

R. CASACION núm.: 2251/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Lesmes Serrano

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Sinforiano

Rodríguez Herrero

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Quinta
Sentencia núm. 1140/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Carlos Lesmes Serrano, presidente

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

D. Fernando Román García

D.^a Ángeles Huet De Sande

En Madrid, a 18 de septiembre de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación 2251/2021 interpuesto por la procuradora doña María Bellón Martín en nombre y representación de don -----, bajo la dirección letrada de don Juan Jaime Cachazo Ibarreche, contra la sentencia número 524/2020, de 15 de diciembre de 2020, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el Recurso de Apelación 178/2020, promovido contra la sentencia de nº 208/2019, de 19 de noviembre de 2019, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de los de Donostia, en el procedimiento abreviado 393/2019, interpuesto contra la resolución de

fecha 31 de mayo de 2019 de la Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa que decretó la expulsión del recurrente del territorio nacional, con la prohibición de entrada en España por un periodo de tres años.

Ha comparecido como parte recurrida la Administración General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Carlos Lesmes Serrano.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Donostia, se tramitó el Procedimiento Abreviado 393/2019, promovido por la representación procesal de don -----, contra resolución de fecha 31 de mayo de 2019 de la Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa que decretó la expulsión del recurrente del territorio nacional, con la consiguiente prohibición de entrada en España por un periodo de 3 años, por la comisión de una infracción prevista en el artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

En dicho procedimiento se dictó sentencia en fecha 1 de diciembre de 2020 por la que se desestimaba el recurso, y cuyo fallo literalmente establecía:

«DESESTIMO íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de don ----- contra la resolución indicada en el encabezamiento que se declara ajustada a derecho y se confirma, absolviendo a la parte recurrida de todos los pronunciamientos interesados en su contra...».

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia, la representación procesal de la parte recurrente, interpuso recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sección Tercera), que se tramitó con el número 178/2020, y en el que recayó sentencia nº 524/2020, de fecha 15 de diciembre de 2020, que desestimó íntegramente el recurso, confirmando la sentencia apelada.

TERCERO.- Notificada a las partes dicha sentencia, la representación procesal de don -----, preparó recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, quien tuvo por preparado dicho recurso mediante auto de 5 de febrero de 2021 y emplazó a las partes ante este Tribunal Supremo con remisión de las actuaciones.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección de Admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por auto de fecha 2 de noviembre de 2022 acordó que la cuestión planteada en el recurso, presentaba interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los siguientes términos:

«1.º) Admitir el recurso de casación n.º 2251/2021 preparado por la representación procesal de D. ----- contra la sentencia de 15 de diciembre de 2020 de la Sala de lo Contencioso-administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco desestimatoria del recurso de apelación nº 178/2020.

2.º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la 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 si, por el contrario, la sanción principal es la multa siempre que no concurren circunstancias agravantes añadidas a su situación irregular, teniendo en**

cuenta también la eventual incidencia en la cuestión de la posterior sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de marzo de 2022 -asunto C-409/20-.

3º) Identificar como normas que, en principio, serán objeto de interpretación las siguientes: 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, en su redacción dada por la Ley Orgánica 2/2009...».

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de 23 de noviembre de 2023 se dio traslado a la parte recurrente para formalizar la interposición del recurso de casación, habiéndolo efectuado mediante escrito presentado el 5 de diciembre de 2022, en el que suplicaba a la Sala dicte sentencia por la que, estimando el presente recurso de casación, anule y revoque la sentencia impugnada, dictando otra que estime las pretensiones articuladas en su escrito.

SEXTO.- Por providencia de 13 de diciembre de 2022 se acordó dar traslado del escrito de interposición a la parte recurrida para que pudiera oponerse, habiendo presentado el Abogado del Estado en fecha 30 de enero de 2023, escrito de oposición al recurso, suplicando a la Sala dicte sentencia desestimatoria del mismo y confirmando la sentencia recurrida.

SÉPTIMO.- No habiendo solicitado ninguna de las partes la celebración de vista pública y, al considerarla innecesaria atendiendo la índole del asunto, quedó concluso el recurso y por providencia de fecha 17 de mayo de 2023, se señaló para deliberación, votación y fallo el 18 de julio de 2023, fecha en la que tuvo lugar el acto.

OCTAVO.- En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado todas las prescripciones legales, a excepción del plazo para dictar sentencia por haberse deliberado el recurso en sucesivas sesiones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Objeto del recurso.

Se dirige el recurso de casación contra la sentencia de 15 de diciembre de 2020 de la Sala de lo Contencioso-administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco por la que se desestimó el recurso de apelación (nº 178/2020) interpuesto por don -----
----- contra la sentencia de 19 de noviembre de 2019 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 3 de San Sebastián.

El recurso contencioso-administrativo se había dirigido contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno de Guipúzcoa, de 31 de mayo de 2019, por la que se acordaba la expulsión de don -----
-----, del territorio nacional con prohibición expresa de entrar nuevamente en el mismo durante un periodo de tres años.

El procedimiento tramitado por la Brigada de Extranjería de la Comisaría de Policía de Irún fue el preferente, conforme a lo establecido en el art. 63 de la Ley Orgánica 4/2000, y art. 216 y siguientes del Reglamento de esta Ley Orgánica (RD 557/2011, de 21 de abril).

En los hechos de esta resolución se refleja lo que sigue:.

«D/Dª SANTIAGO ROZO ABADIA fue controlado en un autobús procedente de París destino Madrid. Al serle requerida la documentación que acreditase tanto su identidad como el hecho de hallarse regularmente en España exhibió pasaporte de su nacionalidad con sello de entrada en el Espacio Schengen de fecha 06/01/2017, careciendo de visado, por haber superado el tiempo de estancia en el Espacio Schengen. Así mismo, aun cuando su entrada en territorio Schengen para una estancia ha sido regular, ha transcurrido el periodo de estancia autorizado en su visado Schengen, hallándose ilegalmente en España, sin haber

intentado regularizar su situación, ni concurriendo circunstancias personales ni familiares que aconsejen su no expulsión».

Y en la fundamentación se razonaba la expulsión de la siguiente manera:

«3.- De acuerdo con la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, sería claramente encuadrable en el elenco de infracciones sancionables con la expulsión el hecho de carecer de cualquier tipo de documento que le habilite para permanecer en España. Dicho supuesto sería incardinable en el apartado a) del artículo 53 de dicha ley ("encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido o tener caducada más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documentos análogos, cuando fueran exigibles, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentariamente.»

El Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 3 de San Sebastián desestimó el recurso contencioso-administrativo deducido frente a la anterior resolución partiendo del hecho incontrovertible de que el actor se encontraba en situación administrativa irregular en territorio español por carecer de autorización de residencia y que este supuesto se incardinaba en la infracción tipificada en el artículo 53. I a) de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, consistente en encontrarse el extranjero irregularmente territorio español.

Entendía el Juzgado que la sanción de expulsión adoptada no podía ser sustituida por la de multa, como pretendía el recurrente, porque la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 23 de abril de 2015, asunto C-38/14, conocida como sentencia Zaizoune, había declarado que la normativa de un Estado miembro que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países, imponga dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí, es contraria a 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 I, y 8, apartado I, en relación con su artículo 4, apartados 2 y 3.

En definitiva, a juicio del juzgador en primera instancia, la normativa española debía ser interpretada conforme a la normativa europea, en la forma establecida por la referida STJUE de 23 de abril de 2015, lo que no dejaba margen para la imposición de una multa, como alternativa a la expulsión, al nacional de país tercero que se encontrare en España en situación irregular sin concurrir alguna de las excepciones previstas en la normativa comunitaria.

En la apelación se adujo por la parte recurrente en representación de don XXXXXXXXXXXXXXXX que debía imponerse al apelante sanción de multa y no de expulsión del territorio nacional, pues no constaba elemento negativo en su conducta más allá de la estancia ilegal.

La Sala de Bilbao no aceptó esta argumentación, pues entendía que la interpretación del Juzgado se ajustaba a la de la propia Sala y a la del Tribunal Supremo. No obstante, concedora de una nueva sentencia del TJUE sobre la cuestión litigiosa (STJUE de 8 de octubre de 2020, C-568/19) completó su motivación con una remisión a lo razonado en la sentencia de 23 de octubre de 2020 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, FJ 13.

