



Roj: **STSJ M 11877/2015 - ECLI:ES:TSJM:2015:11877**

Id Cendoj: **28079330102015100626**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **10**

Fecha: **14/10/2015**

Nº de Recurso: **253/2015**

Nº de Resolución: **638/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **RAFAEL VILLAFÁÑEZ GALLEGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Décima C/ Génova, 10 , Planta 2 - 28004

33010280

NIG: 28.079.00.3-2013/0008895

Recurso de Apelación 253/2015

Recurrente : D. Saturnino

LETRADO D. MANUEL FIGUERAS ALVAREZ, PASEO: CASTELLANA, 264 Esc/Piso/Prta: 5º IZDA C.P.:28016 Madrid (Madrid)

Recurrido : DELEGACION DEL GOBIERNO EN MADRID

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA N° 638/2015

Presidente:

Dña. Mª DEL CAMINO VÁZQUEZ CASTELLANOS

Magistrados:

Dña. FRANCISCA ROSAS CARRION

D. RAFAEL VILLAFÁÑEZ GALLEGO

D. Mª DEL MAR FERNÁNDEZ ROMO.

En la Villa de Madrid, a 14 de octubre de 2015.

VISTO por la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el recurso de apelación que con el número **253/15** ante la misma pende de resolución y que fue interpuesto por el Letrado **don Manuel Figueras Álvarez**, en nombre y representación de **don Saturnino** , contra la Sentencia de 13 de octubre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de los de esta Villa, y en el Procedimiento Abreviado seguido ante el mismo con el número 167/2013, por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por aquel contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid, de 1 de abril de 2013, por la que se acordó la expulsión del recurrente del territorio nacional, con la consiguiente prohibición de entrada en España por un período de tres años a contar desde la fecha en que se lleve a efecto.

Ha sido parte apelada la **DELEGACIÓN DEL GOBIERNO** representada y asistida por el **Abogado del Estado**.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 13 de octubre de 2014, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de los de esta Villa y en el Procedimiento Abreviado seguido ante el mismo con el número 167/13, se dictó Sentencia cuyo Fallo, literalmente transcrito, dice así:

"Debo desestimar y desestimo el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución de la Excm. Sr^a Delegada del Gobierno en la Comunidad Autónoma de Madrid, de fecha 1 de abril de 2013, dictada en expediente nº NUM000 , ref^a 5438 de la Comisaría de Policía de Parla (Madrid), por la que se ordena la expulsión del territorio nacional español de D. Saturnino , con NIE NUM001 , nacional de Marruecos, nacido el día NUM002 de 1987, en Arbaa Taourirt (Marruecos), con pasaporte nº NUM003 , con prohibición de entrada por 3 años, declarando la resolución impugnada ajustada a Derecho y confirmándola íntegramente.

Con expresa imposición de costas al demandante, por ministerio de la Ley."

SEGUNDO.- Notificada que fue la anterior resolución a las partes, se interpuso por don Saturnino , representado y asistido por el Letrado **don Manuel Figueras Álvarez**, recurso de apelación que, tras ser admitido a trámite se sustanció por sus prescripciones legales ante el Juzgado de que se viene haciendo mención y elevándose las actuaciones a esta Sala.

Se ha opuesto a la apelación la **DELEGACIÓN DEL GOBIERNO** representada y asistida por el **Abogado del Estado**.

TERCERO.- Recibidas que fueron las actuaciones en esta Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se acordó formar el presente rollo de apelación y dar a los autos el trámite previsto en los artículos 81 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; y se señaló para la votación y fallo del presente recurso de apelación la audiencia del día 15 de julio de 2015, fecha en que se dejó sin efecto, al plantear la Sala tesis a las partes y concederles trámite de alegaciones, evacuado el cual se procedió a efectuar nuevo señalamiento para el día 23 de septiembre de 2015, en que tuvo lugar, siendo designada ponente D^a FRANCISCA ROSAS CARRION.

CUARTO. - En fecha 7/10/2015 se ha dictado providencia en la que ha sido designado ponente D. RAFAEL VILLAFÁÑEZ GALLEGO, en sustitución de D^a FRANCISCA ROSAS CARRION, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 206 de la LOPJ .

Ha sido Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. RAFAEL VILLAFÁÑEZ GALLEGO, quien expresa el parecer de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Saturnino recurre en apelación la sentencia núm. 386/2014, de 13 de octubre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo núm. 3 de Madrid .

La sentencia desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el ahora apelante contra la Resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid, de fecha 1 de abril de 2013, por la que se acordó su expulsión del territorio nacional.

