



Roj: **STSJ EXT 98/2016 - ECLI:ES:TSJEXT:2016:98**

Id Cendoj: **10037330012016100059**

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

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **04/02/2016**

Nº de Recurso: **192/2015**

Nº de Resolución: **20/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MERCENARIO VILLALBA LAVA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.EXTREMADURA SALA CON/AD

CACERES

SENTENCIA: 00020/2016

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, integrada por los Iltmos. Sres. Magistrados del margen, en nombre de S.M. el Rey, ha dictado la siguiente:

SENTENCIA NUM. 20

PRESIDENTE :

DON DANIEL RUIZ BALLESTEROS

MAGISTRADOS :

DOÑA ELENA MÉNDEZ CANSECO

DON MERCENARIO VILLALBA LAVA

DON RAIMUNDO PRADO BERNABEU

DON CASIANO ROJAS POZO

En Cáceres a CUATRO de Febrero de dos mil dieciséis.

Visto el recurso de **apelación nº192 de 2015** , interpuesto por el Procurador DOÑA CRISTINA LEÓN POLO en nombre y representación del apelante **Luis Pedro** , contra la sentencia nº 62/15 de fecha 11.05.15 dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 87/15, tramitado en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de BADAJOZ , a instancias de Luis Pedro contra LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, sobre: extranjería. Se fijó en indeterminada la cuantía del proceso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de BADAJOZ se remitió a esta Sala recurso contencioso-administrativo nº 87/15 seguido a instancias de Luis Pedro sobre extranjería. Procedimiento que concluyó por Sentencia del Juzgado nº 62.15 de fecha 11.05.15 .

SEGUNDO .- Notificada la anterior resolución a las partes intervinientes se interpuso recurso de apelación por Luis Pedro , dando traslado a ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, aduciendo los motivos y fundamentos que tuvo por conveniente.

TERCERO .- Elevadas las actuaciones a la Sala se formó el presente rollo de apelación en el que se acordó admitir a trámite el presente recurso de apelación, que se declara concluso para sentencia, con citación de las partes.

CUARTO .- En la tramitación del presente rollo se han observado las prescripciones legales.-



Siendo Ponente para este trámite el Ilmo. Sr. Magistrado especialista D. **MERCENARIO VILLALBA LAVA**, que expresa el parecer mayoritario de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sentencia de instancia, tras analizar las cuestiones referidas al arraigo laboral, matrimonio con española, y al resto de circunstancias ratifica la resolución administrativa impugnada, siendo apelada tal sentencia alegando que el recurrente lleva más de doce años en España, estando trabajando siempre y se encuentra casado con una española, de manera que atendiendo al principio de proporcionalidad, solamente, es factible la sanción de expulsión previa motivación como más grave de tal sanción, debiendo imponerse, en otro caso, la pecuniaria. La Administración opone que desde 2010 el recurrente se encuentra de manera irregular en España habiendo desatendido hasta en tres ocasiones la debida salida de España, de ahí que si hubiese desempeñado algún trabajo sería ilegal, no existe convivencia entre los cónyuges, habiendo devenido firme y consentida la denegación del permiso de residencia de familiar Comunitario, considerando que tampoco se puede obviar la STJUE de 23.04.2015, que señala que para los supuestos de infracción del art. 53.1.a) de la Ley de Extranjería debería existir como única sanción, la de expulsión, como han recogido diversos TSJ de Cataluña, Canarias y esta Sala en sentencia 171/2013 de 22 de septiembre.

