sala del Tribunal Superior de Justicia, que, en la sentencia que aquí se recurre en casación, desestima el recurso de apelación y confirma la decisión de primera instancia.

La fundamentación del Tribunal territorial para el rechazo del recurso de apelación se contiene en el fundamento primero, en el que se declara:

"... En la sentencia apelada se constata que el entonces demandante solo podía acreditar haber entrado en España legalmente en el año 2015 y estar empadronado en Madrid, haber realizado cursos de formación para el empleo, y recibir asistencia sanitaria. No acreditando tener cónyuge o hijos en España, ni medios lícitos de vida. Si bien, tampoco se había comprobado que tuviese antecedentes penales o hubiera sido reseñado por funcionarios de policía, antes de ser detenido por esta expulsión.

"De donde se concluía que el demandante era residente ilegal en España, y en consecuencia, resultaba de aplicación la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16.12.2008 sobre normas y **procedimientos** comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, también llamada Directiva de Retorno. En los términos establecidos por las sentencias de este Tribunal Superior de Justicia que allí se citan, según las cuales, resulta obligado expulsar a cualquier extranjero extracomunitario que resida ilegalmente, cuando como en este caso, no concurren circunstancias excepcionales que permitan lo contrario. El demandante había solicitado que el Juzgado planteara cuestión previa de derecho comunitario al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, lo que fue denegado por el juzgado, por entender que el significado de la normativa comunitaria y la normativa nacional en relación con aquélla, era claro y no existía duda interpretativa.

"Por lo cual desestimó el recurso contencioso **administrativo**."

No obstante lo anterior, la Sala territorial examina, en los fundamentos segundo y tercero, el debate, al que ya hace referencia en la transcripción, sobre la incidencia de la mencionada Directiva 2008/115 y declara:

"Apela el demandante insistiendo en que existe una duda de derecho comunitario, puesto que en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea allí citadas, se establece que el efecto directo de una Directiva en lo que no ha sido traspuesta al derecho interno, tiene límites, no pudiendo servir para imponer obligaciones a los particulares, y asimismo, la obligación de interpretación conforme de las normas internas para adecuarlas a la Directiva, tiene como límite el respeto a los principios generales del derecho comunitario y entre ellos, el principio de legalidad e irretroactividad de las normas sancionadoras. En consecuencia, no podría utilizarse la Directiva de Retorno como norma que justifique que el particular ha cometido alguna clase de infracción, cuando dicha infracción no resulta del tenor literal de las normas internas. Al efecto cita la sentencia de 5.4.1979 asunto 148/1978 Tullio Ratti; sentencia de 11.6.1987 asunto 14/1986 Pretore di Saló; y sentencia de 26.2.1986 asunto 152/84 Marshall.

"Solicita que esta Sala plantee la cuestión prejudicial por esta duda de derecho comunitario; y una vez despejada dicha duda en los términos expuestos, revoque la sentencia apelada para estimar el recurso contencioso **administrativo**, declarando nulo el decreto de expulsión impugnado o subsidiariamente, lo declare parcialmente nulo para ordenar que se rebaje la sanción a multa de 501 euros.

"Según la defensa del Estado, en sentencia de 12.6.2018, la Sala de lo Contencioso **Administrativo** del Tribunal Supremo ha establecido que la Ley de Extranjería española interpretada por el Tribunal Supremo, no es ley más favorable de preferente aplicación frente a la Directiva de Retorno. Asimismo, la Sala de lo Contencioso **Administrativo** del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia del Pleno de 5.6.2017,



determinó que desde la sentencia del TJUE de 23.4.2015, y dados los términos de la Directiva de Retorno, no resultaban de aplicación los criterios sobre proporcionalidad de la sanción para extranjeros en situación irregular, establecidos por el Tribunal Supremo desde el año 2007. Subsidiariamente, incluso aplicando dichos criterios, correspondería expulsar al apelante, al no demostrar arraigo alguno en España.

"[...] Desde el año 2007 venía siendo aplicada la doctrina de la Sala de lo Contencioso **Administrativo** del Tribunal Supremo sobre los criterios de proporcionalidad que debían utilizarse para imponer una sanción, a los extranjeros que estuviesen ilegalmente en España. Diciendo esta doctrina, que conforme a la Ley de Extranjería de 2000, la sanción ordinaria por esta infracción consistía en una multa; por lo cual para imponerse una expulsión, sanción alternativa y más grave, era necesario que concurriese alguna circunstancia agravante. Habiendo establecido, qué circunstancias se consideraban agravantes y así por ejemplo, que el extranjero hubiera sido detenido o condenado por delito, que estuviera indocumentado ocultando su identidad, no pudiese acreditar cómo había entrado en España; hubiese incumplido una orden de salir dirigida a él nominalmente; y circunstancias similares.

"En esta situación, desde el día 24.12.2010, entró a ser de aplicación directa en España la citada Directiva de Retorno, Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16.12.2008 sobre normas y **procedimientos** comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Según la cual, caso de detectarse que un ciudadano extracomunitario está ilegalmente en cualquiera de los países miembros, resulta obligado dictar una orden de retorno a su país y si no la cumple expulsarle forzosamente o según las circunstancias, acordar directamente el retorno forzoso. La misma Directiva establece unos supuestos limitados en que se admiten excepciones a esta obligación, en interés de los menores, por respeto a la convivencia familiar y por ciertos motivos humanitarios.

"Esta directiva resultaba incompatible con una regulación como la determinada en la citada doctrina del Tribunal Supremo español, generalmente aplicada desde el año 2007; y así lo ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 23.4.2015, resolviendo una cuestión prejudicial que interpuso la Sala de lo Contencioso **Administrativo** del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Declarando que resultaba obligado para el Estado, dictar orden de expulsión de todos los ciudadanos extracomunitarios en situación irregular, no pudiendo imponer solamente una multa, más que en los casos de las excepciones previstas en la misma Directiva.

"En consecuencia, muchos juzgados y tribunales del orden contencioso **administrativo**, pasaron a hacer aplicación directa de este criterio del tribunal europeo, entendiendo que dejaba de ser aplicable lo establecido por la Sala de lo Contencioso **Administrativo** del Tribunal Supremo, con respecto a circunstancias que justificasen una expulsión.

"Sin embargo, otros juzgados y salas, no lo interpretaron así. Y así, según sentencia de 24 julio 2017 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso **Administrativo** del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la Directiva 115/2008/CE de retorno, por su propia naturaleza, solamente podría ser invocada para su aplicación directa por los ciudadanos frente al Estado; pero, el Estado sancionador no podría aplicarla directamente en contra de la legalidad española, y en perjuicio de un particular. Por lo cual a criterio de esta Sección, en esa fecha de 2017, continuaba siendo de aplicación la doctrina del Tribunal Supremo, aplicada desde el año 2007.

"Dicho criterio ha sido examinado en vía de recurso de casación, por la misma Sala de lo Contencioso **Administrativo** del Tribunal Supremo, desde sentencia de 18 de enero de 2019 y en otras posteriores como la de 3.6.2019, recurso 395/2018. Habiendo establecido, que esta Directiva resulta de aplicación directa en caso de recurso contencioso **administrativo** contra un decreto de expulsión. Y al respecto, argumenta que fue en un recurso contra un decreto de expulsión, en el que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó la sentencia de 23.4.2015, y no la hubiera dictado, si la Directiva no fuese de aplicación directa en un litigio de este tipo. Y con base también en el principio de primacía del derecho comunitario, según el cual, caso de contradicción entre una norma comunitaria y una nacional, el órgano jurisdiccional debe aplicar de forma preferente la norma comunitaria. Entendiendo el Tribunal Supremo que dicha norma comunitaria, queda integrada en el bloque de legalidad con el mismo rango normativo que la ley a la que se impone. Concluyendo que resulta obligado aplicar la Directiva de Retorno incluso en perjuicio del particular extranjero al que se aplica, puesto que de otra forma, dicha directiva quedaría ineficaz, dado que su principal finalidad, era precisamente, que no dejase de retornarse a los extranjeros extracomunitarios sin permiso de residencia, en ningún país de la Unión Europea.

"En consecuencia, no hay motivo para plantear cuestión de derecho comunitario al TJUE. Resultando procedente desestimar este recurso de apelación."

La mencionada sentencia del Tribunal de Madrid es objeto del presente recurso de casación, que fue admitido por auto de esta misma Sala Tercera, de 27 de octubre de 2020, en el que se declara como cuestión que suscita interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, determinar "si, conforme la interpretación



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

Para el examen de la mencionada cuestión se consideran que deben ser objeto de interpretación, sin perjuicio de otros que se considerasen procedentes, la mencionada Directiva y los artículos 53.1º.a) y 57.1º de la LOEX.