Según esta última sentencia, la respuesta prejudicial contenida en la STJUE de 8 de octubre de 2020, asunto C-568/19, está condicionada por el marco normativo nacional fijado en la cuestión planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, marco normativo que no se comparte. Así, se afirma que la modificación legislativa del art. 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000, introducida por la Ley Orgánica 2/2009, no vino a confirmar, y convertir en

ley, la jurisprudencia del Tribunal Supremo que exigía la concurrencia de circunstancias agravantes como requisito para la adopción de la sanción de expulsión, sino que dicha reforma se limitó a exigir la ponderación del principio de proporcionalidad en la imposición de las sanciones y a la necesidad de motivar las resoluciones. Esta consideración le lleva a concluir a la Sala de Madrid que la respuesta prejudicial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2020 se proyecta sobre un Derecho nacional que no es el nuestro. Tras distinguir entre ley y jurisprudencia y el distinto grado de vinculación de una y otra, afirma que nuestro Derecho debe ser interpretado conforme a la jurisprudencia del TJUE, concretamente la plasmada en la STJUE de 23 de abril de 2015, asunto C-38/14, sobre 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, según la cual la única decisión posible en relación con el extranjero en situación irregular es la de retorno (expulsión), de manera que la tradicional jurisprudencia del Tribunal Supremo, anterior a la citada Directiva, que exigía la concurrencia de circunstancias agravantes para justificar dicha medida de expulsión, debe considerarse incompatible con el Derecho de la Unión y ser inaplicada de oficio. A juicio de esta Sala territorial, la STS núm. 980/2018, de 12 de junio de 2018, recurso de casación 2958/2017, viene a confirmar lo sostenido por ella.

SEGUNDO.- La cuestión casacional.

La representación procesal de D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX preparó recurso de casación contra la citada sentencia, denunciando la infracción de los artículos 53.1.a), 55.1.a) y 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, puestos en relación con la doctrina jurisprudencial elaborada en torno a los referidos preceptos sistematizada en el FD 6º de la STS de 23 de octubre de 2007 (rec.1624/2004) y teniendo en cuenta la incidencia de la STJUE de 8 de octubre de 2020 recaída en el asunto C-

568/19, pues, a juicio del recurrente, la aplicación de la doctrina recogida en esta última implicaba haberle impuesto una multa, y en ningún caso la expulsión, al no concurrir en su caso circunstancias agravantes añadidas a la mera permanencia irregular en España.

Sobre la concurrencia en el caso de interés casacional, la Sección de Admisión considera que sobre cuestión análoga a la aquí suscitada, se ha pronunciado esta Sala recientemente, y de forma sobrevenida a la sentencia recurrida en casación, en sentencias de 17 de marzo y 27 de mayo de 2021 (RCAS 2870/20 y 1739/20), en un sentido que podría resultar favorable a la parte aquí recurrente.

En consecuencia declara que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la 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 si, por el contrario, la sanción principal es la multa siempre que no concurren circunstancias agravantes añadidas a su situación irregular, teniendo en cuenta también la eventual incidencia en la cuestión de la posterior sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de marzo de 2022 -asunto C-409/20-

Se identifican como normas que, en principio, serán objeto de interpretación las siguientes: 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, en su redacción dada por la Ley Orgánica 2/2009.

TERCERO.- Los argumentos del recurrente recogidos en el escrito de interposición del recurso de casación.

A juicio de la parte, la sentencia de la Sala de Bilbao no respeta el principio de proporcionalidad recogido en el apartado 1 del art. 57 de la Ley Orgánica 4/2000.

Además, tras referirse a diversas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativas a la cuestión examinada, destaca que la STJUE de 3 de marzo de 2022, asunto C-409/20, ha declarado la compatibilidad del régimen español de la multa con la Directiva de retorno siempre y cuando permita a ésta alcanzar su «efecto útil», que es el retorno sin dilaciones indebidas. A tal efecto es preciso que se incluya en la multa un requerimiento de salida voluntaria por un plazo máximo de 30 días, sin prohibición de entrada, y que se dicte a posteriori una orden compulsiva de expulsión (con prohibición de entrada) si se supera el referido plazo sin producirse la regularización ni la salida voluntaria.

Por tanto, a juicio de esta parte, la previsión de la Directiva relativa al retorno es compatible con el procedimiento español en el que se establece primero una multa para la mera permanencia irregular siempre que a esa sanción de multa se le añada la orden de salida voluntaria. Si se incumple la orden de salida voluntaria, o el inmigrante no se regulariza en el plazo concedido, entonces procederá tramitar el expediente de expulsión, con prohibición de entrada. Tratándose de inmigrantes con circunstancias agravantes (artículo 7.4 de la Directiva), procederá directamente la orden forzosa de expulsión sin previa multa ni advertencia de salida voluntaria.

Ello sin perjuicio de que para escoger entre la decisión de multa con orden de salida voluntaria (sin prohibición de entrada) o sanción de expulsión (con prohibición de entrada) habrán de ponderarse factores de carácter humanitario referidos al arraigo y a las posibilidades que tiene de

regularizarse (artículos 6.4, 7.2 y 14 de la Directiva y artículo 55 LO 4/2000).

Concluye esta parte solicitando la anulación de la sanción de expulsión, con estimación de su recurso de casación.

CUARTO.- La oposición del Abogado del Estado.

Para el representante de la Administración, el art. 57.1 de la LO 4/2000 debe ser interpretado según la jurisprudencia del TJUE a la luz de la Directiva 2008/115/CE, de manera que no es posible, ante la situación de estancia irregular de un extranjero en España, la alternativa de la sanción de expulsión o la de multa, ya que la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015-en cuestión prejudicial dictada en el asunto C-38/14 planteada a propósito de la legislación española de extranjería- confirmó la improcedencia de la elección entre las sanciones de multa o expulsión.

Como quiera que la primacía del Derecho de la Unión sobre el interno es clara, tal y como se proclamó por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 9 de marzo de 1.978 (Asunto C-106/77, "Amministrazione delle Finanze dello Stato y SpA Simmenthal"), hay que concluir con el TJUE que no cabe la multa como sanción alternativa a la procedente sanción de expulsión de un extranjero en situación irregular.

La existencia de los mandatos contenidos en la Directiva impone al Juez nacional la búsqueda de una interpretación de la norma interna que sea conforme con el texto y la finalidad de la Directiva. De no ser posible dicha interpretación conforme a la Directiva, el Juez nacional estará vinculado por la misma y habrá de emplearla en la aplicación de la Ley interna. Con tal trascendencia es como ha de considerarse la interpretación ofrecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la Sentencia de 23 de abril de 2015, a la vista de cuyos fundamentos cabe concluir que no resultaría ajustada a la Directiva 2008/115/CE una interpretación de la norma estatal que, ante una situación de estancia

irregular, permitiera excluir el dictado de una decisión de retorno, o su ejecución, mediante la imposición, en su lugar, de otra consecuencia distinta.

Recuerda el Abogado del Estado que esta doctrina fue corroborada por este Tribunal Supremo a raíz de la STS de 12 de junio de 2018, casación 2958/2017. No obstante, trae a colación la STJUE de 8 de octubre de 2020, asunto C-568/19, que declaró 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. Doctrina del TJUE que da lugar a las SSTS de 17 de marzo y 27 de mayo de 2021.

Finalmente, trae a colación también la STJUE de 3 de marzo de 2022, asunto C-409/20, según la cual es conforme a la Directiva de retorno una normativa que, como la española, reacciona ante la permanencia irregular de un nacional de un tercer país en el que no concurren circunstancias agravantes con una sanción de multa que no regulariza su situación, sino que va seguida de una decisión de salida obligatoria voluntaria o, en su defecto, forzosa. Por lo tanto, a su juicio, en el sistema español la sanción económica (multa), por sí misma, ni regulariza la situación administrativa del nacional de un tercer Estado que carece de autorización de residencia en el territorio nacional, ni impide su ulterior salida obligatoria del territorio nacional. Por ello, la normativa española (fundamentalmente, la LOEx y el Real Decreto 557/2011) y la

jurisprudencia que la interpretaba con anterioridad a la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en el asunto Zaizoune, resulta conforme con la Directiva 2008/115 y la interpretación que de la misma ha hecho el Tribunal de Justicia, garantizando el efecto útil de la misma.