SEGUNDO .- Se admiten y hacen nuestros los razonamientos de la instancia, de manera que entendemos conforme a Derecho la sentencia apelada y la resolución administrativa impugnada sobre la base de que en 2010 se dictó resolución administrativa en que se declaraba extinguido el permiso de residencia y se le imponía la obligación de abandonar el territorio español, lo que se ratificó en definitiva sentencia confirmatoria de esta Sala en sentencia de 2011 (266/2011 de 13 de diciembre), inadmitiéndose a trámite una solicitud de autorización de residencia basada en circunstancias excepcionales, que resultó definitiva, al ser ratificada por sentencia de apelación de esta Sala (17/2014 de 23 de Enero) e imponiéndose nuevamente la obligación de abandonar el territorio nacional, que tampoco cumplió. Y por último, tras contraer matrimonio con la española Raimunda, en marzo de 2014, solicitó autorización por residencia de familiar Comunitario que le fue denegada, no constando ni se alega que fuera recurrida la resolución de 20.06.2014, notificada el 04.08.2014. Es decir, que previamente a este procedimiento han existido tres imposiciones de salida obligatoria del territorio español, firmes, que no se han cumplido, habiéndose también sustanciado y siendo firme la cuestión relativa al matrimonio con española, y respecto del arraigo laboral se señala en la sentencia de instancia y se constata en el expediente administrativo que se refiere a las autorizaciones de 2009 y 2010, y desde la fecha, el contrato de 30 días de 27.06.2012 (se encuentra presentado por duplicado) debe de calificarse de ilegal al no tener permiso de trabajo, y el informe obrante a 2011, en igual sentido por los 147 días trabajados. Ha de tenerse en cuenta, que el expediente de expulsión es de 2014 y que tales circunstancias laborales han sido valoradas en los previos expedientes administrativas que han terminado en resoluciones administrativas adversas ratificadas judicialmente.

TERCERO .- En el apartado 3º de los fundamentos de derecho de la resolución administrativa impugnada se razona que la expulsión tiene su base en el apartado 2º de los hechos, en donde constan las varias órdenes de salida previas incumplidas, de manera que tal potestad, en principio discrecional se encuentra motivada, pero además adecuadamente, ya que las STS de 19.12.2006 (rec. 6312/03) y 22.02.2007 (RJ 2889) entre otras, entienden que no se vulnera el principio de proporcionalidad cuando la expulsión se contempla como sanción basada en una previa orden de salida obligatoria, incumplida, como ha señalado este Tribunal en diversas sentencias de 10.12.2008, ó 17.09.2010, concurriendo varias en este caso, pero es que además, como señala la Abogacía del Estado y ha señalado esta Sala en sentencia 135/2015 de 18 de junio, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 23.04.2015 establece que: "La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de Diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes de 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", proporcionalidad entre la estancia irregular y la expulsión, que ya había declarado esta Sala en la sentencia 90/2007 de 30.03.2007.

Lo expuesto nos conduce a la desestimación del recurso de apelación planteado.

CUARTO : Que en materia de costas rige el art. 139-2 de la Ley 29/98 que las impone al apelante cuando se desestime totalmente el recurso de apelación como es el caso.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.



FALLAMOS

Que en atención a lo expuesto debemos de desestimar y desestimamos el recurso de apelación presentado por Luis Pedro contra la sentencia nº 62/15 de 11 de Mayo a que se refieren los presentes autos, y en su virtud la debemos de confirmar y confirmamos, y todo ello con expresa condena en cuanto a costas para el apelante, respecto de los causadas en esta segunda instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno.

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

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

VOTO PARTICULAR

CONCURRENTE QUE FORMULA EL MAGISTRADO CASIANO ROJAS POZO A LA SENTENCIA Nº 20 DE LA SALA DICTADA EL EN EL RECURSO DE APELACIÓN Nº 192/2015.

PRIMERO . - Mi respetuosa discrepancia con la Sentencia mencionada no está en su decisión, que comparto, pues, en efecto, existen varias órdenes previas de salidas obligatorias del territorio nacional incumplidas, siendo ello hechos negativos que justifican la expulsión en vez de la multa, conforme a doctrina jurisprudencial pacífica, lo que nos evita cita concreta.

No estoy de acuerdo con dos concretos aspectos de los razonamientos de la sentencia. Por un lado, la sustentación del rechazo del recurso de apelación también en la STJUE de fecha 23/04/2015 , y, por otro, la frase " *proporcionalidad entre la estancia irregular y la expulsión, que ya había declarado esta Sala en la sentencia 90/2007* ".

Respecto de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por cuanto (1) su cita era completamente innecesaria, (2) el actor no ha tenido oportunidad alguna de hacer alegaciones a su aplicación debido a que la demanda es anterior a ella y no se menciona en la sentencia de instancia y, además, (3) su doctrinano debe tener efecto retroactivo, siguiendo así el criterio sustentado en la **STSJ de Galicia de 09/12/2015, rec. 263/2015** cuando razona que:

" *CUARTO* . - Esta Sala y Sección es consciente de que recientemente la perspectiva ha variado, desde que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la normativa y jurisprudencia española en la materia...