En el escrito de interposición del recurso se centra el debate de autos en el ámbito de la aplicación de la Directiva 2008/115 que se hace por el Tribunal territorial, acorde a lo declarado por la Jurisprudencia de este Tribunal Supremo, estimando que la cuestión suscitada sobre la incidencia de la mencionada Directiva en la regulación que se contiene en nuestra LOEX ha venido a quedar zanjada en la sentencia del TJUE de 8 de octubre de 2020 (asunto C-568/19), de la que, a juicio de la defensa del recurrente, se debe concluir que el artículo 53.1º.a) de nuestra Ley Orgánica, no puede interpretarse conforme se viene declarando por esta Sala, en el sentido de que la sanción procedente para la infracción del mencionado precepto ha de ser la expulsión, a salvo los supuestos excepcionales previstos en la LOEX, sino que, conforme a lo declarado en la última sentencia mencionada del TJUE, debe ser, en su caso, la de multa, habida cuenta que, en otro caso, se produciría una aplicación directa de la Directiva en perjuicio de los ciudadanos, con exclusión de la aplicación de la norma española más beneficiosa. Se concluye de tales argumentos, que se debe fijar la doctrina que se propone y, estimando el recurso de casación, se dicte nueva sentencia en sustitución en la que se desestime el recurso de apelación a que la misma se refiere y, estimando el recurso contencioso-administrativo originariamente interpuesto por el recurrente, se anule la resolución administrativa impugnada y se deje sin efecto la orden de expulsión, sin posibilidad de imposición de sanción alguna.

En la oposición al recurso por la Abogacía del Estado se hace una interpretación de la mencionada sentencia del TJUE de 2020 antes citada, a la luz de lo declarado por el mismo Tribunal europeo en su sentencia de 23 de abril de 2015, y considera que en el caso de autos lo procedente era la orden de expulsión, sin que, en todo caso, pueda dejar de imponerse sanción alguna al recurrente, como se suplica en el recurso.

SEGUNDO. La normativa española y comunitaria y su interpretación jurisprudencial.

Centrado el debate de autos, conforme a lo expuesto, a la declaración del TJUE en relación a la interpretación de la normativa europea en materia de extranjeros en situación irregular y su proyección sobre la normativa nacional, a la vista de las últimas declaraciones tanto del Tribunal de Justicia como de este Tribunal Supremo, resulta oportuno comenzar por un examen, siquiera sea en términos generales, tanto de esa normativa como de la interpretación que respecto de una y otra se ha realizado por los Tribunales españoles y por el Tribunal de Justicia.

En nuestro Derecho el régimen jurídico de los extranjeros se encuentra regulado en la ya mencionada LOEX, en la cual, completada por vía reglamentaria, se establece el estatuto de los ciudadanos extranjeros en nuestro País. No interesa al debate de autos ese régimen general, sino la regulación que se establece para aquellos ciudadanos extranjeros que se encuentran en España en situación irregular, que es --de ahí el debate suscitado--, la única situación que pretende regular la Directiva comunitaria; si bien no está de más destacar que en nuestra Ley no existe una regulación específica de dicha materia, como veremos seguidamente.

Ya desde la redacción originaria de la LOEX, la estancia irregular de los extranjeros en el territorio nacional se tipifica como infracción grave (artículo 53.1º.a), sancionada con multa, de conformidad con lo establecido en el artículo 55.1º.b). No obstante lo anterior, a la referida infracción, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.1º, podría aplicarse " *en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio nacional*"; expulsión que si bien no se consideraba formalmente en el sistema de la Ley como una sanción, es lo cierto que tanto el artículo 57, pero sobre todo el artículo 56.3º, la consideran y denominan como tal. El precepto no establecía criterio alguno para optar para una u otra sanción, que eran excluyentes (párrafo tercero del precepto), estableciendo como única condición la " *previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo*". Debe añadirse que ese régimen establecido para los extranjeros en situación irregular se sometía, en los mencionados preceptos, a una regulación unitaria para las infracciones en materia de extranjería y no específicamente para esta concreta cuestión de la situación irregular.

En esa situación se aprueba 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.



Frente al contenido, en principio integral, de nuestra LOEX del régimen jurídico de los extranjeros en España; la Directiva 2008/115 no tiene pretensiones de esa regulación integral sino que, como se expresa ya en sus considerandos y se corresponde con su propia denominación, pretende establecer "una política eficaz de expulsión y repatriación, basada en normas comunes, para que las personas sean retornadas... un conjunto horizontal de normas aplicable a todos los nacionales de terceros países que no cumplen o que han dejado de cumplir las condiciones de entrada, estancia o residencia en un Estado miembro". (S. 6 de diciembre de 2011, asunto C-329/11; ECLI: EU:C:2011:807). Es decir, el objeto de la Directiva se reduce a esa concreta situación de estancia irregular, a la que se refieren los efectos jurídicos que en ella se imponen.

Debe destacarse que el régimen que impone la Directiva, no solo tiene la vinculación propia de las normas con tal naturaleza, sino que el propio Legislador comunitario refuerza su eficacia, cuando establece en el párrafo 6º del artículo 8 que "[L]os Estados miembros crearán un sistema eficaz de control del retorno forzoso", rechazando cualquier alternativa a la decisión de retorno y, en su caso, subsiguiente expulsión, a salvo las circunstancias especiales que se contemplan, de quienes estuvieran en una situación irregular.

Así pues, el mandato expreso de la Directiva, y es lo que constituye el objeto de la regulación que contiene, es que, como regla general y sin perjuicio de las excepciones que se contemplan, debe dictarse una decisión de retorno a todo ciudadano de un tercer Estado que se encuentre en territorio de la Unión en situación irregular; dando oportunidad de una salida voluntaria o, en su defecto, se acordará su expulsión de manera forzosa. Pero esa decisión, debe destacarse, se hace al margen de cualquier tipo de consideración de la estancia irregular en el ámbito punitivo. La Directiva ni configura la situación irregular como infracción administrativa o penal ni confiere a la decisión de retorno ni a su ejecución la naturaleza de infracción o sanción. Además de ello, es importante también señalar que la Directiva, no solo impone la necesidad de decisión de retorno, sino que ha de ejecutarse de manera ineludible y en un plazo razonable (sentencia de 6 de diciembre de 2011, asunto C-43011; EU:C:2012:777 y la más reciente de 17 de septiembre de 2020, asunto 806/18; ECLI: EU:C:2020:724). Es decir, lo que la Directiva pretende es la efectividad del retorno de los extranjeros en situación irregular del territorio de la Unión, finalidad que, como es propio de este tipo de norma comunitaria, los Estados podrán articular de la forma que tengan por conveniente, siempre que se garantice esa efectividad.

La Directiva impuso un plazo de trasposición límite para los Estados, que son los destinatarios de la norma, de hasta el 24 de diciembre de 2010, debiendo dar cuenta de dicho cumplimiento a la Comisión (artículo 20).

En esa situación se modifica la LOEX por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, declarando en su Exposición de Motivos que la reforma pretendía, entre otros fines, trasponer a nuestro ordenamiento la Directiva 2008/115, además de otras Directivas sobre esta materia, también pendientes de transposición. Y esa pretendida trasposición de la Directiva se concreta, en lo que aquí interesa, con una mínima modificación del mencionado artículo 57, la reforma del artículo 63, referido al **procedimiento** preferente de expulsión, y la introducción del artículo 63.bis), referido al **procedimiento** ordinario de expulsión.

La escueta reforma del artículo 57.1º supuso, que si bien en la redacción anterior del precepto, como ya se dijo, simplemente se facultaba que la estancia irregular podría ser sancionada con multa o expulsión, con la reforma se añadía que esa aplicación alternativa y excluyente se haría "en atención al principio de proporcionalidad... y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción". Es manifiesto que, en clara contradicción con la finalidad que se ha visto pretendía la Directiva, al mantener nuestro Derecho ese régimen alternativo de sanciones para la situación de estancia irregular, se establecía la posibilidad de que fuera sancionada con multa, pero sin que nuestra Ley estableciera una decisión precisa en relación a que esa sanción comportaba la salida del extranjero en situación irregular; menos aun que dicha salida debiera realizarse de manera forzosa y en un tiempo razonable. Y si bien es verdad, como después se examinará, que el artículo 28 de la LOEX hace referencia a que la mera estancia irregular comporta una orden de salida obligatoria, ni se articulan medios para hacerla efectiva de manera forzosa y en un plazo razonable, ni nuestra Ley contiene una regulación expresa de esa obligación; debiendo, en el mejor de los supuestos, iniciarse después de dicho incumplimiento todo el largo proceso de la expulsión, que no se ajusta a los claros términos de la norma comunitaria. En suma, la reforma del artículo 57.1º no comporta alteración alguno de su contenido anterior, dado que la exigencia del principio de proporcionalidad estaba ya implícito y era aplicable; y la necesidad de la motivación constituía una exigencia de este tipo de **actos administrativos** en nuestro Derecho, por las reglas generales del **procedimiento administrativo**.

La reforma que afectaba del artículo 63, de relevante contenido, y la introducción del artículo 63.bis), tienen una más concreta vinculación a los mandatos de la Directiva 2008/115 y están referidos a los **procedimientos** preferentes de expulsión y al nuevo **procedimiento** ordinario; integrando ambos **procedimientos** determinadas cuestiones que regula la Directiva en relación con la salida y que permite considerar que la denominada expulsión en nuestra Ley integra la orden de retorno y subsiguiente salida, de la Directiva.