Concluye afirmando que la resolución de expulsión dictada en el presente caso se atuvo escrupulosamente a las resoluciones entonces vigentes tanto del TJUE como de ese TS. Ello es así porque cuando se dicta la expulsión del presente caso el 31 de mayo de 2019 era suficiente con arreglo a la doctrina jurisprudencial expuesta que la Delegación del Gobierno constatase la situación irregular del extranjero sin necesidad de que la misma analizase si concurrían o no circunstancias agravantes. Por lo tanto, en la hipótesis de que en el presente recurso se dictase una sentencia que contuviese una doctrina análoga a las referidas de 17 de marzo y 27 de mayo de 2021, debería acordarse, a diferencia de lo decidido en el fallo de aquellas, una retroacción de actuaciones para que el órgano administrativo pueda dictar una nueva resolución motivada con arreglo al nuevo escenario planteado por las citadas STJUE de 8 de octubre de 2020 y de 3 de marzo de 2022. En el caso de denegarse esa retroacción de actuaciones, el Abogado del Estado entiende que este Tribunal debería entrar en el fondo del asunto a efectos de determinar si en el recurrente concurrían o no circunstancias agravantes de la estancia irregular. Así, examinado el expediente y las sentencias recurridas se constata que el recurrente no ha solicitado regularizar su situación en España ni se encuentre pendiente de resolver ninguna solicitud de autorización de residencia y/o trabajo. Tampoco hay constancia de que la recurrente tenga arraigo familiar directo en España no acreditando tener esposo/a ni hijos. Tampoco hay pruebas que avalen la existencia de arraigo social en España, ni existe el menor indicio de arraigo laboral legal ni de medios económicos del recurrente, como tampoco consta que recurrente tenga cubierta la asistencia sanitaria. Por último, no se ha alegado que el estado de salud del recurrente no sea bueno y, en consecuencia, nada impide llevar a cabo la expulsión, siendo correcta la decisión administrativa adoptada.

QUINTO.- 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.

Como es de ver por los argumentos de las partes y por la fundamentación de la sentencia recurrida, la interpretación de esta Directiva y su aplicación directa en nuestro país es crucial no solo para la decisión del recurso sino también para la fijación, nuevamente, de la doctrina jurisprudencial que corresponda en relación con la imposición de la sanción de expulsión a aquellos extranjeros que se encuentran en España en situación irregular, cuando no concurren circunstancias de agravación.

Conviene, por tanto, analizar el contenido de dicha Directiva en lo que concierne a nuestro pleito, así como de las tres sentencias dictadas por el TJUE en relación con la normativa española.

Objeto de la Directiva 2008/115/CE y sus límites.

El objeto declarado de esta Directiva, llamada de retorno, es establecer 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. En definitiva, establecer una política eficaz de expulsión y repatriación.

No tiene, sin embargo, como objeto armonizar totalmente las normas de los Estados miembros en materia de residencia de extranjeros. Por consiguiente, dicha Directiva no se opone a que los Estados miembros califiquen como delito o como infracción administrativa la situación irregular, así como que establezcan sanciones para disuadir de la comisión de dicha infracción o para reprimirla.

Tales sanciones no pueden, sin embargo, menoscabar la aplicación de las normas y de los procedimientos comunes establecidos por esta Directiva como tampoco pueden privar a esta de su efecto útil (véanse, en este sentido, la sentencia de 28 de abril de 2011, El Dridi, C-61/11 PPU, Rec. p. I-3015, apartado 55, la sentencia Achughbabian, C-329/11, apartado 39 y la sentencia de 6 de diciembre de 2012, Sagor, C-430/11, apartado 32).

En el caso concreto de la sanción de multa, el Tribunal de Justicia ha declarado que tal sanción no puede, por sí misma, obstaculizar el procedimiento de retorno establecido en la Directiva 2008/115, pues tal pena no impide que se adopte y se ejecute una decisión de retorno con pleno cumplimiento de los requisitos contemplados en los artículos 6 y 8 de dicha Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de diciembre de 2012, Sagor, C-430/11, apartado 36).

Principios que rigen la aplicación de la Directiva.

De interés para nuestro caso, la Directiva fija un conjunto de principios de aplicación de sus mandatos. Son los siguientes:

1.- La finalización de la situación irregular de nacionales de terceros países se debe llevar a cabo mediante procedimiento justo y transparente, debiendo adoptarse las decisiones 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 (considerando 6).

2.- Es legítimo que los Estados miembros hagan retornar a los nacionales de terceros países en situación irregular, siempre y cuando existan sistemas de asilo justos y eficientes que respeten plenamente el principio de no devolución (considerando 8).

3.- Debe preferirse el retorno voluntario al forzoso y concederse un plazo para la salida voluntaria (considerando 10 y art. 7). El Tribunal de Justicia ha ratificado estos criterios en su jurisprudencia (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de junio de 2015, Zh. y O., C-554/13, apartado 44 y jurisprudencia citada) y ha añadido que la expulsión forzosa solo debe aplicarse como último recurso (sentencia de 17 de diciembre de 2020, Comisión/Hungría, C-808/18, apartado 252).

4.- Debe supeditarse expresamente el uso de medidas coercitivas a los principios de proporcionalidad y eficacia por lo que se refiere a los medios utilizados y a los objetivos perseguidos (considerando 13). El Tribunal de Justicia, de conformidad con los principios generales del Derecho de la Unión, ha sostenido que las decisiones que se tomen en el marco de la 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. En particular, 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, en cuyo marco el Estado miembro de que se trate debe pronunciarse sobre la concesión de un plazo de salida voluntaria en virtud del artículo 7 de esta misma Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de junio de 2015, Zh. y O., C-554/13, apartado 49 y jurisprudencia citada).

Distinción en la Directiva entre decisión de retorno, expulsión y salida voluntaria.

En sus definiciones, la Directiva (art. 3) distingue entre la decisión de retorno (decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial por el que se declara irregular la situación de un nacional de un tercer país y se imponga o declare una decisión de retorno); la expulsión (ejecución de la obligación de retornar, es decir, el transporte físico fuera del Estado

miembro y; la salida voluntaria (cumplimiento de la obligación de retorno en el plazo fijado a tal efecto en la decisión de retorno).

Esta distinción conceptual entre decisión de retorno, expulsión y salida voluntaria es de especial interés para nuestro caso pues es fácil confundir, como si fueren lo mismo, la decisión de retorno con la expulsión, cuando la decisión de retorno que obliga a salir del país puede ejecutarse forzosamente (expulsión) o de forma voluntaria (salida voluntaria).

La decisión de retorno constituye una obligación de los Estados miembros (art. 6, apartado 1, de la Directiva).

Solo para aquellos casos en los que esa decisión de retorno, una vez adoptada, no haya sido respetada por el nacional del tercer Estado 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 de que se trate (véase, en este sentido, la sentencia Achughbadian, C-329/11, apartado 35). Esa obligación, tanto en virtud 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, debe cumplirse lo antes posible (sentencia de 23 de abril de 2015, Zaizoune, C-38/14, apartado 34 y jurisprudencia citada).

En lo que respecta a la salida voluntaria, el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2008/115 dispone que, sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 y 4 de este precepto, la decisión de retorno ha de establecer, en principio, un plazo adecuado, cuya duración oscilará entre siete y treinta días, para la salida voluntaria, aunque según ha declarado la sentencia de 3 de marzo de 2022, asunto C-409/20, apartado 58, un Estado miembro pueda prorrogar el plazo para la salida voluntaria del nacional de un tercer país hasta que concluya un

procedimiento de regularización de la situación de este, aunque esta prórroga debe limitarse a un tiempo prudencial y, como resulta del considerando 10 de la Directiva, necesario en atención a las circunstancias específicas del caso concreto, pues de otra forma se le privaría de su efecto útil.

Finalmente, en relación con la decisión de retorno, el art. 6 de esta Directiva establece en su apartado sexto lo siguiente:

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

Dichas excepciones son:

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

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

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

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

Del texto de la Directiva parece deducirse con claridad que la decisión de retorno debe imponerse en relación con aquellos nacionales de terceros países que se encuentran en situación irregular en el territorio de un Estado miembro, siempre que no concurren las excepciones recogidas en la propia Directiva y, lógicamente, respetando los principios en ella establecidos (proporcionalidad, procedimiento justo y transparente, criterios objetivos, preferencia del retorno voluntario, etc...).