SEGUNDO.- En lo que interesa al presente recurso de apelación, la sentencia de primera instancia razona, en el Fundamento de Derecho Tercero, que *" no se aprecia falta de proporcionalidad de la resolución, puesto que se trata de un extranjero que en el momento de la intervención policial se hallaba indocumentado (...) El demandante tenía autorización de residencia, 1ª renovación, válida hasta el día 27 de agosto de 2011, por lo que en el momento de la detención, 13 de marzo de 2013, llevaba año y medio sin renovar, sin que ofrezca una explicación de esa falta de renovación "*. Y en el Fundamento de Derecho Cuarto: *" la parte actora carece de arraigo en España, no aporta documento ni prueba alguna de la residencia en España del demandante, ni su vinculación con nuestro país, salvo el empadronamiento en Parla (Madrid) el 1 de septiembre de 2008 (folio 18 de los autos), ni los medios por los que se gana la vida en nuestra patria "*.

TERCERO.- La parte apelante solicita la revocación de la sentencia de instancia por entender que vulnera el art. 55.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero , sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, al no haberse justificado por qué la Administración ha acudido a la sanción de expulsión y no a la de multa.

CUARTO. - El Abogado del Estado solicita la confirmación de la sentencia de instancia por entender que la sanción de expulsión era la procedente en atención a las circunstancias del caso.



QUINTO. - Concedido traslado a las partes para que alegaran sobre la incidencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015 (asunto C- 38/14 , Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa y Samir **Zaizoune**) en la resolución del presente recurso, la parte apelante manifestó que dicha resolución es contradictoria con otras del mismo Tribunal de Justicia, en concreto, la sentencia de 6 de diciembre de 2012 (asunto C-430/11 , Md Sagor). El Abogado del Estado, en cambio, considera que resulta plenamente aplicable al presente caso -" el Tribunal de Justicia ha afirmado de forma harto clara y rotunda que la medida a acordar frente a los nacionales de terceros países que se encuentren dentro del territorio de un Estado Miembro es la de acordar su expulsión "- e invoca el carácter vinculante de la jurisprudencia comunitaria.

SEXTO. - Para la decisión del presente recurso de apelación debemos partir, en primer lugar, de la primacía del Derecho de la Unión sobre el interno, tal y como se proclamó por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 9 de marzo de 1978 (asunto C-106/77 , Amministrazione delle Finanze dello Stato y SpA Simmenthal), en la que se declaró que " Los Jueces nacionales encargados de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, están obligados a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que estén obligados a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o mediante otro procedimiento constitucional ".

SÉPTIMO. - El propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en segundo lugar y en lo que específicamente atañe a la materia litigiosa controvertida en el presente recurso, ha declarado en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015 (asunto C- 38/14 , Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa y Samir **Zaizoune**) 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 ".

Por su interés, reproduciremos parte de la fundamentación de la sentencia citada (apartados 30 a 40):

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

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

32 En efecto, una vez comprobada la irregularidad de la situación, las autoridades nacionales competentes deben, en virtud de dicho precepto y sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5 del mismo artículo, adoptar una decisión de retorno (sentencia Achughbaban, C-329/11, EU:C:2011:807, apartado 31). A este respecto, ningún dato del expediente remitido al Tribunal de Justicia permite suponer que el Sr. Ismael se encuentre en una de las situaciones contempladas en dichos apartados.

33 Asimismo, ha de señalarse que, cuando se ha adoptado una decisión de retorno respecto a un nacional de un tercer Estado, pero éste no ha respetado la obligación de retorno, ya sea en el plazo concedido para la salida voluntaria, ya sea cuando no se ha fijado plazo alguno al efecto, el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2008/115 impone a los Estados miembros, con objeto de garantizar la eficacia de los procedimientos de retorno, la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para proceder a la expulsión del interesado, esto es, como dispone el artículo 3, punto 5, de la citada Directiva, al transporte físico del interesado fuera del Estado miembro (véase, en este sentido, la sentencia Achughbaban, C-329/11, EU:C:2011:807, apartado 35).

34 Por otra parte, debe recordarse que tanto del deber de lealtad de los Estados miembros como de las exigencias de eficacia recordadas en particular en el considerando 4 de la Directiva 2008/115, se deriva que la obligación impuesta a los Estados miembros por el artículo 8 de la citada Directiva de proceder a la expulsión, en los supuestos mencionados en el apartado 1 de ese artículo, debe cumplirse lo antes posible (véase la sentencia Sagor, C-430/11 , EU:C:2012:777, apartado 43 y jurisprudencia citada).