Este Tribunal Supremo, dado el sistema del recurso de casación imperante, había dictado sentencias en que se interpretaba el referido artículo 57.1º antes de la aprobación de la Directiva y su trasposición a nuestro Derecho. Y en esa interpretación se había declarado reiteradamente que "E[en] el sistema de la Ley la sanción principal es la de multa, pues así se deduce de su artículo 55-1 y de la propia literalidad de su artículo 57-1, a cuyo tenor, y en los casos, (entre otros) de permanencia ilegal, "podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio nacional". [...] En cuanto sanción más grave y secundaria, la expulsión requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal, ya que ésta es castigada simplemente, como hemos visto, con multa. Según lo que dispone el artículo 55-3, (que alude a la graduación de las sanciones, pero que ha de entenderse que resulta aplicable también para elegir entre multa y expulsión), la Administración ha de especificar, si impone la expulsión, cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y, en general, añadimos nosotros, cuáles son las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la expulsión y prohibición de entrada, que es una sanción más grave que la de multa." (sentencia de 4 de octubre de 2007, dictada en el recurso de casación 8953/2003; ECLI:ES:TS:2007:6679, entre otras que podrían citarse de la misma época). Dicha jurisprudencia había sido acuñada por este Tribunal Supremo para nuestra Legislación nacional antes de la aprobación de la Directiva, y había sido mantenida por las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia después de dicha aprobación.

Así las cosas, la Sala de esta Jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, suscita cuestión prejudicial, por auto de 17 de diciembre de 2013, en que se pregunta al Tribunal de Justicia "¿si los artículos 4.2, 4.3 y 6.1 de la Directiva 2008/115 debían ser interpretados en el sentido de que se oponen a la interpretación que de las normas nacionales hace el Tribunal Supremo español que permite sancionar la situación irregular de un extranjero exclusivamente con una sanción económica que, además, resulta incompatible con la sanción de expulsión?". Dicha cuestión se resuelve por la ya mencionada sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015 (EU:C:2015:260) –en adelante 2015/260– en la que se declara 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."

Es oportuno hacer una reseña, siquiera sea de principios generales, sobre los fundamentos que se contienen en esa decisión del Tribunal de Justicia en lo que se consideraba constituía la interpretación que hacía este Tribunal Supremo del Derecho nacional conforme a la Directiva. En ese sentido se declara que, conforme a la Directiva, surge la obligación de los Estados "de dictar una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio", salvo que concurren algunas de las excepciones que se contemplan en la misma Directiva, que se concluyen no eran aplicables al caso en que se suscitó la cuestión. Se recuerda por el Tribunal que esa decisión de retorno comporta necesariamente la salida del ciudadano del tercer Estado en situación irregular, bien de manera voluntaria, en los plazos previstos al efecto, bien de manera inmediata, caso de no proceder, conforme a la Directiva, a la concesión del plazo de salida voluntaria, con la subsiguiente exigencia de que dicha salida debe "*cumplirse lo antes posible*". Todo ello "con objeto de garantizar la eficacia de los **procedimientos** de retorno", en cuanto la Directiva impone el deber de los Estados de proceder a dicha expulsión, habida cuenta del "deber de lealtad de los Estados miembros [y] las exigencias de eficacia recordadas en particular en el considerando 4 de la Directiva 2008/115."

De todo ello se concluye en la sentencia que la interpretación que se decía venía haciendo este Tribunal Supremo en la aplicación del artículo 57, "no responde a las manifiestas exigencias impuestas por los artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, de la Directiva 2008/115." Y en esa línea y cerrando la posibilidad de que tal interpretación pudiera pretenderse fundada en las excepciones que se establecen en la propia Directiva, refuerza su conclusión la sentencia afirmando: "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... 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." Y por si ofreciese alguna duda sobre tales conclusiones, se termina afirmando 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... [lo cual sucedería] si la normativa nacional establece un sistema como el descrito."

Tras la mencionada sentencia, las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia asumieron la doctrina establecida por el Tribunal europeo y, dado el nuevo régimen del recurso de casación instaurado con la reforma de nuestra Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por Ley Orgánica 7/2015, el debate sobre la aplicación de la mencionada jurisprudencia comunitaria y la forma en que, conforme a ella, debía interpretarse el artículo 57 de la Ley nacional, se suscitó ante este Tribunal Supremo, que examina ese debate en la sentencia 980/2018, de 12 de junio, dictada en el recurso de casación 2958/2017 (ECLI:ES:TS:2018:2523), en un supuesto en que directamente se fijaba como cuestión casacional objetiva para la formación de la jurisprudencia, "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". Y a esos efectos se consideraban que debían ser objeto de interpretación, el mencionado artículo 57.1º, en relación con el 53.1º.a) y 55.1º.b) de la LOEX.

En la referida sentencia, este Tribunal examina la cuestión suscitada en relación a la interpretación del mencionado artículo 57.1º, conforme a lo declarado por el TJUE en la sentencia 2015/260 y llega a la conclusión de que, siendo plenamente aplicable los criterios de la jurisprudencia comunitaria, el debate suscitado debía resolverse en el sentido de que " *lo procedente es decretar la expulsión del extranjero cuando concorra un supuesto de estancia irregular, salvo que concorra 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.*"

En los fundamentos de nuestra sentencia se toman en consideración los argumentos del Tribunal europeo en la sentencia 2015/260 y, en ese sentido, se declara 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".

En conclusión, este Tribunal, como era obligado, asume la interpretación de la Directiva comunitaria y su proyección sobre la normativa española, porque el TJUE hace una afirmación tajante de que la norma comunitaria no autorizaba la alternativa de sanciones que establecía la norma española, contraviniendo el deber de lealtad de los Estados miembros y la exigencia de la eficacia que impone la Directiva 2008/115.

Es de destacar, que si bien nuestra sentencia 980/2018 se atenía a hacer suyos los argumentos que había acogido el TJUE en su sentencia 2015/260, es lo cierto que se suscitó en el recurso de casación la cuestión de que la doctrina de la sentencia del TJUE debía rechazarse, porque suponía aplicar directamente la Directiva, desplazando el Derecho nacional, en contra de los derechos de los ciudadanos, dado que la regulación española de la orden de expulsión, con la posibilidad de imponer la sanción de multa, era más favorable que la establecida en la Directiva 2008/115, en la forma interpretada por el TJUE. Expresamente se rechaza esa objeción porque " *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)."

La mencionada interpretación del artículo 57.1º que se hace en la sentencia de 2018 fue aplicada reiteradamente en sentencias posteriores de este Tribunal Supremo (4 y 19 de diciembre de 2018; ECLI:ES:TS:2018:4270 y 4386; hasta las últimas de 24 de octubre y 20 de noviembre de 2020; ECLI:ES:TS:2019:3413 y 3781) y la habían asumido las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, algunas de cuyas Salas ya habían acogido la doctrina fijada por el Tribunal de Justicia.

La jurisprudencia fijada por este Tribunal Supremo se cuestiona por la Sala de esta Jurisdicción de Castilla-La Mancha, que, por auto de 11 de julio de 2019, suscita una cuestión prejudicial, en la que se pregunta al Tribunal de Justicia: "Si es compatible con la doctrina de ese Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a los límites del efecto directo de las Directivas, la interpretación de su sentencia de 23 de abril de 2015 (asunto C-38/14, Zaizoune) en el sentido de que la Administración y los Tribunales españoles pueden hacer una aplicación directa de la Directiva 2008/115/CE en perjuicio del nacional del tercer Estado, con omisión e inaplicación de disposiciones internas más beneficiosas en materia sancionadora, con agravamiento de su responsabilidad sancionadora y posible omisión del principio de legalidad penal; y si la solución a la inadecuación de la normativa española a la Directiva no debe hacerse por esa vía, sino por la de una reforma legal, o por las vías previstas en Derecho comunitario para imponer a un Estado la debida transposición de las Directivas." Fundándose dicha cuestión en el hecho de que nuestra sentencia de 2018, con la interpretación concluida, suponía la inaplicación del artículo de la Ley nacional, que se consideraba había incorporado en la reforma de 2009 el criterio de la proporcionalidad en la opción que establecía, llegando con ello a la conclusión de que realmente no se trataba ya de una interpretación del precepto conforme a la Directiva, sino directamente la inaplicación del mismo.