Resulta evidente que dicha doctrina comunitaria impide que pueda sustituirse la expulsión decretada por multa, pues en la reseñada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se declara que la normativa y jurisprudencia española sobre expulsión del extranjero con permanencia ilegal no se ajusta a la Directiva 2008/115/CE del Parlamento y del Consejo, en cuanto se permite la sustitución de la expulsión del extranjero que permanece ilegal en territorio español por la medida de la multa.

Por tanto, la aplicación del principio de interpretación conforme al Derecho comunitario de la normativa interna (sentencia Van Munster de 5 de octubre de 1994 (C-195/1991) , de 5 de octubre de 1994 y la sentencia Marleasing, C-106/89, de 13 de noviembre de 1990) ha de llevar a que la Administración o los jueces españoles reserven en el futuro la aplicación de la multa o consideren improcedente la expulsión cuando se verifique alguna de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5 del artículo 6.1 de la mencionada Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008 , que son las siguientes:

1ª Nacionales de terceros países que se encuentren en situación irregular en el territorio de un Estado miembro y sean titulares de un permiso de residencia válido u otra autorización que otorgue un derecho de estancia expedido por otro Estado miembro.

2ª Si, en virtud de acuerdos o convenios bilaterales vigentes en la fecha de entrada en vigor de la Directiva, un Estado miembro se hace cargo de un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en el territorio de otro Estado miembro.

3ª Concesión a un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio de un permiso de residencia autónomo u otra autorización que otorgue un derecho de estancia por razones humanitarias o de otro tipo.



4ª Nacional de un tercer país que se halla en situación irregular en el territorio de un Estado miembro que tiene pendiente un procedimiento que a su vez pende de renovación del permiso de residencia u otra autorización que otorgue el derecho de estancia.

Ahora bien, ha de tenerse presente la concurrencia del principio de confianza legítima, también de cuño comunitario, tal y como lo ha delimitado la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2013, rec.470/2011): "El de protección de la confianza legítima tiene su origen en el derecho alemán y está firmemente asentado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que exige determinadas condiciones para su reconocimiento: En primer lugar, que la creencia en que se sustenta se base en signos externos y no en meras apreciaciones subjetivas o convicciones psicológicas (sentencia Driessen y otros, de 5 de octubre de 1993, apartado 33, dictada en los asuntos acumulados C-13/92 a C-16/92). Y, además, en segundo término, que ponderados los intereses en juego, la situación de quien legítimamente se fio del comportamiento o actuación de la Administración sea digna de protección, no siéndolo cuando el interés general es de una intensidad tal que obliga a darle preeminencia, como ocurre, por ejemplo, con la protección de la salud pública (sentencia Affish, de 17 de julio de 1997, apartado 57, dictada en el asunto C-183/95, y las que en ella se citan).

Nuestra jurisprudencia lo utiliza como ratio decidendi desde mediados de los pasados años ochenta, destacando en su inicio la sentencia de 28 de febrero de 1989, reiterada para un asunto igual en la de 1 de febrero de 1990, de las que se extrae sin dificultad la idea de que en ocasiones cabe exigir que la legalidad ceda y prime la confianza legítima generada por actos anteriores concluyentes. Más tarde, y por ser expresivas de una doctrina general sobre aquel principio, deben citarse las de 4 de junio de 2001 y 15 de noviembre de 1999, que lo sitúa en el ámbito de la seguridad jurídica y lo vincula a otros, como el de irretroactividad y el de protección de los derechos adquiridos. En ella se lee que "resulta especialmente aplicable cuando se basa en signos externos producidos por la Administración suficientemente concluyentes, unido a unos perjuicios que razonablemente se cree que no se iban a producir"; también, que su virtualidad "puede comportar la anulación de la norma o del acto"; y que en su aplicación ha de ponderarse, entre otros factores, "la presencia de un interés público perentorio". Importantes son también las sentencias de 28 de julio de 1997 y 23 de febrero de 2000, que expresan, ambas en el párrafo primero de su Fundamento de Derecho Sexto, lo siguiente: "Como se señala por la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1.990, en el conflicto que se suscita entre la legalidad de la actuación administrativa y la seguridad jurídica derivada de la misma, tiene primacía esta última por aplicación de un principio, que aunque no extraño a los que informan nuestro ordenamiento jurídico, ya ha sido recogido implícitamente por esta Sala, que ahora enjuicia, en su sentencia de 28 de febrero de 1.989, y reproducida después en su última de enero de 1.990, y cuyo principio si bien fue acuñado en el Ordenamiento Jurídico de la República Federal de Alemania, ha sido asumido por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de las que forma parte España, y que consiste en el principio de protección de la confianza legítima que ha de ser aplicado, no tan solo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa...".