35 De ello se deriva que una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal no responde a las manifiestas exigencias impuestas por los artículos 6, apartado 1 , y 8, apartado 1, de la Directiva 2008/15 .



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 *Achughbaban*, C-329/11, EU:C:2011:807, apartado 33 y jurisprudencia citada).

40 De lo anterior se desprende 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 *Achughbaban*, C-329/11, EU:C:2011:807, apartado 39)".

OCTAVO.- La aplicación de lo expuesto conduce, en tercer lugar, a la desestimación de la pretensión revocatoria fundamentada en la infracción del 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, pues su eventual estimación supondría no garantizar la plena eficacia de las normas comunitarias interpretadas en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015 (asunto C- 38/14, Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa y Samir **Zaizoune**).

NOVENO. - Frente a la anterior conclusión, la parte apelante opone que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta contradictoria, pues también ha declarado que una normativa nacional que sanciona la situación irregular de un extranjero con una pena de multa que puede ser sustituida por una pena de expulsión sí resulta compatible con 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.

Al respecto de esta alegación debemos decir que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea invocada por la parte apelante, sentencia de 6 de diciembre de 2012 (asunto C-430/11, Md Sagor), al interpretar la adecuación de la normativa italiana a la Directiva 2008/115/CE, declara que esa compatibilidad se produce en atención a las circunstancias siguientes:

"35 A este respecto, procede señalar, en primer lugar, que la adopción y la ejecución de las medidas de retorno contempladas por la Directiva 2008/115 no se ven retrasadas, u obstaculizadas de otro modo, por el hecho de que esté pendiente una acción penal como la prevista por el Decreto Legislativo nº 286/1998. En efecto, el retorno previsto por los artículos 13 y 14 del citado Decreto Legislativo puede realizarse con independencia de dicha acción penal y sin que ésta llegue a término. Tal constatación se ve corroborada por el artículo 10 bis, apartado 5, del Decreto Legislativo mencionado, con arreglo al cual el juez debe, tras tomar conocimiento del retorno del interesado, dar por concluido el procedimiento penal mediante una sentencia de sobreseimiento.

36 En segundo lugar, procede señalar que la eventualidad de que la citada acción penal conduzca a una pena de multa tampoco puede obstaculizar el procedimiento de retorno establecido por la Directiva 2008/115. En efecto, la imposición de una pena pecuniaria no impide de modo alguno que se adopte y se ejecute una decisión de retorno con pleno cumplimiento de los requisitos enunciados en los artículos 6 a 8 de la Directiva 2008/115 y tampoco afecta a las normas comunes en materia de privación de libertad enunciadas en los artículos 15 y 16 de dicha Directiva.

37 En tercer lugar, por lo que atañe a la facultad de que goza el juez penal de sustituir la pena de multa por una pena de expulsión acompañada de una prohibición de entrada de al menos cinco años, del artículo 16, apartado



1, del Decreto Legislativo nº 286/1998 se desprende que el legislador italiano restringió dicha facultad a los supuestos en los que puede realizarse inmediatamente el retorno del interesado".

La declaración de compatibilidad entre la sanción de multa y la Directiva 2008/115 no es, por tanto, incondicionada, ni tampoco es trasladable al presente caso pues, claramente, las normativas nacionales consideradas contemplan regímenes jurídicos muy diferentes en relación con la sanción pecuniaria que ambas prevén. Así, en el caso italiano, el Tribunal de Justicia ha declarado que " *la adopción y la ejecución de las medidas de retorno contempladas por la Directiva 2008/115 no se ven retrasadas, u obstaculizadas de otro modo, por el hecho de que esté pendiente una acción penal como la prevista por el Decreto Legislativo nº 286/1998* ", en tanto que en el caso español, sin embargo, concluye 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* ".

DÉCIMO. - En consecuencia, procede la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia de primera instancia.

UNDÉCIMO. - Conforme a lo establecido en el art. 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no ha lugar a la imposición de las costas procesales en atención a la incidencia que en su decisión ha tenido la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015 (asunto C- 38/14, Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa y Samir **Zaizoune**).

FALLO

Con desestimación del Recurso de Apelación n.º 253/2015, interpuesto por D. Saturnino contra la sentencia núm. 386/2014, de 13 de octubre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Madrid, debemos:

Primero.- Confirmar la sentencia de primera instancia.

Segundo.- No imponer a la parte apelante las costas de la segunda instancia.