La mencionada cuestión prejudicial ha sido resuelta por sentencia del TJUE de 8 de octubre de 2020 (ECLI:EU:C:2020:807), asunto C-568/19 (en adelante, 2020/807), que es a la que se hace referencia en el auto de admisión del presente recurso de casación. Se declara en dicha sentencia por el Tribunal de Justicia que "La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y **procedimientos** comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, debe interpretarse en el sentido de que, cuando la normativa nacional, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de un Estado miembro, imponga, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, teniendo en cuenta que la segunda medida solo puede adoptarse si existen circunstancias agravantes en la persona de dichos nacionales, adicionales a su situación irregular, la autoridad nacional competente no podrá basarse directamente en lo dispuesto en la Directiva para adoptar una decisión de retorno y hacer cumplir dicha decisión aun cuando no existan circunstancias agravantes." En esa línea, y conforme a la información que se le facilita por el órgano consultante, parte el TJUE que en nuestra sentencia 980/2019 concluimos que las "autoridades administrativas y judiciales españolas están habilitadas para inaplicar las previsiones de la Ley de extranjería sobre la precedencia de la sanción de multa y la necesidad de motivación explícita de la expulsión por la existencia de motivos agravantes. Con ello, según el órgano jurisdiccional remitente, el Tribunal Supremo aplicó directamente la Directiva 2008/115, en perjuicio del interesado y con agravación de su responsabilidad penal, ya que, a raíz de la sentencia de 23 de abril de 2015, Zaizoune (C-38/14, EU:C:2015:260), los tribunales españoles quedaron obligados a aplicar directamente esa Directiva, aun en perjuicio de los interesados." Incluso se insiste en ese sentido (apartado 33) que "al aplicar el Derecho interno, y dentro de los límites que establecen los principios generales del Derecho, los órganos jurisdiccionales nacionales deben interpretarlo en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate para alcanzar el resultado que esta persigue (sentencia de 19 de marzo de 2020, Sánchez Ruiz y otros, C-103/18 y C-429/18, EU:C:2020:219, apartado 121)"; para considerar que "[e]n el caso de autos, parece que el órgano jurisdiccional nacional, encargado de dilucidar si está en condiciones de interpretar la normativa nacional de que se trata en el litigio principal de conformidad con el Derecho de la



Unión, descarta que exista tal posibilidad. Considera que, en esta situación, se plantea la cuestión de si cabe aplicar directamente la Directiva en cuestión cuando ello va en perjuicio de los interesados."

De todas formas, es lo cierto que si bien el Tribunal europeo termina con la decisión ya antes transcrita, no lo es menos que, como es propio de ámbito jurisdiccional del TJUE, como después se verá, nos impone a los Tribunales españoles determinar si el Derecho interno admite una interpretación conforme a las exigencias de la Directiva. Lo que excluye el Tribunal es que puedan los Tribunales Españoles dejar de aplicar la norma nacional, más beneficiosa para los ciudadanos, por la eficacia directa de la Directiva.

Tras la mencionada sentencia, la mayoría de las Salas territoriales de esta jurisdicción que han examinado estas pretensiones tras la sentencia de 2020/807, han considerado que con ella se debía mantener la jurisprudencia anterior de este Tribunal Supremo, en el sentido de que solo cuando concurriesen circunstancias de agravación añadidas a la mera estancia, procedía la expulsión, debiendo imponerse, en otro caso, la sanción de multa, estimando que nuestro Derecho había traspuesto deficientemente los mandatos de la Directiva, que debía ser corregida a nivel legislativo.

Debe señalarse que pende aún ante el TJUE una nueva cuestión prejudicial, suscitada por el Juzgado de lo Contencioso-**Administrativo** número 1 de los de Pontevedra, que, a requerimiento del Tribunal de Justicia tras su sentencia 2020/807, ha quedado limitada a preguntar : " *¿Debe interpretarse la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008, sobre "normas y **procedimientos** comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular" (artículos 4.3 , 6.1 , 6.5 y 7.1), en el sentido de que se opone a una normativa nacional (artículos 53.1.a /, 55.1.b /, 57 y 28.3.c/ de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero , sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social) que sanciona la permanencia irregular de extranjeros sin circunstancias agravantes en un primer momento con una sanción de multa unida a un requerimiento de retorno voluntario al país de origen, seguida, en un segundo momento, de la sanción de expulsión si el extranjero no se regulariza ni retorna voluntariamente a su país?*

TERCERO. Examen de la cuestión que suscita interés casacional objetivo.

Se ha querido hacer una exposición del panorama jurisprudencial existente en relación a la interpretación del polémico artículo 57.1º de nuestra LOEX, que es lo que subyace en la cuestión que suscita interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia en el presente recurso de casación, para pasar a continuación a establecer el criterio que aúne lo declarado en las dos sentencias del TJUE y nuestra jurisprudencia en relación con dicho debate.

En la tesitura expuesta es necesario hacer una previa aclaración. No consideramos procedente, a la vista de lo antes expuesto, que debamos suscitar una nueva cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, porque ha quedado suficientemente fijada en las dos sentencias 2015/260 y 2020/807 la interpretación de la Directiva, y su proyección sobre la normativa nacional. Por tanto, es de aplicación la doctrina sobre el "**acto** aclarado", en relación a esa incidencia que tiene la Directiva 2008/115 sobre el régimen establecido en nuestra LOEX y, de conformidad con la reiterada jurisprudencia del TJUE, no resulta necesario el planteamiento de una nueva cuestión prejudicial (por todas sentencias de 6 de octubre de 1982, asunto C-283/81; también, la más reciente de 4 de octubre de 2018, asunto C-416/17; ECLI: EU:C:2018:811).

Por otro lado, debe recordarse el alcance de las dos sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia, en relación con la interpretación de la Directiva y su proyección sobre el artículo 57.1º de nuestra Ley. Respecto de la sentencia 2015/260, es clara y taxativa la interpretación que hace el Tribunal de la Directiva y la proyección que la misma comporta sobre una legislación como la nuestra, como ya se ha expuesto anteriormente. Ahora bien, esa declaración no ha quedado invalidada por la posterior sentencia 2020/807, a la que se refiere el auto de admisión, porque, de una parte, ratifica aquellas declaraciones; de otra, que de su fundamento 36, debe concluirse que nos impone a los Tribunales nacionales españoles buscar una interpretación del artículo 57 conforme a la Directiva, con el límite que comporta la inaplicación del precepto nacional, que confiere una posición más favorable a los ciudadanos extranjeros en situación irregular en nuestro País y, por tanto, no puede obviarse con la aplicación directa de la norma comunitaria.

Ese mandato es acorde con la propia naturaleza del **procedimiento** de cuestión prejudicial y los efectos de las sentencias que les ponen fin, por cuanto el objeto en estos **procedimientos** es la interpretación de los Tratados y del Derecho derivado, con exclusión del Derecho interno. Sobre esa base se declara reiteradamente por la jurisprudencia comunitaria que "la interpretación de las normas nacionales incumbe a los órganos nacionales" (S. de 30 de septiembre de 2020, asunto 402/19, ECLI:EU:C:2020:759); en cuanto "no corresponde al Tribunal de Justicia, en el contexto de un **procedimiento** prejudicial, interpretar las disposiciones legales o reglamentarias nacionales [véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de febrero de 2014, Pohotovos, C-470/12, EU:C:2014:101, apartado 60, y de 20 de enero de 2016, DHL Express (Italy) y DHL Global Forwarding



(Italy), C-428/14, EU:C:2016:27, apartado 70]." (sentencia de 30 de septiembre de 2020, asunto C-233/19; ECLI: EU:C:2020:757). Y, es que, en definitiva y como se declara en la sentencia de 30 de septiembre de 2020, antes citada, se debe "recordar que el sistema de cooperación establecido en el artículo 267 TFUE se basa en una clara separación de funciones entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia. En el marco de un **procedimiento** entablado con arreglo a dicho artículo, la interpretación de las normas nacionales incumbe a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y no al Tribunal de Justicia, sin que corresponda a este pronunciarse sobre la compatibilidad de las normas de Derecho interno con el Derecho de la Unión. En cambio, el Tribunal de Justicia es competente para proporcionar al tribunal nacional todos los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que le permitan apreciar la compatibilidad de las normas de Derecho interno con la normativa de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 17 de diciembre de 1981, Frans-Nederlandse Maatschappij voor Biologische Producten, 272/80, EU:C:1981:312, apartado 9, y de 30 de abril de 2020, CTT - Correios de Portugal, C-661/18, EU:C:2020:335, apartado 28)." Y no puede dejarse de señalar que en la sentencia de 11 de junio de 2020, asunto C-448/19 (ECLI: EU:C:2020:467) se refiere expresamente el Tribunal de Justicia a nuestro Derecho interno señalando que la función del mismo no es "pronunciarse sobre la conformidad de las normas de Derecho nacional, incluidas las de origen jurisprudencial, con las normas del Derecho de la Unión", sino la de "proporcionar al órgano jurisdiccional remitente todos los elementos de interpretación pertenecientes al Derecho de la Unión que le permitan apreciar tal conformidad para la resolución del asunto que le haya sido sometido... no corresponde al Tribunal de Justicia determinar si la interpretación que el tribunal remitente hace de las sentencias del Tribunal Supremo que cita en dicha petición es correcta ni si esas sentencias infringen el Derecho de la Unión..."