La Directiva no contempla la posibilidad de imponer una multa como alternativa al retorno del extranjero, pero no excluye que pueda ser adoptada en el seno de un procedimiento sancionador siempre que el efecto útil de la Directiva no se vea comprometido.

SEXTO.- Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la Directiva de retorno en relación con el marco normativo español.

Antes de analizar las sentencias dictadas por el tribunal de Luxemburgo, conviene recordar que existe una jurisprudencia reiterada del TJUE que afirma que no corresponde a dicho tribunal, en el marco del sistema de cooperación judicial establecido por el artículo 267 TFUE, verificar o cuestionar la exactitud de la interpretación del Derecho nacional realizada por el órgano jurisdiccional nacional al plantear la cuestión, ya que tal interpretación es competencia exclusiva de este último. De este modo, cuando un órgano jurisdiccional nacional le plantea una cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia debe atenerse a la interpretación del Derecho nacional que le ha expuesto dicho órgano jurisdiccional (sentencias de 27 de octubre de 2009, ÈEZ, C-115/08, apartado 57, y de

16 de octubre de 2019, Glencore Agriculture Hungary, C-189/18, apartado 29).

Esta precisión es relevante en nuestro caso por cuanto las distintas respuestas proporcionadas por el TJUE a las cuestiones prejudiciales planteadas están estrechamente vinculadas al marco normativo que en cada ocasión le fue expuesto por el tribunal español remitente.

La STJUE de 23 de abril de 2015, C-38/14, (asunto Zaizoune).

Como quiera que la legislación española califica la situación irregular de un extranjero en territorio español como una infracción administrativa que puede tener como consecuencia la expulsión de dicho extranjero o la imposición de una multa, se produce una aparente contradicción con el texto de la Directiva que obliga exclusivamente a la decisión de retorno. Decimos que es aparente porque confunde decisión de retorno con expulsión, cuando son conceptos distintos como antes hemos indicado.

Pues bien, esa aparente contradicción motivó el planteamiento por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de cuestión prejudicial que trataba de discernir si la Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, 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.

La respuesta prejudicial la proporcionó la STJUE de 23 de abril de 2015, asunto C-38/14, conocida como sentencia Zaizoune, que afirmó que sí se oponía a la Directiva la normativa de un Estado miembro 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.

Tras esta sentencia quedó claro que, ante la situación de estancia irregular, la imposición de una multa no podía ser una alternativa excluyente de la expulsión, como parecía deducirse hasta ese momento de nuestra jurisprudencia. Jurisprudencia que también afirmaba que para que estuviera justificada la sanción de expulsión era preciso la concurrencia de circunstancias de agravación sin que bastase la mera estancia irregular.

Nuestra sentencia núm. 980/2018, de 12 de junio de 2018, recurso de casación 2958/2017 (y otras posteriores), partiendo del principio de vinculación de los tribunales nacionales a la doctrina del Tribunal de Justicia en la interpretación del Derecho comunitario, consideró aplicable al caso juzgado -expulsión de extranjero sin concurrencia de circunstancias de agravación- la Ley Orgánica 4/2000 y la Directiva de retorno tal y como había sido interpretada por el Tribunal de Justicia, rectificándose así la jurisprudencia anterior, que reservaba la sanción de expulsión, como hemos ya dicho, a los supuestos de concurrencia de circunstancias de agravación.

La STJUE de 8 de octubre de 2020, C-568/19.

No obstante lo anterior, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en el año 2019, planteó nueva cuestión prejudicial sobre este mismo asunto, poniendo de manifiesto al TJUE las consecuencias derivadas de la sentencia de 23 de abril de 2015, Zaizoune (C-38/14). Según informó el órgano remitente, después de que se dictara la sentencia de 23 de abril de 2015, Zaizoune (C-38/14) se había producido la rectificación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la que antes nos hemos referido, habilitando a las autoridades administrativas y judiciales españolas 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 la Sala, se aplicaba directamente la Directiva 2008/115, en perjuicio del interesado, lo que a su juicio no era posible según la propia jurisprudencia del TJUE, que descarta la aplicación directa frente a los particulares de lo dispuesto en las Directivas, habida cuenta del principio de legalidad de los delitos y las penas. Es decir, al aplicar la Directiva directamente se dejaban de aplicar disposiciones internas más beneficiosas en materia sancionadora, con posible omisión del principio de legalidad penal.

La respuesta prejudicial -sentencia de 8 de octubre de 2020, C-568/19,- fue la siguiente:

«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».

Esta posición del Tribunal de Justicia se justifica en su propia jurisprudencia, según la 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 las Directivas, en su calidad de tales, contra dichas personas (véanse, en ese sentido, las sentencias de 26 de febrero de 1986, Marshall, 152/84, apartado 48, y de 12 de diciembre de 2013, Portgás, C425/12, apartado 22). Es cierto que el principio de efecto directo de las Directivas comunitarias permite a los particulares, siempre que se cumplan determinadas condiciones, invocar directamente una norma europea ante una jurisdicción nacional (“efecto directo vertical ascendente”). Lo que no puede esa jurisdicción nacional es aplicar

directamente (sin la previa transposición al ordenamiento interno) las disposiciones de una Directiva a un particular (“efecto directo vertical descendente”) como tampoco puede un particular invocar ese principio de efecto directo de la Directiva frente a otro particular (“efecto directo horizontal”). Ello es así porque el artículo 288 TFUE, párrafo tercero, señala que una Directiva comunitaria solo puede ser invocada con carácter obligatorio respecto del Estado miembro destinatario de la misma. Ello no obstante, recuerda también el TJUE que la normativa nacional se debe procurar interpretar por los órganos jurisdiccionales en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva 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). Solo en el caso de que tal interpretación no sea posible, la autoridad nacional no podrá basarse directamente en lo dispuesto en la Directiva.

Como hemos recogido en el primero de los fundamentos de esta sentencia, la Sala de Bilbao entiende que una interpretación conforme a la Directiva es posible, ya que la exigencia de circunstancias de agravación que justifiquen la decisión de expulsión no se desprende de la ley, sino de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sin que se pueda hacer prevalecer ésta frente a los mandatos de la Directiva. Este razonamiento, que no es compartido por la Sala, lo examinaremos más adelante.

Pues bien, a raíz de esta resolución del TJUE, nuestra Sala se pronunció nuevamente sobre la cuestión objeto de debate en la sentencia núm. 366/2021, de 17 de marzo de 2021, recurso 2870/2020, en la que se realizaron diversas precisiones relevantes. Así, se indica en esta sentencia que 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. En definitiva, deben tenerse en cuenta, para adoptar la

decisión de retorno, aquellos principios inspiradores de la propia Directiva a los que ya hemos hecho referencia en el inicio de este fundamento.

Nuestra sentencia lo razonó de la siguiente manera:

«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.»

Con estos razonamientos venía a recuperarse en parte la jurisprudencia tradicional que afirmaba que la mera estancia irregular, sin la concurrencia de las circunstancias que agravaran dicha conducta, no podía servir para justificar la expulsión. Sin embargo, a diferencia de aquella jurisprudencia, en esta sentencia se excluye la posibilidad de imponer una sanción de multa a la situación de estancia irregular cuando no concurren circunstancias agravantes, considerándola irrelevante desde el punto de vista punitivo, tratando de salvar así las objeciones derivadas de la STJUE de 23 de abril de 2015, C-38/14, (asunto Zaizoune).

Por este motivo, la sentencia, dando respuesta a la cuestión casacional, en relación con el alcance de la STJUE de 8 de octubre de 2020, C-568/19, fijó las siguientes conclusiones:

«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.»

Esta jurisprudencia ha sido confirmada por sentencias posteriores como la núm. 750/2021, de 27 de mayo de 2021, rec. 1739/2020, la núm. 337/2022, de 16 de marzo, rec. 6695/2020, y la de 20 de octubre de 2022, rec. 1334/2022, entre otras.

Como veremos inmediatamente la primera conclusión debe ser corregida por razón de la STJUE de 3 de marzo de 2022.

La STJUE de 3 de marzo de 2022, asunto C-409-2020.

En esta sentencia el Tribunal de Justicia vuelve a pronunciarse sobre la cuestión objeto de debate, en esta ocasión en virtud de una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Pontevedra mediante auto de 20 de agosto de 2020.