Notifíquese esta Sentencia a las partes en legal forma, haciéndoles la indicación de que contra la misma no cabe interponer recurso ordinario alguno.

Y para que esta Sentencia se lleve a puro y debido efecto, remítase certificación de la misma, junto con los autos originales, al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que dictó la resolución impugnada, el cual deberá acusar recibo dentro del término de diez días, y déjese constancia de lo resuelto en el correspondiente rollo.

Así por esta Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA LA MAGISTRADO FRANCISCA ROSAS CARRION A LA SENTENCIA NÚMERO 638/2015, DE FECHA 14 DE OCTUBRE DE 2015, DICTADA EN EL RECURSO DE APELACIÓN TRAMITADO CON EL N.º 253/2015 DEL REGISTRO DE ESTA SECCIÓN.

Discrepando del criterio mayoritario, considero procedente la estimación en parte del recurso de apelación formulado por don Saturnino contra la sentencia dictada el 13 de octubre de 2014 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 3 de Madrid en los autos de Procedimiento Abreviado tramitados con el número 167/2013 de su registro, la revocación de la misma, la estimación parcial del recurso contencioso administrativo deducido contra la resolución dictada por la Delegación del Gobierno en Madrid en fecha de 1 de abril de 2013, su anulación y la sustitución de la expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada en España por un período de 3 años, por una sanción pecuniaria unida a la obligación de abandonar el territorio nacional.

Para ello me baso en los siguientes fundamentos:

PRIMERO. - En el punto 1 del apartado de "Hechos" de la precitada resolución administrativa se recoge lo siguiente:

"1.-Al ser requerido por fuerzas policiales, el día 18/01/13 para proceder a su identificación y tras las actuaciones llevadas a cabo con posterioridad, se ha comprobado que no dispone de documento alguno que acredite la situación de estancia o residencia legal en España".

Y en el punto 3 de dicho apartado, se ha hecho constar que:



2.-(...) además de su estancia irregular en España, en el momento de su detención estaba indocumentado, y, por lo tanto, sin acreditar su identificación y filiación, desconociéndose cuándo y por dónde efectuó su entrada en territorio español y si lo hizo por un puesto habilitado conforme a lo establecido en el artículo 25 de la Ley de Extranjería citada".

La sentencia de instancia consideró conforme a derecho la resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid de 1 de abril de 2013 y que la sanción de expulsión se había impuesto con observancia del principio de proporcionalidad, al apreciar que, junto a la estancia irregular, no existía vinculación del recurrente con nuestro país, salvo su empadronamiento en Parla en el año 2008, ni constaban sus medios de vida, siendo sintomático el dato de la falta de renovación de la autorización de residencia.

A los precitados argumentos y conclusión se opone don Saturnino, que insta la revocación de la sentencia y la anulación de la resolución administrativa, con sustitución de la expulsión por multa, aduciendo, en síntesis, que la expulsión ha vulnerado la doctrina jurisprudencial sobre la proporcionalidad de la sanción en materia de infracciones de estancia irregular en España.

SEGUNDO. - Mediante la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, se incorporaron a nuestro Ordenamiento Jurídico diversas Directivas europeas, entre ellas la Directiva 2008/115/CEE, de 16 de diciembre de 2008, del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia irregular.

En lo que interesa al caso, la redacción dada a los artículos 28.3.c) y 57.1 y 3 de la Ley Orgánica de Extranjería por la citada Ley Orgánica 2/2009, no afectó sustancialmente al régimen jurídico de la orden de salida obligatoria inicialmente regulado en los artículos 28 y 57 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

Lo mismo cabe predicar del artículo 24 del Real Decreto 557/2011 - R.D. por el que se efectuó el correspondiente desarrollo reglamentario con sujeción a las citadas Directivas europeas- respecto a los artículos 17 y 158 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

Desde ahora interesa destacar que, conforme a las antedichas normas estatales, una vez comprobado que un ciudadano extranjero ha incurrido en la infracción administrativa de estancia irregular en España, es imperativo ordenar su salida obligatoria de nuestro país, tanto en el caso de haberse acordado la expulsión, como en el supuesto de haberse sancionado con multa.

Pues bien, atendidas las normas citadas, doy por reproducida la doctrina jurisprudencial consolidada sobre la improcedencia de la expulsión para sancionar la infracción tipificada en el artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, cuando el hecho infractor está constituido exclusivamente por la mera situación de permanencia irregular en España, sin concurrencia de otros datos negativos que le sean imputables al ciudadano extranjero sancionado.