Ese alcance y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia en relación a la interpretación del artículo 57.1º de nuestra LOEX, supone que, si en nuestra reciente jurisprudencia iniciada con la sentencia 980/2018, se hace una interpretación del Derecho interno español, deberá concluirse que los efectos de la sentencia 2020/807 no tiene el carácter decisivo que pudiera pensarse en un primer momento y declarar que nuestro Derecho comporta un claro incumplimiento de la Directiva, con los relevantes efectos que ello comporta. No es esa la conclusión a que se debe llegar de las sentencias referidas, porque en ningún momento ha declarado el Tribunal de Justicia en su sentencia 2020/807 cómo debemos interpretar el mencionado precepto, sino que la forma en que se dice en la cuestión prejudicial que se ha aplicado --tan siquiera cómo se ha interpretado--, es contrario a la jurisprudencia del mismo Tribunal. Incluso, como ya antes se dijo, lo que nos impone la mencionada sentencia es que debemos indagar los Tribunales nacionales si es admisible una interpretación del mencionado precepto conforme a la Directiva

Referido el debate a la interpretación de las normas nacionales conforme a las Directivas, debe tenerse en cuenta que, como recuerda la sentencia de 14 de mayo de 2020 (asunto C-615/18; ECLI: EU:C:2020:376), "el principio de interpretación conforme del Derecho interno, en virtud del cual el órgano jurisdiccional nacional está obligado a dar al Derecho interno, en la medida de lo posible, una interpretación conforme con las exigencias del Derecho de la Unión, es inherente al régimen de los Tratados, en la medida en que permite que el órgano jurisdiccional nacional garantice, en el marco de sus competencias, la plena efectividad del Derecho de la Unión al resolver el litigio de que conozca. Además, cualquier juez nacional que conozca de un asunto, en el marco de su competencia, estará obligado, como órgano de un Estado miembro, a abstenerse de aplicar cualquier disposición nacional contraria a una disposición del Derecho de la Unión con efecto directo en el litigio de que conoce." Ello comporta " *obligación del juez nacional de utilizar como referencia el contenido del Derecho de la Unión cuando interpreta y aplica las normas pertinentes del Derecho interno*" (sentencia de 7 de agosto de 2018, asunto C-122/17, EU:C:2018:631); que " *incluye la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de modificar, en su caso, una jurisprudencia ya establecida si esta se basa en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de una directiva*" (sentencia de 4 de junio de 2020; asunto C-495/19; ECLI: EU:C:2020:431). Y profundizando en dicha idea "cabe recordar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el órgano jurisdiccional nacional no puede considerar válidamente que se encuentra imposibilitado para interpretar una norma nacional de conformidad con el Derecho de la Unión por el mero hecho de que, de forma reiterada, se haya interpretado esa norma en un sentido que no es compatible con ese Derecho o de que la apliquen así las autoridades nacionales competentes" (sentencia de 4 de marzo de 2020; asunto C- 183/18; ECLI: EU:C:2020:153). Y, en esa labor, los Tribunales nacionales han de tomar en consideración no solo "el conjunto de normas del Derecho interno, sino también que aplique métodos de interpretación reconocidos por este, para interpretarlo, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad la directiva en cuestión para alcanzar el resultado que esta persigue y, por lo tanto, atenerse al artículo 288 TFUE, párrafo tercero" (sentencia de 10 de diciembre de 2020; asunto C-735/19; ECLI: EU:C:2020:1014).

No obstante lo anterior, el principio de interpretación conforme a las normas comunitarias, pese a los relevantes efectos que supone y la efectividad que comporta de salvaguarda del Derecho comunitario, tiene determinados límites que la jurisprudencia del Tribunal ha señalado reiteradamente, como pone de manifiesto



su reciente sentencia de 21 de enero de 2021, asunto C-308/19 (ECLI: EU:C:2021:47), con abundante cita, al declarar que "el principio de interpretación conforme del Derecho nacional tiene determinados límites. Así, la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el contenido del Derecho de la Unión cuando interpreta y aplica las normas pertinentes del Derecho interno está limitada por los principios generales del Derecho, incluido el principio de seguridad jurídica, y no puede servir de base para una interpretación contra legem del Derecho nacional." Y ese límite viene impuesto por el principio de seguridad jurídica y la previsibilidad del Derecho (sentencia de 1 de octubre de 2020, asunto C-526/19; ECLI: EU:C:2020:769); de tal forma que comporta la imposibilidad de "determinar o agravar, basándose en una decisión marco [asimilada a estos efectos a las Directivas] y con independencia de una ley adoptada para la ejecución de esta, la responsabilidad penal de quienes hayan cometido una infracción" (sentencia de 4 de marzo de 2020; asunto C 183/18; ECLI: EU:C:2020:153). Ahora bien, esa interpretación se deja al criterio de los Tribunales nacionales, porque "corresponde a dicho tribunal determinar si puede proceder a una interpretación conforme con el Derecho de la Unión de la normativa nacional controvertida en el litigio principal" (sentencia de 8 de mayo de 2019; asunto C-486/18; ECLI: EU:C:2019:379).

De lo expuesto ha de concluirse que hemos de buscar una interpretación del mencionado artículo 57.1º de la LOEX conforme a los claros términos de la Directiva 2008/115, sirviéndonos para ello de todo el ordenamiento español y los criterios interpretativos que el mismo impone, con el límite de no realizar una interpretación contra legem. Y en este sentido se debe partir que el precepto cuestionado, nuestro artículo 57.1º de la LOEX, debe ser interpretado para determinar su alcance, tanto en su actual redacción como con anterioridad a la reforma de 2009, la cual, como ya se dijo, no añadió nada nuevo a su contenido. Y esa interpretación, en la medida de lo posible, debe tratar de adaptarse a los dictados de la norma comunitaria.

En esa labor debe servir de punto de partida que este Tribunal Supremo ha aplicado la doctrina fijada en la sentencia 2015/260, considerando que la estancia irregular de un extranjero en el territorio nacional debe necesariamente ser objeto de una decisión de retorno, es decir que el artículo 57.1º de la LOEX solo puede interpretarse en el sentido de considerar que la estancia irregular de un extranjero en España, solo puede ser "sancionada" con expulsión. Bien claro ha establecido el Tribunal de Justicia en las dos sentencias referidas, que una "sanción" de multa, que excluye la expulsión, es contrario a la Directiva. Ello supone que debe rechazarse, en la opción que se contiene en el precepto, la posibilidad de la sanción de multa, que no procede en ningún caso.

Esa primera conclusión requiere una mayor explicación. En primer lugar, que al suponer un efecto favorable de la Directiva para los ciudadanos, debe ser de aplicación directa. En efecto, para los extranjeros en situación irregular en España, la Directiva impone su obligación de retorno, pero, implícitamente, les está reconociendo que, si no procede esa decisión de retorno, no se le puede imponer una sanción de otra naturaleza que le autorice a permanecer en España. Así pues, y en segundo lugar, no es admisible interpretar el artículo 57.1º en el sentido de poder aplicar la pretendida opción de multa o expulsión al extranjero en situación irregular, porque; o procede su expulsión o la acción debe quedar al margen del ámbito sancionador, en el criterio que establece el mencionado precepto. La sanción de multa a la estancia irregular es una opción que ya la Directiva 2008/115 excluye de manera taxativa y lo vino a declarar de manera concreta la sentencia del TJUE de 2015; porque para la norma comunitaria, y al margen de consideraciones punitivas, la finalidad es la salida de todos aquellos extranjeros que se encuentren de manera irregular en alguno de los Estados de la Unión, lo cual es contrario a la posibilidad de imponer una sanción de multa sin dicha salida. Porque la finalidad de la Directiva es establecer las normas comunes de **procedimiento** sobre la salida de los extranjeros irregulares en el territorio de la Unión, sin otra opción admisible que los extranjeros pueden invocar directamente (sentencia de 26 de septiembre de 2013, asunto C-476/11; ECLI:UE:C:2013:590). Y nada opta a ese razonamiento que el artículo 28 de nuestra LOEX haga referencia a una tan inconcreta como ineficaz orden de salida obligatoria, que es contraria a la Directiva, en cuanto no fija su ejecución en tiempo razonable, ni se arbitran medios para dicha efectividad.

Podría objetarse a esa conclusión que es contraria a lo que ya se dijo más arriba, en el sentido de que la Directiva 2008/115 no pretende una regulación integral del régimen jurídico de los extranjeros; de donde cabría pensar que nada impide que el Legislador español pueda imponer una sanción de multa a la mera estancia irregular sin orden de salida obligatoria y en tiempo razonable. Pero no es eso lo que hace nuestro Legislador, sino que anuda y condiciona esa sanción de multa como alternativa a la expulsión, alternativa que sí vulnera palmariamente la Directiva. Y en este sentido se declaró por el Tribunal de Justicia que "un Estado miembro no puede aplicar una normativa penal que pueda poner en peligro la realización de los objetivos perseguidos por la Directiva 2008/115, y como consecuencia privarla de su efecto útil..., si bien es cierto que, en principio, la legislación penal y las normas de **procedimiento** penal son competencia de los Estados miembros, el Derecho de la Unión puede afectar a dicha rama del Derecho. [véanse, en este sentido, las sentencias de 28 de abril de 2011, El Dridi, C- 61/11 PPU, EU:C:2011:268, apartados 53 a 55; de 6 de diciembre de 2011, Achughbaban, C-329/11, EU:C:2011:807, apartado 33, y de 6 de diciembre de 2012, Sagor, C-430/11, EU:C:2012:777, apartado

32] (sentencia de 17 de septiembre de 2020; asunto C-806/2018. ECLI: EU:C:2020:724). Es indudable que esas consideraciones y conclusiones son tanto más concluyentes para el Derecho **Administrativo** Sancionador, que es donde se sitúa ahora el debate.