Según el órgano remitente, la interpretación de la normativa española que realizó la Sala de Bilbao y que dio lugar a la STJUE de 23 de abril de 2015, C-38/14, (asunto Zaizoune), difiere de la que él realiza en el litigio principal. Así, según el Juzgado de Pontevedra, la multa que contempla la normativa española controvertida en el litigio principal no es sino una intimación para salir voluntariamente del territorio español en un plazo determinado. Una vez transcurrido este plazo sin que el nacional del tercer país de que se trate haya salido voluntariamente de dicho territorio, procederá ya dictar la orden de expulsión si aquel no regulariza su situación. Así pues, a juicio del órgano jurisdiccional remitente, la multa contemplada en la normativa española controvertida en el litigio principal no regulariza por sí misma al extranjero ni impide su ulterior expulsión.

Sobre esta base formuló su pregunta, que consistía en esencia si la Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que sanciona la permanencia irregular de un nacional de un tercer país en el territorio de ese Estado miembro, cuando no concurren circunstancias agravantes, en un primer momento, con una sanción de multa que lleva aparejada la obligación de abandonar el territorio de dicho Estado miembro en el plazo fijado salvo que, antes de que este expire, se regularice la situación del nacional de un tercer país y, en un segundo momento, si no se ha regularizado su situación, con una decisión en la que se ordena obligatoriamente su expulsión.

El Tribunal contestó a esta pregunta en el apartado 64 de la sentencia:

«64 Habida cuenta de todas las anteriores consideraciones, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que la Directiva 2008/115, en particular sus artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, leídos en relación con los artículos 6, apartado 4, y 7, apartados 1 y 2, de la misma, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro que sanciona la permanencia irregular de un nacional de un tercer país en el territorio de ese Estado miembro, cuando no concurren circunstancias agravantes, en un primer

momento, con una sanción de multa que lleva aparejada la obligación de abandonar el territorio de dicho Estado miembro en el plazo fijado salvo que, antes de que este expire, se regularice la situación del nacional de un tercer país y, en un segundo momento, si no se ha regularizado su situación, con una decisión en la que se ordena obligatoriamente su expulsión, siempre que dicho plazo se fije de conformidad con las exigencias establecidas en el artículo 7, apartados 1 y 2, de esta Directiva.»

En definitiva, el TJUE considera conforme con el Derecho Europeo la imposición de una multa siempre que ésta no excluya la obligación de retorno del extranjero, lo que nos obliga, como luego veremos, a reconsiderar lo afirmado en nuestra sentencia de 17 de marzo de 2021, recurso 2870/2020, y las que la siguieron, que excluían la imposición de la multa tratando de acomodar nuestra normativa al Derecho comunitario según había sido interpretado, en relación con la legislación nacional, por las SSTJUE de 2015 y 2020.

Si recapitulamos en relación con estas tres sentencias del TJUE podemos afirmar que cada una de ellas es tributaria del marco normativo que le había sido expuesto por el tribunal español que interpelaba la respuesta prejudicial. Así, la de 2015 da respuesta a una supuesta incompatibilidad de la decisión de retorno con la imposición de la sanción de multa en un procedimiento sancionador, considerándola no conforme con el Derecho de la Unión. La segunda decisión prejudicial -STJUE de 8 de octubre de 2020, C-568/19- partiendo de la existencia de una disyuntiva en nuestro ordenamiento entre multa y expulsión, afirma que la Directiva, en la medida en que no esté transpuesta al ordenamiento interno, tiene límites en relación a su aplicación a los particulares. Finalmente, presentado nuestro marco normativo por el órgano nacional interpelante de manera diferente, el TJUE en la sentencia de 3 de marzo de 2022, asunto C-409-2020, concluye que la normativa española, con los matices que se introducen, no es contraria en este punto con el Derecho Europeo, incluida la imposición de una multa siempre que esta no excluya la decisión de retorno.

En el planteamiento de la cuestión prejudicial realizada por el Juzgado de Pontevedra que dio lugar a esta última sentencia, se puso de manifiesto que la sanción de multa contemplada en el ordenamiento español para la infracción grave, consistente en la estancia irregular en territorio nacional, no regularizaba por sí misma al extranjero, ni impedía la ejecución forzosa de esa obligación de salida (expulsión) cuando el extranjero no la cumple voluntariamente, salvo que el extranjero durante ese tiempo regularice su situación. La Sala, como veremos inmediatamente a continuación, tras el análisis de la STJUE de 3 de marzo de 2022, comparte este criterio interpretativo, ya que es el que permite un mejor ajuste del ordenamiento español con la Directiva de retorno, ajuste o acomodación al que estamos obligados, si ello fuere posible, en nuestra labor hermenéutica. Este nuevo posicionamiento nos obliga a rectificar lo afirmado en el fundamento cuarto de nuestra sentencia de 16 de marzo de 2022, recurso 6695/2020, al examinar el alcance de la STJUE de 3 de marzo de 2022, asunto C-409/2020. Razonaremos posteriormente los motivos de nuestra rectificación.

SÉPTIMO.- El marco normativo español sobre la situación irregular de los extranjeros en territorio nacional.

En el auto de admisión del recurso de casación se identifican como normas que, en principio, serán objeto de interpretación los 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, en su redacción dada por la Ley Orgánica 2/2009.

Antes del examen de estos preceptos y para dar luz a su correcto entendimiento, conviene recordar que tanto la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, como el Reglamento de desarrollo (Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009),

contemplan como un deber legal la salida obligatoria de España de aquellos extranjeros que carezcan de autorización para permanecer en nuestro país.

Así, el artículo 28.3.c) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en su versión reformada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, preceptúa que el extranjero estará obligado a salir del territorio español en caso de denegación administrativa de la solicitud que haya formulado para continuar permaneciendo en dicho territorio o de falta de autorización para encontrarse en España.

Conviene advertir que este precepto en su redacción originaria, previa a la reforma de 2009, no contemplaba expresamente la obligación de la salida obligatoria para los casos de falta de autorización para encontrarse en España (supuesto típico de situación irregular), habiéndose introducido precisamente dicha previsión por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reforma que trae causa, entre otras, en la incorporación a nuestro ordenamiento interno de diversas Directivas comunitarias que afectan al Derecho de Extranjería de los Estados europeos, 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 ilegal (DOUE de 24 de diciembre de 2008).

Este precepto fue objeto de severa crítica en nuestra sentencia de 17 de marzo de 2021, recurso 2870/2020, por las insuficiencias de la ley en cuanto a los plazos y mecanismo para hacer efectiva esa obligación.

Pese a esas carencias, es lo cierto que esta previsión normativa nos permite afirmar que, con independencia de que se abra o no un procedimiento sancionador como consecuencia de la situación irregular de un extranjero en territorio nacional, el extranjero que se encuentra en esa situación está obligado *ex lege*, y no solo en virtud de resolución

administrativa, a salir del territorio nacional, y esta salida podrá materializarse de forma voluntaria o ser compelido para ello por las autoridades españolas en los términos que veremos más adelante. De esta manera, el art. 28, con su pronunciamiento genérico, se configura como instrumento de garantía en última instancia de la eficacia de los mecanismos de retorno así como en elemento de interpretación de las normas relativas al mismo, de manera que las carencias y defectos de la Ley y del Reglamento deben abordarse a la luz de este precepto.

Complementan el precepto legal los arts. 19 y 24 del Reglamento de Extranjería, aprobado con posterioridad a la reforma de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre. El art 19.1 establece que, en ejercicio de su libertad de circulación, los extranjeros podrán efectuar libremente su salida del territorio español, salvo en los casos previstos en el artículo 28.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en los que la salida será obligatoria. A su vez, el art. 24.1 del Reglamento establece que la resolución administrativa que constate la situación irregular del extranjero en España –falta de autorización para encontrarse en España, incumplimiento de requisitos de entrada o de estancia, denegación administrativa de solicitudes de prórrogas de estancia, etc..., - debe contener la advertencia al interesado de la obligatoriedad de su salida del país. En el apartado 2 de este precepto se indica, además, que la salida obligatoria habrá de realizarse dentro del plazo establecido en la resolución denegatoria de la solicitud formulada, o, en su caso, en el plazo máximo de quince días contado desde el momento en que se notifique la resolución denegatoria, salvo que concurran circunstancias excepcionales y se justifique que se cuenta con medios económicos suficientes; en tal caso, se podrá prorrogar el plazo hasta un máximo de noventa días. Una vez transcurrido el plazo indicado sin que se haya efectuado la salida, se aplicará lo previsto en este Reglamento para los supuestos a que se refiere el artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, es decir, se considerará infracción administrativa grave y puede ser objeto de sanción.