Y además considero que dicha doctrina sigue siendo plenamente aplicable al caso de autos, en que la resolución sancionadora de 1 de abril de 2013 ha recogido, como datos negativos que han justificado la expulsión, la falta de acreditación de arraigo, la inexistencia de pendencia de procedimiento administrativo dirigido a regularizar la situación de interesado en España, su indocumentación en el momento de la detención y el desconocimiento de cuándo y por dónde entró en territorio nacional; y en que la sentencia de instancia ha considerado que tales circunstancias eran suficientes para justificar la expulsión.

No comparto dicha conclusión.

En primer lugar, porque supone la conversión en circunstancias negativas de la mera ausencia de circunstancias positivas -bien porque imposibilitan que se pueda dictar cualquier resolución sancionadora, en caso de pendencia administrativa de una petición de regularización, bien porque enervan la posibilidad de expulsar a quien se encuentra vinculado con nuestro país por circunstancias de arraigo-.

En segundo término porque, aunque don Saturnino se encontraba indocumentado en el momento de su detención el día 18 de enero de 2013, de las actuaciones resulta que su indocumentación se debió a circunstancias meramente coyunturales, por cuanto que posteriormente se identificó en el mismo expediente administrativo acompañando a su escrito de alegaciones, junto a una certificación de empadronamiento en Parla, copia de la página biográfica de su pasaporte y de un permiso de residencia y trabajo con validez hasta el 27 de agosto de 2011.

Y finalmente porque, al constar que don Saturnino había sido titular de una autorización de residencia y trabajo, considero que ha quedado enervada, como circunstancia negativa, el desconocimiento de cuándo y por dónde había entrado en España, puesto que la Administración legalizó su situación con posterioridad a su entrada en nuestro país.



Así las cosas, estimo que la orden de expulsión y la sentencia de instancia no se ajustan a la doctrina jurisprudencial pacífica que impide a la Administración optar por aquélla cuando, como es el caso, no existen razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad o de daño o riesgo derivados de la infracción, por lo que, a mi juicio, era procedente sustituir la expulsión por una multa unida a la obligación de abandonar el territorio nacional.

Y ello, porque considero que la sustitución de la expulsión por una multa a la que se acompañe la debida orden de salida obligatoria de España, además de ajustarse a doctrina jurisprudencial pacífica y consolidada, es una solución compatible no solo con las disposiciones de la Directiva 2008/115/CEE, de 16 de diciembre, sino también con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015, como argumentaré a continuación.

TERCERO .- Es cierto que la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015, dictada en procedimiento prejudicial planteado por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, ha declarado 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".

Pero también lo es que el fallo de dicha sentencia no contiene pronunciamiento acerca de la oposición a la Directiva 2008/115/CE de la normativa española sobre la infracción de estancia irregular de extranjeros en nuestro país sancionable con multa, en que, en todo caso, nuestro derecho nacional impone que la sanción pecuniaria vaya necesariamente unida a una orden de salida.

Según los fundamentos jurídicos de la precitada sentencia del TJUE, conforme al artículo 6 de la Directiva 2008/115/CE -y sin perjuicio de las excepciones expresamente contempladas en ella- los Estados miembros dictarán una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio.

Qué se entiende por decisión de retorno viene definido en el artículo 3 de la Directiva, como una decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial por el que se declare irregular la situación de un nacional de un tercer país y se imponga o declare una obligación de retorno.

Y qué es el retorno se concreta en el mismo artículo, como el proceso de vuelta de un nacional de un tercer país, bien en acatamiento voluntario de una obligación de retorno, bien de modo forzoso a su país de origen, o a un país de tránsito con arreglo a acuerdos de readmisión comunitarios o bilaterales o de otro tipo, o a otro tercer país al que decida volver voluntariamente y en el cual sea admitido.

También en el artículo 3 de la Directiva 2008/115/CE se define el concepto de salida voluntaria como el cumplimiento de la obligación de retorno en el plazo fijado a tal efecto en la decisión de retorno, siendo de señalar que el artículo 7 despeja toda duda sobre que la decisión de retorno ha de establecer un plazo adecuado para su cumplimiento voluntario, sin perjuicio de que, en determinadas circunstancias, se pueda prorrogar, disminuir o excluir.

Por último, en el artículo 3 de la Directiva 2008/115/CE se define el concepto de expulsión como la ejecución de la obligación de retornar, es decir, el transporte físico fuera del Estado miembro.