Es decir, conforme a lo expuesto respecto de esta primera conclusión en la interpretación del precepto que genera la polémica; o hay mera estancia que no genera expulsión, o hay estancia irregular y necesariamente debe acordarse la expulsión, sin posibilidad de otra sanción que no comporte esa medida. Ese es el régimen jurídico que se impone en la Directiva a los ciudadanos extranjeros en situación irregular en territorio de cualquier Estado de la Unión y esa es la interpretación que debe hacerse del artículo nacional.

Esa primera conclusión de la interpretación de nuestro artículo 57.1º conforme a la Directiva, allana el camino para ajustarnos a los criterios que impone el Tribunal de Justicia en las dos sentencias de referencia. Esto es, la necesidad de dictar una orden de retorno para los extranjeros en situación irregular. Porque esa exigencia de la Directiva se ha de vincular ya solo en relación a la orden de expulsión, como única posibilidad en la aplicación del mencionado precepto, de donde ha de concluirse que la cuestión se centra en determinar cuándo esa situación de estancia irregular exige dictar la orden de expulsión. En ese debate debe traerse a colación el distinto ámbito objetivo de que parten nuestra LOEX y la Directiva.

En nuestro Derecho, en el régimen que se establece en la LOEX, precisamente por hacer una regulación integral del régimen de los extranjeros, la mera estancia irregular, sin mayores circunstancias, se tipifica como infracción grave (artículo 53.1º.a), que debe ser sancionada con multa (artículo 55.1º.b), si bien puede ser también sancionada con expulsión (artículo 57.1º), en aplicación del principio de proporcionalidad, suficientemente motivado. Es decir, para nuestro Legislador, en una normativa que se impuso con anterioridad a la aprobación de la Directiva, el mero hecho de la estancia irregular, sin mayores consideraciones subjetivas ni otras objetivas de agravación de tal conducta, comporta la infracción.

Sin embargo, no es ese el ámbito objetivo del que parte la Directiva. En efecto, el artículo 6 de la Directiva impone la obligación de los Estados de dictar una decisión de retorno --**acto administrativo** o judicial que se erige en el elemento esencial del régimen que se establece--, que se vincula a la situación de estancia irregular. No obstante lo anterior, es lo cierto que si bien en la definición que de esa estancia se hace en el artículo 3.2º, referida a la mera presencia, sin cumplir o haber dejado de cumplir las condiciones de entrada; no lo es menos que la misma norma comunitaria no toma en consideración ese automatismo y así cabe concluirlo del considerando sexto que precede a su articulado, en el que se declara expresamente que la finalidad de la norma es que "los Estados miembros se aseguren de que la finalización de la situación irregular de nacionales de terceros países se lleve a cabo", pero para añadir inmediatamente que esa finalidad debe realizarse "mediante un **procedimiento** justo y transparente. De conformidad con los principios generales del Derecho comunitario, las decisiones que se tomen en el marco de la presente Directiva deben adoptarse de manera individualizada y fundándose en criterios objetivos, lo que implica que se deben tener en cuenta otros factores además del mero hecho de la situación irregular."

Sobre esos presupuestos, el Tribunal de Justicia ha venido acuñando una prolija doctrina jurisprudencial que ha delimitado el alcance de la decisión de retorno y, lo que es más relevante a los efectos del debate aquí suscitado, los presupuestos que la misma requiere, que exceden de ese automatismo que cabe concluir del artículo 6 de la Directiva, cuya redacción está condicionada por la propia naturaleza de estas peculiares normas del Derecho de la Unión, que vinculan en cuanto al resultado que se impone a los Estados. Porque en la interpretación del precepto por el Tribunal de Justicia la decisión de retorno no queda vinculada a la mera estancia irregular, como sucede en el Derecho español, sino que, con base a lo declarado en el antes mencionado fundamento de la Directiva, se declara reiteradamente por la jurisprudencia comunitaria, la necesidad de que la decisión de retorno se adopte "de manera individualizada y fundándose en criterios objetivos", de donde se llega a la conclusión que debe "tener en cuenta otros factores además del mero hecho de la situación irregular" (sentencia de 7 de junio de 2016, asunto C-47/15; ECLI: EU:C:2016:408). Es decir, para la norma comunitaria, la mera estancia irregular sin la concurrencia de otros "factores", no comporta la necesidad de adoptar una decisión de retorno, en el bien entendido que esa referencia a la necesidad de esos otros factores, en modo alguno se vinculan, en esa jurisprudencia, a los supuestos en que la propia Directiva excluye la posibilidad de dictar una decisión de retorno en el propio artículo 6 ni, incluso a nivel más genérico, en los artículos 4 y 5.

Especial consideración ha merecido al Tribunal de Justicia que la decisión de retorno haya de adoptarse en el seno de un **procedimiento**, que se impone debe ser "justo y transparente" (sentencia de 7 de junio de 2016, antes citada) y en el que se respeten los derechos humanos y las garantías procedimentales (sentencia de 19 de junio de 2018, asunto C-181/16; ECLI: EU:C:2018:465), en el cual se termine, en su caso, adoptando la decisión de retorno, que deberá dictarse por escrito, estar motivada y dar oportunidad de ser recurrida de manera efectiva y mediante control judicial (sentencia de 2 de julio de 2020, asunto C-18/19; ECLI:



EU:C:2020:511). Y en esa exigencia del **procedimiento** y sus garantías, se ha declarado en la sentencia de 5 de noviembre de 2014, C-166/13 (ECLI: EU:C:2014:2336) que se impone "la obligación para las autoridades nacionales competentes de permitir al interesado expresar su punto de vista sobre las modalidades de su retorno, a saber, el plazo de salida y el carácter voluntario u obligatorio del retorno (...) [que se adopta] de conformidad con los principios generales del Derecho de la Unión, incluido el de proporcionalidad,... que deben adoptarse de manera individualizada y teniendo debidamente en cuenta los derechos fundamentales de la persona interesada."

Así pues, solo tras la tramitación del **procedimiento** con tales exigencia es posible poder adoptarse una decisión de retorno, pero siempre que resulte "comprobada la irregularidad de la situación" (sentencia de 14 de enero de 2021, asunto C-441/2019; ECLI: EU:C:2021:9), rechazándose que esa decisión pueda adoptarse "de manera automática, por vía normativa o mediante la práctica, de conceder un plazo de salida voluntaria... exige que se compruebe de manera individualizada si la ausencia de tal plazo sería compatible con los derechos fundamentales de esa persona" (sentencia de 11 de junio de 2015, asunto C-554/13; ECLI: EU:C:2015:377).

En definitiva, para el Tribunal de Justicia, los mandatos de la Directiva deben vincularse, no solo a la mera estancia irregular de los extranjeros en cualquier Estado de la Unión, sino que deberán valorarse otros factores concurrentes, de manera individualizada y tras seguir un **procedimiento** con plenas garantías, pero siempre atendiendo al principio de proporcionalidad. Cabe concluir de lo expuesto, de otra parte, que la mera estancia irregular, sin la concurrencia de otros factores, no puede justificar una decisión de retorno.

Retomando la idea antes expuesta, desde el punto de vista objetivo, la mera estancia, en el régimen de nuestra LOEX, genera ya efectos jurídicos (sanción); en tanto que para la Directiva, solo la estancia con determinados factores, comporta dictar una orden de retorno. Y aun cabe añadir que, pese a ese diferente régimen objetivo (asimilado al excluir la multa), ambos ordenamientos refieren la determinación de la expulsión (única opción a considerar en el artículo 57.1º), en última instancia, al principio de proporcionalidad. Y, en relación a lo que aquí es objeto de debate, si la cuestión que se suscita en este recurso de casación es determinar la incidencia de la sentencia 2020/807 en la interpretación del precepto nacional, debe examinarse esa incidencia desde el punto de vista del mencionado principio.

El principio de proporcionalidad constituye un principio general del derecho, con especial incidencia en el ámbito punitivo y en el ámbito de protección de los derechos fundamentales, como ha tenido ocasión de declarar reiteradamente nuestro Tribunal Constitucional (por todas, sentencia 39/2016, de 3 de marzo; ECLI:ES:TC:2016:39; y la 186/2000, de 10 de julio; ECLI:ES:TC:2000:186, a la que se remite). Dicho principio trata de realizar el denominado juicio de ponderación, entendido como el equilibrio necesario que debe establecerse entre los intereses generales a que obedece la norma y los valores o bienes de los ciudadanos en conflicto que se ven sacrificados con su aplicación.

Centrado el debate en la aplicación del principio de proporcionalidad, debemos añadir que, si bien la Directiva no se refiere al mismo en ninguno de sus preceptos --sí se hace mención a él en los considerandos, aunque para los internamientos y medidas cautelares--, es lo cierto que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia lo erige en una exigencia especial a la hora de interpretar la Directiva y sus efectos. En ese sentido, la sentencia de 11 de junio de 2015, asunto C- 554/13 (ECLI: EU:C:2015:377), recuerda que "... como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, el respeto del principio de proporcionalidad debe garantizarse durante todas las fases del **procedimiento** de retorno regulado por dicha Directiva, incluida la fase relativa a la decisión de retorno... (véase, en este sentido, la sentencia El Dridi, C-61/11 PPU, EU:C:2011:68, apartado 41). C-554/13, de 11 de junio de 2015; ECLI: EU:C:2015:377.)" En el mismo sentido, las sentencias de 11 de junio de 2015, asunto C-554/13 (ECLI:EU:C:2015:377) y de 15 de febrero de 2016, asunto C-601/15; (ECLI: EU:C:2016:84); con abundante cita.