Así, si bien es cierto que el principio de protección de confianza legítima nace en el Derecho comunitario como protección frente a los excesos del ejecutivo comunitario en materia económica para evitar la desorientación o sorpresa de los agentes económicos frente a los cambios reglamentarios (Reglamentos o Decisiones con brusco cambio de criterio), el mismo es un principio general de Derecho Comunitario que inspira el bloque de legalidad comunitaria, y, dentro de ella, el impacto de las propias sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Y es que, el impacto de la citada sentencia comunitaria (23 de abril de 2015) ha de valorarse a la luz del principio de seguridad jurídica, y teniendo en cuenta el sorpresivo impacto sobre la comunidad jurídica y particularmente sobre el colectivo de extranjeros.

A) Por un lado, el dato de que el propio Tribunal Constitucional en su Auto 409/2007 del Pleno de 7 de noviembre de 2007 confirmó la constitucionalidad y validez de la doble opción (multa o expulsión) de la normativa sancionadora de extranjería en caso de infracción consistente en entrada o permanencia ilegal.

B) Por otro lado, una consolidada y constante doctrina del Tribunal Supremo vinculando la imposición de la multa a la inexistencia de "hechos negativos" que debían apreciarse casuísticamente por la Administración bajo la supervisión y control jurisdiccional.

C) Por último, el propio legislador con la modificación de la Ley de Extranjería operada por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, dio nueva redacción al artículo 57 imponiendo la motivación para la aplicación de la sanción de multa ante la infracción referida por el extranjero.

A ello debemos añadir el intenso y extenso impacto de la medida de expulsión en los términos marcados por la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo toda vez que incide sobre el soporte vital del extranjero, su libertad de residencia y deambulatoria y pudiendo determinar la separación de familiares y eje sociocultural de



su actividad o empleo, circunstancias onerosísimas que además afectan a un amplísimo colectivo, todo lo cual reclama una interpretación razonable, ponderada y paulatina de las medidas gravosas, ya deriven de la normativa interna o del Derecho comunitario.

Junto a ello, hemos de traer a colación el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho a la aplicación de las normas de orden público procesal, toda vez que los contornos del debate procesal de la presente apelación en relación a un litigio nacido y zanjado bajo el criterio jurisprudencial consolidado, nos llevan a analizar exclusivamente la vertiente sobre la que las partes han tenido oportunidad de alegar y argumentar en la instancia y tal y como se ha circunscrito en la apelación.

En consecuencia, el juego combinado del principio de confianza legítima y del principio de tutela judicial efectiva, conducen a que en el presente y singularísimo caso, en que al tiempo de tener lugar la vista oral del procedimiento abreviado ni se había dictado la Sentencia comunitaria citada ni tampoco las partes argumentaron los alegatos allí estimados, debamos centrarnos exclusivamente en los contornos del recurso de apelación, sustancialmente para verificar si concurría o no el principio de proporcionalidad en la opción de la multa en vez de la expulsión, a la vista de los eventuales hechos negativos concurrentes.

Es por ello que en el caso presente hemos decidido esta apelación en función de la normativa y jurisprudencia españolas vigentes, sin tener en cuenta la doctrina comunitaria que se deduce de la mencionada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015, sin perjuicio de tomarla en consideración cuando en la vista de primera instancia las partes puedan alegarla y tenerla en cuenta a la hora de esgrimir sus argumentos ante el Juzgado, de modo que ya haya entrado en el debate procesal cuando, en su caso, acceda a esta segunda instancia, lo que en el caso presente no ha sucedido".