Además del supuesto del incumplimiento de la obligación de retorno dentro del plazo concedido para la salida voluntaria, el artículo 8 de la Directiva 2008/115/CE extiende los supuestos de expulsión a aquellos casos en los que no se ha concedido tal plazo, que son los previstos por su artículo 7.4, es decir, riesgo de fuga, desestimación de una solicitud de permanencia legal por ser manifiestamente infundada o fraudulenta, o riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.

De lo anterior se puede extraer la regla general de que la Directiva 2008/115/CE contempla, como primera reacción ante cualquier situación de estancia irregular de los nacionales de un tercer país en el territorio de un Estado miembro -sea o no calificada como infracción por su derecho nacional-, la adopción de una decisión de retorno, que puede consistir tanto en la declaración como en la imposición de una salida obligatoria, que ha de cumplirse voluntariamente dentro del plazo concedido al afecto. Y como segunda reacción, la expulsión, que procederá cuando no se haya cumplido la decisión de retorno voluntariamente, o cuando concurran



circunstancias que excluyan la concesión de un plazo de salida voluntaria -si bien la ejecución de la expulsión siempre podrá aplazarse por las circunstancias previstas en su artículo 9-.

La Directiva 2008/115/CE no regula la naturaleza jurídica de las decisiones de retorno, con o sin plazo de salida voluntaria, ni la de la expulsión. Ello permite que los Estados miembros las articulen como sanciones o como medidas administrativas, y también la atribución de la competencia a la Administración o a los Tribunales.

Lo que sí permite su artículo 8.3 es que los Estados miembros puedan dictar las decisiones de retorno y las expulsiones por separado -y lo mismo parece sugerir el artículo 12.1-, siempre con observancia de las garantías procedimentales y sustantivas contenidas en los artículos 12 y siguientes, y sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a adoptar o mantener disposiciones que sean más favorables para las personas a quienes se aplica, a condición de que tales disposiciones sean compatibles con la Directiva, según resulta de su artículo 4.3.

Así las cosas, no parece que el sistema articulado en el ordenamiento jurídico español aplicable al caso de autos resulte incompatible con las disposiciones de la Directiva 2008/115/CE porque:

En primer lugar, la imposición de una multa por infracción de estancia irregular en España no está prohibida por la Directiva, cuyas disposiciones se cumplen desde el momento en que en nuestra normativa nacional la multa ha de ir necesariamente unida a una orden de salida obligatoria, que está prevista legal y reglamentariamente como consecuencia natural e ineludible de la constatación de una situación de estancia irregular constitutiva de infracción. Téngase en cuenta que el Tribunal Supremo ha declarado en numerosas ocasiones - sentencias de 22 de abril de 1995 , 20 de julio de 1996 , 18 de septiembre de 1997 , 29 de septiembre de 1999 , 6 de marzo de 2001 , 17 de abril de 2001 , 12 de abril de 2002 , y 16 de mayo de 2003 , entre otras - que la salida obligatoria del territorio nacional objeto de la advertencia constituye un deber jurídico de cumplimiento equivalente en sus efectos a la ejecución de un mandato de expulsión -y ello con independencia de que la estancia irregular en España sea, o no, constitutiva de infracción administrativa-.

De otra parte, como considero que la orden de salida obligatoria es asimilable, por su contenido sustantivo, a la decisión de retorno, con o sin plazo de cumplimiento voluntario, es posible decir que ésta se encuentra presente no solo en la orden de expulsión, acordada en el procedimiento ordinario o en el preferente, sino también en la obligación de salida unida a la imposición de una multa.

Y como la Directiva 2008/115/CE permite que los Estados miembro puedan imponer, o solo declarar, una decisión de retorno y también que la decisión de retorno y la expulsión puedan acordarse por separado, no parece que resulte contrario a la Directiva un sistema en que, primeramente, sea posible dictar una orden de salida obligatoria con un plazo para el cumplimiento voluntario y acompañada de una multa; y después, una vez comprobado el incumplimiento voluntario de aquella orden, se decrete la expulsión, mediante resolución separada y previa tramitación de otro procedimiento sancionador, siempre que se respeten las garantías establecidas en la Directiva, e incluso más, como es el caso.

Por lo demás, no veo que existan razones para presumir que, en esos supuestos, la Administración española no va a cumplir la obligación de crear el sistema eficaz de control del retorno forzoso impuesto en el artículo 8.6 de la Directiva.