Sin perder de vista este marco normativo, acudamos al Título III de la Ley, dedicado a las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador, donde se contienen los preceptos que el auto de admisión identifica a los efectos de su interpretación (los arts. 53.1.a), 55.1.b) y 57.1).

El art. 53.1.a) nos dice lo que sigue:

«1. Son infracciones graves:

a) Encontrarse 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.»

Para dichas infracciones graves el art. 55.1.b) establece la sanción de multa de 501 a 10.000 euros. Y el art. 57.1 añade:

«1. Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción.»

Advirtamos aquí también que la referencia al principio de proporcionalidad fue introducida por la reforma de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre.

Examinada esta normativa en su conjunto y no de forma fragmentada podemos afirmar que, salvo las excepciones previstas, aquellos extranjeros que se encuentren en España sin autorización (en situación irregular) tienen la obligación legal de salir de territorio nacional, lo que es plenamente coherente con los postulados de la Directiva 2008/115/CEE.

Dicha obligación de salida no desaparece por el hecho de haber sido sancionado el extranjero con una multa por estancia irregular pues en ninguna norma de la Ley o del Reglamento de Extranjería se establece que, una vez impuesta la sanción de multa, desaparezca la obligación de salida del territorio nacional genéricamente impuesta en el art. 28.

Sí resulta incompatible la sanción de expulsión -ex art. 57.3 de la Ley de Extranjería- con la sanción de multa, impuestas ambas en un mismo procedimiento sancionador por unos mismos hechos (la estancia irregular en el territorio nacional). Pero esa prohibición de la doble sanción no es obstáculo para que en la propia resolución sancionadora en la que se le imponga la multa se le haga advertencia al extranjero de la obligatoriedad de su salida, establecida *ex lege* como hemos visto, así como la fijación de un plazo para que esta se materialice voluntariamente en los términos establecidos en el art. 24 del Reglamento. El incumplimiento de esta obligación podrá dar lugar a la expulsión posterior, pero esta medida tendrá ya un fundamento distinto y posterior -el mantenerse en situación irregular incumpliendo la obligación de salida ordenada por la Administración- de aquel que dio lugar a la imposición de la multa -encontrarse en situación irregular en territorio nacional sin la concurrencia de las circunstancias de agravación exigidas por el principio de proporcionalidad para la imposición de la sanción de expulsión-.

Estos preceptos, aunque de una forma un tanto confusa, vienen a recoger la distinción conceptual entre decisión de retorno, expulsión y salida voluntaria que se contiene en la Directiva de 2008.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando dio su respuesta prejudicial en la sentencia de_23 de abril de 2015, C-38/14, (asunto Zaizoune), lo hizo ante un planteamiento de disyuntiva entre sanción de multa o expulsión, de manera que cuando se impone una multa ya no es posible la expulsión, cuando tal disyuntiva, como acabamos de ver, no se corresponde con la normativa española después de la reforma de 2009 de

la Ley de Extranjería y el correspondiente Reglamento de desarrollo de ese mismo año.

Contextualizado así el debate, tiene pleno sentido la incorporación a través de la reforma de 2009, en el art. 57 de la Ley de Extranjería, de una referencia al principio de proporcionalidad para la imposición de la sanción de expulsión mediante resolución motivada en lugar de la sanción de multa prevista para las infracciones graves en el art. 55 de la referida Ley.

Hasta la Directiva de retorno del año 2008, nuestra jurisprudencia venía sosteniendo que la Administración no podía optar discrecionalmente entre la imposición de la multa o la expulsión sin justificarlo, por lo que la expulsión del territorio español, como sanción más grave y secundaria, precisaba de una causa específica y motivada, distinta o complementaria de la multa que, en el sistema de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, se consideraba la sanción principal que correspondía a la pura permanencia ilegal.

Por lo tanto, según dicha doctrina, cuando la Administración optaba por la expulsión tenía que especificar cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y, en general, las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la elección de la sanción de expulsión, en vez de la menos grave de multa, aunque dicha motivación podía constar tanto en la resolución misma como en el expediente administrativo, según las circunstancias concurrentes en el caso: cuando se trataba de supuestos en que la causa de expulsión fuera simplemente la permanencia ilegal sin otros hechos negativos, la motivación tenía que incluirse expresamente en la resolución administrativa, pues la Administración tenía que justificar por qué acude a la sanción de expulsión cuando, en principio, la permanencia ilegal se sanciona con multa; por el contrario, si en el expediente administrativo constaban, además de la permanencia ilegal, otros datos

negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, y esos datos eran de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justificaban la expulsión, no dejaba ésta de estar motivada por no haberse hecho mención de ellos en la propia resolución sancionadora.

También nuestra jurisprudencia había señalado que eran hechos o circunstancias que constituían causa y motivación suficiente para justificar la imposición de la sanción de expulsión, en vez de la de multa, entre otros: Estar indocumentado el extranjero, ignorándose cuándo y por dónde entró en territorio español y si lo hizo contraviniendo las normas que en el Reglamento de Extranjería regulan los requisitos y las condiciones de entrada en territorio nacional (sentencias de 30 de junio de 2006, 31 de octubre de 2006 y 29 de marzo de 2007); haber sido detenido por su participación en un delito, y seguirse por este hecho diligencias penales en un Juzgado de Instrucción (sentencia de 19 de diciembre de 2006); carecer de domicilio y arraigo familiar y estar, además, indocumentado (sentencia de 28 de febrero de 2007); haberse dictado con carácter previo a la expulsión una orden de salida obligatoria del territorio nacional que tendría que haberse hecho efectiva, sin haber intentado legalizar su situación en España (sentencia de 22 de febrero de 2007).

En definitiva, en los supuestos de estancia irregular se debía ajustar proporcionalmente la imposición de la consecuencia (sanción) de expulsión a aquellos supuestos en los que a la estancia irregular se unía algún otro factor que pudiera ser susceptible de valoración negativa (circunstancia de agravación).

Esta jurisprudencia debe ser ratificada con las precisiones que se expondrán a continuación.

Es cierto que, tras la STJUE de 23 de abril de 2015, asunto C-38/14, en la que se rechazaba sin matices, siguiendo el planteamiento de la cuestión prejudicial de la Sala de Bilbao, la alternativa excluyente multa-expulsión, se rectificó esa jurisprudencia anterior. Así, nuestra sentencia

núm. 980/2018, de 12 de junio de 2018, recurso de casación 2958/2017 (y otras posteriores), partiendo del principio de vinculación de los tribunales nacionales a la doctrina del Tribunal de Justicia en la interpretación del Derecho comunitario, consideró aplicable al caso juzgado -expulsión de extranjero sin concurrencia de circunstancias de agravación- la Ley Orgánica 4/2000 y la Directiva de retorno tal y como había sido interpretada por el Tribunal de Justicia, cambiándose la jurisprudencia precedente, que reservaba la expulsión a los supuestos de concurrencia de circunstancias de agravación.

No obstante, como hemos visto anteriormente, el TJUE, ante un nuevo interrogante prejudicial, volvió a pronunciarse sobre la cuestión debatida en su sentencia de 8 de octubre de 2020, C-568/19, en los términos que hemos expuesto en el anterior fundamento, lo que permitió recuperar parcialmente la jurisprudencia anterior.

Por lo tanto y en relación con la pregunta casacional podemos anticipar que la sanción a imponer de forma preferente a los extranjeros que hayan incurrido en las conductas tipificadas como graves en el art. 53.1.a) Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, es la de multa, siempre que no concurren circunstancias agravantes añadidas a su situación irregular. Así lo impone el art. 57 de la Ley de Extranjería que establece *prima facie* la sanción de multa a las infracciones graves, entre ellas la situación irregular, pero se permite sustituir dicha sanción de multa, en atención al principio de proporcionalidad, por la sanción de expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción. Indudablemente dicho principio de proporcionalidad exige la concurrencia de circunstancias de agravación para imponer la sanción más grave de expulsión, frente a la sanción de multa. Esta última sanción, sin embargo, será preferente frente a la expulsión cuando no concurren circunstancias agravantes, como ya había señalado la jurisprudencia previa a la Directiva de 2008, y que hoy se mantiene vigente con fundamento en la propia Ley y Reglamento de

Extranjería, después de la reforma de 2009, interpretados conforme a la Directiva de retorno y la jurisprudencia del TJUE. En definitiva, es preciso un juicio de ponderación basado en el principio de proporcionalidad para la elección entre una u otra sanción (multa o expulsión), sin que este mandato legal que así lo establece sea incompatible con el Derecho Europeo como acabamos de ver.