En nuestro caso ocurre prácticamente lo mismo, pues la demanda, como queda dicho, es de fecha anterior a la sentencia del TJUE y la contestación escrita de la Abogacía del Estado no la menciona, seguramente por presentarse escasos seis días después. Y la sentencia de instancia, de fecha 11/05/2015 tampoco contiene referencia alguna a ella.

SEGUNDO . - Sentado lo anterior, el verdadero motivo de este voto particular es mostrar mi total desacuerdo con la frase " *proporcionalidad entre la estancia irregular y la expulsión, que ya había declarado esta Sala en la sentencia 90/2007* ", que se contiene en el primer párrafo in fine del fundamento de derecho tercero de la sentencia.

Esta mención no sólo era innecesaria para confirmar la sentencia de instancia, dada la concurrencia de hechos negativos, sino que, además, supone la introducción por la Sala de un argumento generalista desconectado del caso concreto, pues se realizó en un supuesto en el que no existían datos negativos que justificaran la expulsión frente a la multa. Ello nos permite a nosotros hacer lo mismo, esto es, rebatirlo con abstracción de la existencia de esos hechos negativos que justifican la proporcionalidad de la expulsión frente a la prioritaria multa en el caso concreto.

Conviene comenzar recordando que remisión a la sentencia 90/2007 supone reafirmar la siguiente fundamentación: " *El art. 53 a) de la Ley Orgánica 4/2000 establece que se considera infracción grave encontrarse irregularmente en territorio español por carecer de permiso de estancia o residencia, previendo en estos casos, el art. 57, que en lugar de multa puede acordarse la expulsión, que por otra parte es la consecuencia natural de la infracción, ya que de otro modo, el infractor conseguiría un beneficio infringiendo.*

No consta que el recurrente haya regularizado su situación o se encuentra en trámite de hacerlo, y la notificación de la resolución administrativa impugnada ha tenido que llevarse a cabo por edictos, no constando tampoco que tenga especial arraigo en España o conviva con su familia, todo lo cual nos conduce a ratificar la resolución impugnada, ya que no vulnera el principio de proporcionalidad sino el citado de reposición, y de que el infractor no puede obtener ningún tipo de ventaja con la infracción " (párrafos 7 y 8 del fundamento de derecho segundo).

Pues bien, sin necesidad de analizar que las circunstancias personales del recurrente en nuestros autos son bien distintas a las que concurrían en aquél supuesto, la normativa en vigor en aquella fecha hacía que en modo alguno, a nuestro juicio, hubiera proporcionalidad, directa o de primer grado, entre la simple estancia irregular y la expulsión, sino que lo proporcional era sancionar la estancia irregular primero con multa, que conllevaba la imprescindible mención de la obligación de abandonar el territorio nacional, permitiendo así el cumplimiento voluntario de esa orden de salida obligatoria, con el efecto de evitar la prohibición de entrada por un período mínimo de tres años y máximo de 10 que conllevaba toda orden de expulsión, conforme al artículo 58 de la LO 4/2000 .

En efecto, si el extranjero, pagase o no la multa, no abandonaba el territorio nacional en el plazo fijado en la resolución que la imponía, procedía entonces incoar expediente de expulsión. De tal forma que en modo alguno podía sostenerse que el infractor obtuviera ningún tipo de ventaja con la infracción, como se sostiene en la



sentencia 90/2007 , pues el extranjero seguía estando en situación de irregularidad y podía ser sometido a expediente de expulsión en cualquier momento, una vez transcurrido el plazo para el cumplimiento voluntario.

Y la falta de proporcionalidad, directa o de primer grado, entre la simple estancia irregular y la expulsión se constata si tenemos en cuenta que en la redacción de la LO 4/2000 vigente en la fecha en que se dictó esa sentencia, y también en el Reglamento entonces vigente (Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre), todos los expedientes de expulsión se tramitaban por el procedimiento preferente (art 63.1), excepto el muy residual supuesto de que con anterioridad a su incoación se hubiese solicitado una autorización de residencia temporal por razón de arraigo (art 63.3), con lo que en todos ellos la orden de expulsión se ejecutaba inmediatamente (art 63.4), sin posibilidad, por tanto, de conceder plazo para el cumplimiento voluntario. Y como consecuencia de ello, no estaba contemplada la posibilidad de revocación de la prohibición de entrada en caso de llevarse a cabo la salida voluntaria que ahora prevé el artículo 245.2 párrafo 4º del vigente Reglamento de Extranjería (Real Decreto 557/2011, de 20 de abril).