CUARTO .- Asimismo, considero que mi solución al caso litigioso tampoco contraviene la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015 que, aunque en sus fundamentos jurídicos alude a lo dispuesto para las salidas obligatorias en el artículo 28.3.c) de la Ley Orgánica 4/2000 , en redacción dada por la Ley Orgánica 2/2009, y en el artículo 24 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril , lo cierto es que en su fallo no se pronunció sobre la oposición a la Directiva 2008/115/CE de las normas y de la jurisprudencia españolas que, para el caso de la sanción de multa, imponen inexcusablemente la salida obligatoria de nuestro país.

En el recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de San Sebastián -anulando la resolución administrativa y sustituyendo la expulsión por una multa-, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial, atendida la doctrina del Tribunal Supremo español " *en el sentido de que la sanción principal para la infracción de estancia irregular de los nacionales de terceros países es la multa, siempre que no concurran circunstancias agravantes adicionales que justifiquen la sustitución de la multa por la expulsión del territorio nacional* ".

Según el texto de la sentencia del TJUE, la cuestión prejudicial se formuló en los siguientes términos:

"A la luz de los principios de cooperación leal y de efecto útil de las Directivas, ¿Los artículos 4.2 , 4.3 y 6.1 de la Directiva 2008/115 deben ser interpretados en el sentido de que se oponen a una normativa, como la nacional controvertida en el litigio principal y la jurisprudencia que la interpreta, que permite sancionar la situación irregular



de un extranjero exclusivamente con una sanción económica que, además, resulta incompatible con la sanción de expulsión?".

Como la sentencia de 23 de abril de 2015 explica, el TJUE debía *"proporcionar al órgano jurisdiccional nacional una respuesta útil que le permita dirimir el litigio de que conoce"*.

Pues bien, en el punto 28 de los fundamentos de la citada sentencia se definen los términos de la cuestión a resolver por el Tribunal de Justicia diciendo: *" con objeto de responder de forma útil al tribunal remitente, procede entender que mediante la cuestión planteada se pregunta si la Directiva 2008/115, en particular sus artículos 6, apartado 1 , y 8, apartado 1, en relación con su artículo 4, apartados 2 y 3 , debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho Estado, impone, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí"*.

Y si bien la sentencia ha considerado que *" el concepto de «expulsión» contenido en la resolución de remisión incluye, simultáneamente, una resolución de retorno y su ejecución "*, en el punto 29 de su fundamentación jurídica, vuelve a decir: *" Resulta del auto de remisión que, con arreglo a la normativa nacional controvertida en el procedimiento principal, tal como es interpretada por el Tribunal Supremo, la situación irregular de los nacionales de terceros países en territorio español puede ser sancionada exclusivamente mediante una multa, que es incompatible con la expulsión del territorio nacional, medida esta que sólo se acuerda si existen circunstancias agravantes adicionales "*.

De sus siguientes fundamentos se desprende que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 23 de abril de 2015 , ha hecho abstracción de lo dispuesto en el artículo 28.3.c) de la Ley Orgánica 4/2000 , modificada por la Ley Orgánica 2/2009, y en el artículo 24 del Real Decreto 557/2011 , en su integridad, aunque los haya mencionado en su texto, así como que no ha contemplado el supuesto de que, conforme al derecho nacional español, la orden de salida obligatoria, por resultar inherente a la constatación de la infracción administrativa de estancia irregular, ha de imponerse siempre junto a la multa.

Solo así me resulta explicable que la sentencia del TJUE recuerde que, con objeto de garantizar la eficacia de los procedimientos de retorno, el artículo 8.1 de la Directiva 2008/115 impone a los Estados miembros la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para proceder a la expulsión del interesado lo antes posible, tanto cuando haya transcurrido el plazo concedido para la salida voluntaria como cuando no se haya fijado plazo alguno; y también la referencia a que las disposiciones contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo 4 de la Directiva no dan amparo a 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"*; así como la conclusión de que la compatibilidad con dicha Directiva no queda garantizada si la normativa nacional establece un sistema como el anteriormente descrito, poniéndola en peligro y privándola de su efecto útil.

QUINTO .- Esas, y no otras, son las razones por las que considero que la solución del caso litigioso que estimo correcta, no es contraria a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015 , puesto que en la misma se ha guardado silencio sobre algunas de las normas de derecho nacional español aplicables al supuesto de autos, y no se ha argumentado ni declarado en ella que se opongan a la Directiva 2008/115/CE las normas y la jurisprudencia españolas que, en todo caso, imponen una orden de salida obligatoria junto a la multa por infracción de estancia irregular en nuestro país -de la misma manera que esa misma obligación de salida, del todo análoga a la decisión de retorno, también se impone, aunque sin acompañarla de sanción pecuniaria, en las resoluciones de denegación de prórrogas de estancia, de autorizaciones de residencia o de cualquier otro documento necesario para la permanencia de extranjeros en territorio español, así como en las de denegación de las renovaciones de tales autorizaciones o documentos-.