Este planteamiento que ahora se hace supone, no obstante, matizar la primera de las respuestas que se dio a la cuestión casacional en la STS de 17 de marzo de 2021, recurso 2870/2020, sentencia que no pudo tener en cuenta la STJUE de 2022 por razones obvias temporales.

OCTAVO.- . El juicio de proporcionalidad. Las circunstancias que son de agravación y las que no lo son.

Dada la relevancia del juicio de proporcionalidad para la elección de la sanción a imponer a la infracción de encontrarse un extranjero irregularmente en territorio español (art. 53.1. a) de la Ley de Extranjería), conviene hacer recordatorio de las circunstancias que la jurisprudencia ha considerado de agravación para justificar la imposición de la sanción de expulsión y aquellas otras que ha estimado que no lo justifican.

Circunstancias de agravación.

Es cierto que es difícil establecer *prima facie* un catálogo cerrado de esas circunstancias agravantes, por la casuística existente, por lo que hemos señalado que será la motivación y el examen concreto de las circunstancias que concurren en cada caso cuando podrá justificarse, conforme al indicado principio de proporcionalidad, dicha decisión de imponer preferentemente la sanción de expulsión y no la de multa.

Profundizando sobre este último aspecto, la STS nº 732/2023, de 5 de junio, rec 3424/2022, razona que los Tribunales, al revisar la resolución de expulsión, pueden revisar también el juicio de ponderación de las

circunstancias que puedan justificar la orden de expulsión, conforme al material probatorio que obre en las actuaciones, tanto en el proceso como en su expediente.

No obstante, en cuanto a las concretas circunstancias que viene apreciando nuestra jurisprudencia y que permiten justificar, en base al principio de proporcionalidad, cuando procede decretar la expulsión, cabe enumerar no solo las expresamente referidas en la STS n.º 366/2021, de 17 de marzo, rec. 2870/2020, sino igualmente algunas otras que también han sido apreciadas por la jurisprudencia.

Ha de señalarse en primer lugar la de encontrarse el extranjero en situación irregular sin documentación alguna por la que pudiera ser identificado (sentencia de 27 de mayo de 2008). En relación con este supuesto, la STS n.º 1247/2022, de 5 de octubre, rec. 270/2022, ha precisado que: *«la falta de documentación como circunstancia agravante ha de ponerse en relación con las dificultades para la correcta identificación del interesado, que impidan conocer su identidad, origen y demás circunstancias personales, comprometiendo la tramitación del procedimiento (...) [C]omo hemos razonado en la sentencia de 27 de abril de 2022 (rec. 2958/21), si bien la falta de una inicial presentación de documentación e identificación del interesado puede justificar la aplicación del procedimiento preferente, si con posterioridad se aporta y acredita la existencia de tal documentación desaparece como tal causa de agravación a efectos de la adopción de la decisión de expulsión».*

Se añade a la situación de carecer de documentación, la circunstancia de ignorar por esa ausencia no solo los datos personales, sino la forma de entrada en territorio nacional (sentencias de 26 de diciembre de 2007; 14 de junio de 2007; y de 5 de junio de 2007). En relación con esta circunstancia, lo cierto es la jurisprudencia también apreció como agravante únicamente la de ignorarse cuándo y por donde se efectuó la entrada en España, STS de 28 de febrero de 2007, recurso

10263/2003, ratificando este criterio la más reciente STS de 12 de enero de 2022, recurso 7746/2020, -FD 3º párrafo penúltimo-.

También se ha venido considerando circunstancia de agravación no haber cumplimentado voluntariamente una orden previa de salida obligatoria (sentencia de 22 de febrero de 2007). Esa misma consideración se atribuye a la constatación de que la residencia autorizada fue obtenida de manera fraudulenta, invocando una nacionalidad falsa (STS de 8 de noviembre de 2007, rec. 2448/2004); relacionada con la cual, también se ha apreciado como agravante la de disponer de documentación identificativa falsa (SSTS de 25 de octubre de 2007, rec. 2260/2004, y de 27 de mayo de 2008, recurso 5853/2004).

Nuestra STS de 4 de octubre de 2007, recurso 2244/2004, apreció la agravación al constar una prohibición de entrada.

En otras ocasiones (STS nº 366/2021, de 17 de marzo, rec. 2870/2020) hemos utilizado, como criterio interpretativo, los supuestos a que se hace referencia en el artículo 63.1º, párrafo segundo, de la LOEX al regular el procedimiento preferente: Cuando el extranjero en situación irregular constituya «un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional», cuando es previsible que el extranjero en situación irregular, por las peculiaridades que se acrediten, trate de evitar o dificultar la expulsión, y cuando exista riesgo de incomparecencia. Ahora bien, no cabe concluir sin más que la incoación del procedimiento preferente por alguna de esas circunstancias sea por sí solo justificador de la proporcionalidad de la expulsión; se requiere, por el contrario, y como sucede con las restantes circunstancias o factores de agravación, su valoración individualizada y plenamente contrastada, en un procedimiento con plenas garantías, como tal circunstancia justificadora de la proporcionalidad de la expulsión.

La existencia de antecedentes penales también constituye una circunstancia de agravación que justifica la proporcionalidad de la medida

de expulsión, y así se refleja en multitud de sentencias posteriores a la de 17 de marzo de 2021, por ejemplo, en la STS nº 252/2022, de 28 de febrero, rec 7671/2020, – FD 7º-; aunque, como precisa la STS nº 1247/2022, de 5 de octubre, rec 270/2022, no basta una mera referencia genérica a su existencia, como seguidamente detallaremos.

Más específicamente, en relación con la cuestión de los antecedentes policiales, cabe precisar que la jurisprudencia ha experimentado una evolución: ciertamente ha habido sentencias de esta Sala que consideraron suficiente la mera constancia de antecedentes policiales, pero la STS de 29 de septiembre de 2006 (recurso 5450/2003) señaló un cambio de criterio, pues sostuvo el que posteriormente aparece mantenido a lo largo del tiempo –multitud de sentencias de 2007-, al decir: *«(...) Si la Administración sancionadora quiere fundar en esas actuaciones policiales o judiciales la expulsión que decreta (en lugar de la multa) ha de averiguar cuál fue su resultado y dejar constancia de ello en el expediente administrativo, pues en otro caso seguirá siendo inmotivada la elección de la expulsión, que es lo que ocurre en el caso de autos.(...)»*, criterio que, como hemos visto, es el que actualmente se mantiene.

Respecto de la carencia de domicilio conocido aparece meramente enumerada entre las posibles circunstancias agravatorias o negativas en la STS nº 750/2021, de 27 de mayo, rec. 1739/2020, y otras posteriores que transcriben o recogen su contenido - entre otras, SSTS nº 12/2022, de 12 de enero, rec. 7746/2020, nº 65/2022, de 26 de enero, rec. 5003/2020, nº 161/2022, de 9 de febrero, rec. 5952/2020, ...-, sin que su posible apreciación como única circunstancia agravante justificadora de la expulsión haya sido objeto de un estudio en profundidad. Por contra, la STS nº 252/2022, de 28 de febrero, rec. 7671/2020 –FD 7º- parece rechazar que constituyan circunstancias agravantes que pongan de manifiesto y justifiquen la proporcionalidad de la medida adoptada las de que la recurrente *«(...) se encontraba en nuestro país de forma irregular, sin haber regularizado su situación y sin haber obtenido prórroga de*

estancia o permiso de trabajo o residencia, careciendo de arraigo y de domicilio conocido (...)».

Circunstancias que no son de agravación.

Resulta relevante también reseñar distintos pronunciamientos jurisprudenciales que, de forma reciente, han precisado que algunas circunstancias aducidas por la Administración no pueden ser consideradas agravantes a efectos de justificar la proporcionalidad de la expulsión (especialmente, SSTS nº 208/2022, de 18 de febrero, 5883/2020, y nº 528/2022, de 4 de mayo, rec. 3881/2021, que se remite a la anterior).