Lo expuesto adquiere especial relevancia porque, si el criterio de distinción que ha de considerarse establece nuestro artículo 57.1º para ordenar la expulsión, que equivale en la Directiva a la decisión de retorno y su ejecución, es el principio de proporcionalidad, y aunque nuestro Legislador no impusiera dicho principio pensando en la exigencia de la Directiva que tan deficiente y confusamente se ha traspuesto, deberá convenirse que al interpretar el precepto nacional deberemos tomar en consideración lo declarado al respecto por el Tribunal de Justicia, y ello por cuanto nuestra normativa debe ser interpretada conforme a la Directiva, en la forma que resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. No hay, pues, en esa conclusión una interpretación contra legem, sino todo lo contrario y, en definitiva, a ello nos obliga el artículo 4.bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En resumen, si el artículo 57.1º impone determinar cuándo procede dictar una orden de expulsión en base al principio de proporcionalidad, debemos tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Sobre ese presupuesto deberá concluirse que el juicio de proporcionalidad deberá tomar en consideración, de un lado, la finalidad de la norma, de otro, los derechos de los ciudadanos que en su aplicación se vean



afectados, debiendo estos estar en proporción a aquella finalidad. Y en ese proceso está claro que la finalidad de la norma, tanto de la Directiva como de nuestro artículo 57, interpretado conforme a la misma, no es otro ya que la salida imperativa de todo ciudadano de un tercer Estado que se encuentre en España de manera irregular. Y en relación a los derechos de los ciudadanos afectados por dicha finalidad, la expulsión, debe adoptarse, conforme ya hemos visto, cuando la estancia obedezca a factores determinantes que hagan necesaria dicha imposición; es decir, conforme a la jurisprudencia comunitaria es el juicio de proporcionalidad el que determinar, en función de los factores añadidos a la mera estancia irregular, cuando procede dictar una decisión de retorno. En esa interpretación, en nuestro artículo 57.1º el principio de proporcionalidad ha de aplicarse ya para determinar cuándo la estancia irregular pueda o no dar lugar a la expulsión, única medida ya posible. Y en esa tesitura, resulta manifiesto que para poder adoptar una decisión de esa entidad, la única interpretación admisible, conforme a la propia jurisprudencia comunitaria, es atender a factores añadidos a la mera estancia, que justifique –ello comporta el juicio de proporcionalidad– la expulsión. Y, a sensu contrario, ni en la Directiva, ni ahora en nuestro Derecho, la mera estancia irregular sin esos factores puede dar lugar a una decisión de retorno, es decir a una orden de expulsión. Es más, en aplicación del principio de proporcionalidad y el juicio de ponderación que le es propio, deberá convenirse que si a la mera estancia no hay factores concurrentes, no hay nada que ponderar a los efectos de justificar una decisión de retorno o expulsión, esa sería la conclusión de la aplicación del referido principio que inspira la Directiva y que impone de manera taxativa nuestro artículo 57.1º.

Referido ya el debate a un problema de límites o, si se quiere, a la determinación de las circunstancias o factores de la estancia que, conforme al juicio de proporcionalidad, legitiman una orden de expulsión, es indudable que si dicha valoración ha de realizarse de manera individualizada, es decir, atendiendo a las circunstancias que resulten del **procedimiento**, el debate se relega a un tema de motivación de la decisión en que se impone la orden de expulsión.

La motivación de los **actos administrativos** ha sido siempre una exigencia tradicional en nuestro Derecho –en la actualidad, en el artículo 35 de la Ley del **Procedimiento Administrativo** Común de las Administraciones Públicas– y constituye una exigencia reforzada conforme a la jurisprudencia comunitaria, a la hora de establecer los criterios de la aplicación de la normativa sobre extranjería en general, precisamente por la necesidad, como antes hemos visto en esta concreta materia regulada en la Directiva 2008/115, de individualizar las medidas que se imponen. De esa garantía de los ciudadanos se hace un exhaustivo estudio en nuestra sentencia 321/2020, de 4 de mayo, dictada en el recurso de casación 5364/2018 (ECLI:ES:TS:2020:753), tomando en consideración los criterios que al respecto se han establecido por este Tribunal Supremo, nuestro Tribunal Constitucional, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; que debe traerse a este debate a los efectos de poder concretar la necesidad de individualizar las condiciones que deben determinar, de conformidad con la interpretación que se ha concluido del artículo 57.1º, la orden de expulsión. Especial consideración merece la exigencia que impone la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, que se reseña en dicha sentencia, sobre el alcance de la motivación de los resoluciones administrativas que, en la medida que afecta a derechos de indudable relevancia de los ciudadanos, deja ya de ser un importante requisito formal de los **actos administrativos**, para integrarse en una exigencia constitucional, en cuanto las decisiones que se adoptan afectan a derechos fundamentales de las personas, como sucede en el caso que examinamos. Ello da idea de la necesidad de la motivación de las decisiones administrativas, que constituye la garantía de que la decisión de retorno deba adoptarse de manera individualizada, valorando todos los derechos afectados por esa decisión, exigencia que no comporta sino aplicar el principio de proporcionalidad que se impone tanto por la Directiva como por nuestro Derecho interno.

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

De la vigencia de dicha jurisprudencia a los efectos expuestos da idea que se partía del hecho que la mera estancia irregular, sin la concurrencia de circunstancias que agravaran dicha conducta, no podía servir para justificar la expulsión, criterio que se declaró de una forma inconcusa en los pronunciamientos de este Tribunal



Supremo (por todas, sentencia de 28 de noviembre de 2008; ECLI:ES:TS:2008:6172); que es precisamente la conclusión a que llega la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, como ya hemos expuesto anteriormente.

De otra parte, partiendo de la exigencia de esa necesaria concurrencia de circunstancias que agraven la estancia, es también un criterio reiterado por esa jurisprudencia que, aun cuando en la resolución en que se imponga la expulsión no se haga constar de manera expresa, en la medida que aparezcan claramente constatadas en el expediente, nada impide que los Tribunales de lo Contencioso, al revisar esas resoluciones, puedan tenerlas en cuenta al examinar su legalidad. Otra cosa sería incurrir en un exceso de formalismo que el propio Tribunal Supremo rechaza (sentencia de 14 de junio de 2007; ECLI:ES:TS:2007:4157).

En cuanto a las concretas circunstancias que para este Tribunal Supremo tenían virtualidad suficiente para justificar la expulsión, del examen de esa jurisprudencia se llega a la conclusión de que, en la mayoría de los supuestos, se consideró suficiente el encontrarse el extranjero en situación irregular pero sin documentación alguna por la que pudiera ser identificado (sentencia de 27 de mayo de 2008; ECLI:ES:TS:2008:2379), o incluso con el añadido de ignorar, por esa ausencia de documentación, no solo los datos personales, sino la forma de entrada en territorio nacional (sentencias de 26 de diciembre de 2007; ECLI:ES:TS:2007:8567; 14 de junio de 2007; ECLI:ES:TS:2007:4157 y de 5 de junio de 2007; ECLI:ES:TS:2007:4767). Y del examen de esa jurisprudencia y siempre a título ejemplificativo, se constata que también se ha considerado como causa justificativa de la expulsión, no haber cumplimentado voluntariamente una orden previa de salida obligatoria, adoptada conforme a lo establecido en el artículo 28 de la LOEX, a que antes se hizo referencia (sentencia de 22 de febrero de 2007; ECLI:ES:TS:2007:1235). O la constatación de que la residencia autorizada fue obtenida de manera fraudulenta, basada en hechos posteriormente declarados falsos y revocada dicha residencia (sentencia de 8 de noviembre de 2007; ECLI:ES:TS:2007:7390).

En esa misma línea, han de servir de criterio de interpretación, los supuestos a que se hace referencia en el artículo 63.1º, párrafo segundo. El mencionado precepto fue modificado con ocasión de la Ley de 2009, que pretendió la adaptación de nuestra Ley a la Directiva y su redacción pone de manifiesto que su contenido está vinculado a los mandatos de la norma comunitaria. En dicho precepto, al regular el denominado **procedimiento** de expulsión preferente, se acoge lo establecido en el artículo 7.4º de la Directiva, referido a los supuestos en que la decisión de retorno puede ejecutarse sin conceder los plazos establecidos con carácter general en el párrafo primero del mismo artículo. Debe destacarse que nuestro precepto recoge unas circunstancias que tienen una mayor amplitud que las establecidas en la Directiva, acogiendo el criterio potestativo que la misma impone. Pues bien, deberá concluirse que esas circunstancias, que en el régimen de la Directiva no solo sirven para adoptar la decisión de retorno, sino que la misma pueda realizarse de manera inminente, deben ser tomadas en consideración a la hora de establecer los supuestos en que debe imponerse la orden de expulsión de los extranjeros irregulares. En este sentido deben ser tomadas en consideración el hecho de que el extranjero en estancia irregular constituya "un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional"; conceptos jurídicos indeterminados que permiten, mediante una valoración individualizada y plenamente contrastada, en un **procedimiento** con plenas garantías, la necesidad de adoptar una orden de expulsión. Otro tanto cabe decir de la previsibilidad de que el extranjero en situación irregular, por las peculiaridades que se acrediten, trate de evitar o dificultar la expulsión, incluido el riesgo de incomparecencia, a que se refiere el precepto de Derecho interno.