Como la sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 2015 no se ha pronunciado sobre la compatibilidad con la Directiva 2008/115/CE de la obligación de salida que acompaña inexorablemente a la multa impuesta por infracción administrativa de estancia irregular en nuestro país, he llegado a la conclusión de que la misma no resulta aplicable al supuesto de autos.

SEXTO .- Con el mayor respeto al voto mayoritario, entiendo que la consideración de la expulsión como la única reacción posible ante la infracción de estancia irregular en España, comporta una interpretación extensiva de la sentencia de 23 de abril de 2015 , al haberse aplicado a un supuesto no contemplado en su fallo, y además conlleva la inaplicación de normas de derecho nacional que no son contrarias a la Directiva 2008/115/CE, por las siguientes razones adicionadas a lo dicho hasta ahora:



1.- La Directiva da libertad a los Estados miembros para regular el sistema de retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, mediante normas materiales y procedimientos -judiciales o administrativos- cuyos contenidos no se pautan, a excepción de la observancia de la propia Directiva y de los derechos fundamentales, como principios generales del Derecho Comunitario y del Derecho Internacional.

2.- Por tanto, para la Directiva es irrelevante que nuestro sistema nacional considere infracción administrativa grave el hecho de que el extranjero se encuentre irregularmente en territorio español, " *por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente* " -artículo 53.1.a)-, y también que las infracciones graves sean sancionadas con multa de 501 hasta 10.000 euros -artículo 55.1.b)-.

3.- Lo que a la Directiva 2008/115/CE no le resulta indiferente es que la decisión de retorno de su artículo 3.4 se sustituya por una multa.

Pero eso no acontece en el derecho español:

El artículo 28.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, tanto en la redacción anterior como en la posterior a la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, y las disposiciones reglamentaria de desarrollo, imponen la salida obligatoria siempre que el extranjero carezca de autorización para estar en España. Entre esos casos se encuentra el supuesto al que nuestro sistema jurídico anuda la sanción de multa por infracción de estancia irregular no acompañada de circunstancias negativas susceptibles de fundamentar una orden de expulsión.

Como se ha dicho, el citado artículo 28.3 también impone la salida obligatoria, aún sin haberse cometido infracción, cuando la Administración haya denegado las solicitudes formuladas por el extranjero para continuar permaneciendo en territorio español.

Y, obviamente, cuando la Administración haya ordenado la expulsión o la devolución.

4.- Por lo tanto, en el supuesto de infracción de estancia irregular, lo fundamental para nuestro sistema nacional es la orden de salida obligatoria, mientras que la multa no es un elemento esencial, sino una sanción adicional a la decisión de retorno -cuando ésta se ha dictado como consecuencia de una infracción administrativa-, y que se debe a la opción del legislador nacional por un sistema sancionador en tales casos.

Así las cosas, la tesis mayoritaria ha venido a excluir la virtualidad de una sanción legal y jurisprudencialmente prevista para la infracción de estancia irregular, cual es la multa, cuando resulta que en nuestro ordenamiento jurídico tal sanción no contraviene la Directiva 2008/115/CE, ya que los artículos 28 de la Ley Orgánica 4/2000 y 24 del Real Decreto 557/2011 cumplen de manera escrupulosa con las exigencias de aquélla, al anudar inexcusablemente la multa y la orden de salida obligatoria.

Finalmente, en otro orden de cosas, y puesto que la sentencia del TJUE también se ha aplicado con carácter retroactivo, me planteo hasta qué punto ello se compadece con el artículo 1 de la Directiva 2008/115/CE, que exige que los Estados miembros la apliquen de conformidad con los derechos fundamentales, como principios generales del Derecho comunitario y del Derecho internacional, habida cuenta de la opción del legislador español por un sistema administrativo sancionador, de la aplicación al mismo, con matices, de los principios penales, sustantivos y procesales, y de que la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2013 consideró contraria al artículo 7 del Convenio de Protección de Derechos y Libertades Fundamentales la aplicación retroactiva de una nueva doctrina jurisprudencial de manera extensiva y en perjuicio del penado.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. RAFAEL VILLAFANEZ GALLEGO, estando la Sala celebrando audiencia pública en el día, de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.