Así las cosas, a nuestro juicio, el principio de proporcionalidad en el caso de simple situación de irregularidad (sin hechos negativos) imponía castigar primero con multa más la advertencia de salida obligatoria en el plazo legal, incoando a continuación expediente de expulsión si no se abandonaba España. Incoar directamente expediente de expulsión, como en definitiva sostiene la Sala, implicaba la desproporción de imponer siempre (excepto el supuesto residual indicado) la prohibición de poder regresar a España durante un período de tres a diez años. Y es evidente que ello hubiera supuesto una palmaria y flagrante violación de la todavía inexistente Directiva 2008/115/CE, en cuyo Considerando 10 se puede leer que: "(10) *En los casos en que no haya razones para creer que con ello se dificulte el objetivo del procedimiento de retorno, debe preferirse el retorno voluntario al forzoso y concederse un plazo para la salida voluntaria. Debe preverse una ampliación del plazo para la salida voluntaria cuando se considere necesario debido a las circunstancias específicas del caso concreto. Con objeto de fomentar el retorno voluntario, los Estados miembros deben facilitar una mayor asistencia y asesoramiento para el retorno y deben hacer el mejor uso posible de las posibilidades de financiación pertinentes ofrecidas en el marco del Fondo Europeo para el Retorno* ".

TERCERO .- La situación actual de nuestro Derecho de Extranjería (después de la sustancial modificación del 2009 para trasponer la Directiva 2008/115/CE), incluso antes de la Sentencia del TSJUE de 23/04/2015 , es formalmente diferente, pues ahora está prevista como regla general la utilización del **procedimiento ordinario de expulsión** para los casos de situación de irregularidad del artículo 53.1 a) de la LO 4/2000 (art. 226 del Reglamento), con el consiguiente establecimiento de un plazo para el cumplimiento voluntario como quiere la Directiva mencionada (art. 246.2), y con el efecto de revocación de la prohibición de entrada, que todo expediente de expulsión conlleva, si se cumple voluntariamente la decisión de retorno (art 245.2 pfo 4º).

Por el contrario, la incoación del **procedimiento preferente es residual** , pues sólo procede en los casos previstos en el artículo 63.1 pfo 2º de la LO 4/2000 y el artículo 234 del Reglamento, esto es, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: " a) *Riesgo de incomparecencia. b) Que el extranjero evite o dificulte la expulsión, sin perjuicio de las actuaciones en ejercicio de sus derechos. c) Que el extranjero represente un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional*", que son los supuestos en los que el ejecutivo ha entendido que hay razones para creer que se dificulte el objetivo del procedimiento de retorno, tal y como permite el Considerando 10 de la Directiva transcrito anteriormente.

Al priorizar el procedimiento ordinario para la expulsión, que permite el cumplimiento voluntario, sobre el preferente, es claro que una normativa como la descrita en el fundamento anterior deja de tener sentido, pues ya no es necesario el subterfugio (o si se quiere remedio) de imponer multa + obligación de salida obligatoria para permitir el retorno voluntario. Es por ello por lo que se entiende, a nuestro juicio, que la STJUE de 23/04/2015 determine que la imposición de multa vulnera la Directiva.

Los hipotéticos conflictos que puedan plantearse a partir de esa Sentencia (aunque en realidad lo han podido ser desde la modificación de la LO 4/2000 por la reforma de 2009) deben versar sobre la correcta aplicación del procedimiento preferente, siendo evidente que su utilización debe ser lo más restrictiva posible, por impedir el objetivo número uno de la Directiva, que es procurar el retorno voluntario. Sólo en los casos establecidos en artículo 7.4 de la Directiva será posible. La utilización del procedimiento preferente fuera de los supuestos que en él se contemplan (transpuesto en el artículo 63.1 de la LO 4/2000 sin que sea ahora el momento de discutir si tal transposición es o no correcta) supondrá la vulneración de la Directiva por impedirlo.

En Cáceres a CUATRO de FEBRERO de 2016.

CASIA **NO** ROJAS POZO.