No está de más añadir, con la finalidad de establecer criterios orientativos de las circunstancias que pueden servir para motivar una orden de expulsión que la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, de la Dirección General de la Policía, del Ministerio del Interior, ha dictado la Instrucción 11/2020, de 23 de octubre de 2020, precisamente para la aplicación de las mencionadas sentencias del TJUE 2015/260 y 2020/807. En la misma, se consideran como circunstancias " *que puedan motivar dicha*" propuesta de expulsión, al amparo de lo establecido en el artículo 57.1º.a) de la LOEX, las siguientes, a título meramente ejemplificativos: " *Haber sido detenido el extranjero en el marco de la comisión de un delito o que al mismo le consten antecedentes penales. Que el extranjero invoque una falsa nacionalidad. La existencia de una prohibición de entrada anterior. Carencia de domicilio y documentación. El incumplimiento de una salida obligatoria. Imposibilidad de comprobar cómo y cuándo entró en territorio español determinada por la indocumentación del extranjero, o la ausencia de sello de entrada en el documento de viaje.*"

Es manifiesto –la misma Instrucción reseñada parte de dicha premisa–, que los descritos no pueden agotar los supuestos en los que, las circunstancias concurrentes desde el punto de vista objetivo o subjetivo de la estancia pueden justificar un factor añadido a la mera estancia que justifiquen la orden de expulsión, como se viene sosteniendo; pero si constituyen un elemento de interpretación de la naturaleza de dichas circunstancias, en el bien entendido de que esas circunstancias, ha de insistirse, deben ser valoradas de manera individualizada, tras seguirse un **procedimiento** con plenas garantías para los afectados y en el que



se dicte una resolución suficientemente motivada en hechos y valoraciones plenamente acreditadas, que justifiquen la procedencia de la orden de expulsión.

No puede silenciarse que con lo concluido se termina acogiendo la anterior jurisprudencia de este Tribunal Supremo para cuando se interpretó el mencionado artículo 57.1º antes de la efectividad de la Directiva 2008/115, porque, a la postre, venimos a confirmar que " *la expulsión requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal...*" (sentencia, antes citada, de 4 de octubre de 2007, ECLI:ES:TS:2007:6679). Aun cuando fuera así, es importante señalar que de los argumentos que anteceden esa conclusión no se hace ya en una abierta confrontación con la norma comunitaria, sino interpretando el precepto conforme a la Directiva, que es el cometido impuesto. Pero es que los razonamientos anteriores comportan una mayor incidencia en esa interpretación previa a la Directiva y la integración de nuestra norma en las exigencias de ésta, al excluir la posibilidad de sancionar la estancia irregular con sanción de multa sin expulsión, que distorsionaba el régimen legal y era contrario a la Directiva.

Y en ese estado de cosas debe dejarse constancia que este tan farragoso régimen que se había establecido en nuestra LOEX sobre la expulsión de los extranjeros en situación irregular, que viene, en sus más elementales principios, de la redacción originaria de la Ley en 2000, se ha mantenido con la confusión añadida de haber declarado nuestro Legislador que se reformaba la Ley para adaptar la Directiva 2008/115; originando una intensa problemática, no solo en su aplicación por la Administración, que es la destinataria de la norma, sino incluso a nivel jurisprudencial, como se ha puesto de manifiesto, con el riesgo de incurrir en un incumplimiento del Derecho comunitario de indudable trascendencia. Y esa circunstancia no debió ser ignorada por nuestro Legislador, que ha reformado la Ley hasta en veinticinco ocasiones, cinco de ellas tras la sentencia del TJUE de 2015, que bien debieron merecer haber acometido una reforma del tan problemático artículo 57.1º, evitando es confusa regulación.

CUARTO. Propuesta para la cuestión que suscita interés casacional.

El planteamiento general que se describe en los anteriores fundamentos permite concretar la respuesta a la cuestión de interés casacional que se suscita en este recurso de casación, que se centra en determinar el alcance de la sentencia del TJUE 2020/807, relativa a la interpretación de la Directiva 2008/115, en relación a la consideración que merece la expulsión del territorio español, bien como sanción preferente a imponer a los extranjeros que hayan incurrido en las conductas tipificadas como graves en el art. 53.1.a) LOEX o sí, por el contrario, la sanción principal para dichas conductas es la multa, siempre que no concurren circunstancias agravantes añadidas a su situación irregular.

Para responder a esta cuestión resulta determinante tener en consideración, como se desprende de lo expuesto con anterioridad, la distinta concepción jurídica y regulación de la estancia irregular de nacionales de terceros países en territorio de un Estado miembro en el Derecho de la Unión y en el Derecho interno. Esta distinta consideración de la estancia irregular en el derecho comunitario y el derecho interno, pone de manifiesto una primera controversia, en cuanto en la Directiva la única respuesta prevista es la decisión de retorno, de acuerdo con las normas y **procedimiento** establecidos, que se impone a los Estados miembros, mientras que en nuestra legislación se establece la posibilidad de que dicha respuesta se sustituya por la imposición de una multa.

Pues bien, a esta primera controversia se refiere la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tantas veces citada, 2015/260, en la que se declara 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*".

En congruencia con dicha sentencia se dictó por esta Sala la sentencia 980/2018, en la que se concluye que, en los supuestos de estancia irregular, lo procedente es decretar la expulsión del extranjero, salvo que concorra 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, sin que dicha decisión de expulsión pueda sustituirse por la sanción de multa.

Tales pronunciamientos judiciales ponen de manifiesto la existencia de una norma de derecho interno incompatible con la Directiva, en cuanto permite eludir la única respuesta de retorno, prevista para la situación de estancia irregular, mediante la imposición de una sanción de multa, incompatibilidad de la norma interna que, ya sea debida a su preexistencia a la Directiva o consecuencia de una deficiente transposición por el



Estado miembro, no puede desconocerse por el juzgador en su función de interpretación del ordenamiento jurídico y elección de la norma aplicable.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

QUINTO. Examen de la pretensión accionada en el proceso.

La aplicación de la interpretación que se ha concluido en los anteriores fundamentos obliga a la estimación del presente recurso de casación. Para ello sería suficiente con constatar que, tanto el contenido de la resolución administrativa originariamente impugnada, como la fundamentación de las sentencias de las dos instancias, vienen a aplicar la doctrina conforme a la cual la mera estancia comporta la expulsión al no concurrir "circunstancias excepcionales" en el sancionado, pero sin que se haya hecho constar en ninguna de dichas actuaciones, si es apreciable la concurrencia de factores o circunstancias añadidas a la mera estancia irregular en nuestro País, conforme a la interpretación anteriormente realizada. Y en la medida que la resolución impugnada impone la sanción de expulsión, que debe estar condicionada a lo establecido en la mencionada Directiva, debe estimarse el recurso y casando la sentencia de instancia, debe anularse la resolución originariamente impugnada, sin que, como se suplica por la parte recurrente en casación, pueda imponerse una sanción de multa en sustitución de dicha medida.

SEXTO. Costas procesales.



De conformidad con lo establecido en el artículo 93.4º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no ha lugar a la imposición de las costas de este recurso, al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes. Y en cuanto a las ocasionadas en el recurso de apelación, de conformidad con lo establecido en el artículo 139 de la mencionada Ley procesal, no procede hacer declaración concreta de condena, por existir dudas razonables, como ya se apreció en la primera instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido Primero. Que la respuesta a la cuestión que suscita interés casacional objetivo es la que se concluye en el fundamento cuarto de esta sentencia.

Segundo. En aplicación de dicha interpretación, ha lugar al recurso de casación interpuesto por Don Jose Ramón , contra la sentencia 25/2020, de 17 de enero, dictada por la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-**Administrativo**, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el rollo de apelación 1013/2018, mencionada en el primer fundamento.

Tercero. En su consecuencia, se casa y anula la mencionada sentencia, que se declara sin valor ni efecto alguno.

Cuarto. En su lugar, se estima el recurso de apelación interpuesto por el mencionado recurrente, contra la sentencia 273/2018, de 29 de octubre, del Juzgado de lo Contencioso-**Administrativo** número 26 de los de Madrid, dictada en el **procedimiento** abreviado 198/2017, impugnando la resolución de la Delegación del Gobierno en ésta Comunidad Autónoma, de 5 de abril de 2017 (expediente NUM000), por la que se decreta su expulsión del territorio nacional y prohibición de entrada en España durante el periodo de dos años, como consecuencia de la comisión de una infracción de las previstas en el artículo 53.1º.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España; resolución que se anula por no estar ajustada al ordenamiento jurídico.

Quinto. No ha lugar a hacer concreta imposición de las costas de este recurso de casación, ni de las ocasionadas en la apelación.

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.