En este sentido, el hecho de no haber constancia de haberse solicitado una prórroga de estancia o un permiso de residencia una vez transcurridos 90 días de permanencia en territorio español, no es circunstancia agravante. Tampoco es circunstancia de agravación la falta de constancia de tener arraigo familiar en España, pues de existir constituiría, más bien, un dato a valorar positivamente. La misma consideración tiene la no constancia de arraigo social aisladamente considerado o la falta de cobertura de la asistencia sanitaria.

Finalmente, nuestra jurisprudencia ha señalado que las circunstancias previstas en los artículos 5 y 6.2 a 5 (DECIR) de la Directiva 2008/115/CE no operan como criterios de ponderación o proporcionalidad (STS nº 1363/2019, de 15 de octubre, rec. 1629/2018), ni puede confundirse su falta de concurrencia con la apreciación de circunstancias de agravación de la estancia irregular que justifiquen la sanción de expulsión (STS nº 1247/2022, de 5 de octubre, recurso 270/2022), pues operan como excepciones a la ejecutividad de la medida de expulsión del extranjero en situación irregular, excepciones que han de apreciarse a través del procedimiento correspondiente (SSTS nº 492/2022, de 27 de abril, recurso 2958/2021), nº 1125/2022, de 14 de septiembre, recurso 7218/2021, y nº 1247/2022, de 5 de octubre, recurso 270/2022).

NOVENO.- La reciente doctrina del Tribunal Constitucional sobre la cuestión litigiosa.

El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse, desde la perspectiva de la legalidad sancionadora, sobre el asunto que estamos analizando en esta sentencia.

Así, en la STC 47/2023, de 10 de mayo, del Pleno del Tribunal, se ha declarado expresamente que la imposición de la sanción de expulsión sin la concurrencia de circunstancias de agravación infringe el derecho fundamental a la legalidad sancionadora.

En el recurso de amparo, el demandante denunció que le había sido vulnerado su derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), al haberle sido impuesta una sanción de expulsión del territorio español con prohibición de entrada durante tres años por el mero hecho de encontrarse en nuestro país en situación irregular. Según la parte recurrente, el motivo por el que se le impuso dicha sanción en lugar de la multa que era la que resultaba procedente se debió a una aplicación defectuosa del régimen sancionador en materia de extranjería derivada de una interpretación errónea de la eficacia de la Directiva de retorno y la jurisprudencia que la interpreta.

El Tribunal Constitucional declaró lo siguiente:

«b) Doctrina constitucional aplicable sobre el derecho a la legalidad sancionadora en su vertiente de garantía material frente a los órganos sancionadores.

El derecho fundamental a la legalidad sancionadora se reconoce en el art. 25.1 CE, en cuya virtud «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones y omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento». Este precepto, como afirma la doctrina constitucional desde la STC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2, incorpora la regla *nullum crimen, nulla poena sine lege*, la extiende al

ordenamiento administrativo sancionador y comprende una doble garantía material, de alcance absoluto, y formal, de carácter relativo y expresiva de la necesidad de reserva de ley en la tipificación de ilícitos y sanciones administrativas, sin perjuicio del «carácter, en cierto modo insuprimible, de la potestad reglamentaria en ciertas materias» (STC 133/1999, de 15 de julio, FJ 2).

A su vez, la garantía material despliega su eficacia tanto en el plano o ámbito normativo como en el aplicativo. En el plano normativo, la STC 146/2015, de 25 de junio, FJ 2, recuerda que «comporta el mandato de taxatividad o de certeza que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas y de sus correspondientes sanciones (*lex certa*), en virtud del cual el legislador debe promulgar normas concretas, precisas, claras e inteligibles, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones». La garantía de certeza opera así, en primer término, en el momento de elaboración de la norma y tiene al órgano encargado de su producción como destinatario principal. En este plano o ámbito normativo, la vulneración del mandato de taxatividad se verifica por el Tribunal Constitucional atendiendo a la accesibilidad y previsibilidad del alcance de la norma.

Pero esta garantía de certeza despliega asimismo su eficacia en el momento de aplicación de la norma por parte de los órganos sancionadores. En este plano o ámbito aplicativo, que es donde la recurrente radica su queja, la vulneración se verifica por este tribunal determinando «si la aplicación de la norma sancionadora ha sido irrazonable, bien porque [...] se haya desbordado el límite del sentido literal posible del precepto, bien porque, con ocasión del juicio de subsunción, no se hayan respetado los criterios metodológicos comúnmente reconocidos o los parámetros axiológicos que derivan de nuestro ordenamiento constitucional» [STC 219/2016, de 19 de diciembre, FJ 7; con extenso resumen de doctrina, y STC 42/2022, de 21 de marzo, FJ 3 A), que se remite a la STC 14/2021, de 28 de enero, FJ 2].

c) Examen de la vulneración.

El análisis de la vulneración denunciada debe partir del hecho de que no ha sido objeto de controversia el presupuesto que sirve de base para la sanción administrativa impuesta: la estancia irregular de doña Denize Lanes da Silva, respecto de la que no constaba, según la resolución que ordena su expulsión del territorio nacional, que «haya solicitado y se halle pendiente de resolver ninguna solicitud de autorización de residencia o trabajo, no acreditándose por otra parte que tenga un especial arraigo familiar o social en nuestro país». La resolución

que acuerda la expulsión no alude en su motivación a ninguna circunstancia agravante o negativa que pudiera concurrir en la recurrente; las resoluciones judiciales tampoco reflejaron ningún elemento negativo y confirmaron la resolución de expulsión basándose en la ausencia de arraigo de la ahora demandante de amparo.

En efecto, las resoluciones judiciales declararon procedente la expulsión con fundamento en la aplicación directa de lo dispuesto en el art. 6.1 de la Directiva 2008/115/CE y en que la recurrente carecía de arraigo en España. Pero con tal argumentación, los órganos judiciales dejaron de aplicar las consecuencias previstas en la normativa española para las situaciones de estancia irregular, puesto que en nuestro derecho no está prevista la sanción de expulsión para los supuestos de mera estancia irregular de las personas extranjeras en quienes no se aprecie ninguna circunstancia agravante o negativa. Esta interpretación de los tribunales españoles que marginaba la normativa nacional más favorable y que otorgaba un efecto directo inverso a la Directiva de retorno es errónea y contraria a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la eficacia de esta clase de normas en los ordenamientos internos. Como señala la STJUE de 8 de octubre de 2020, «es preciso recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las directivas no pueden, por sí solas, crear obligaciones a cargo de los particulares, pues los Estados miembros no pueden invocar las disposiciones de las directivas, en su calidad de tales, contra dichas personas» (apartado 35).

Nuestro régimen de extranjería solo justificaba y justifica la sanción de expulsión para los casos de estancia irregular, en lugar de la sanción de multa [art. 55.1 b) LOEx], «en atención al principio de proporcionalidad [...], previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción» (art. 57.1 LOEx). La compatibilidad de este régimen con la normativa comunitaria fue aclarada por la citada STJUE de 8 de octubre de 2020, cuyo fallo dispuso 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».

Por tal motivo, con independencia de la interpretación que la jurisdicción ordinaria efectúe sobre la aplicabilidad de la sanción de multa para los supuestos de mera estancia irregular, debe concluirse que, al imponer la administración la sanción de expulsión, se infringió la garantía material del derecho a la legalidad sancionadora de la recurrente a causa de una aplicación irrazonable de la norma sancionadora. La administración impuso la sanción de expulsión del art. 57.1 LOEx, luego confirmada judicialmente con una interpretación errónea sobre la eficacia de la Directiva de retorno, a una situación de estancia irregular en la que no consta que concurriera ninguna circunstancia agravante o elemento negativo que la hubiese justificado, «en atención al principio de proporcionalidad», tal y como dicho precepto exige para su aplicación.»

Como es de ver el Tribunal Constitucional tiene en cuenta la doctrina del TJUE sobre el efecto directo vertical descendente de las Directivas comunitarias no transpuestas en plazo, al que hacíamos referencia en el fundamento sexto de esta sentencia, reafirmado por la STJUE de 8 de octubre de 2020, C-568/19 para un caso como el de autos, doctrina que impide que una jurisdicción nacional aplique directamente a los particulares una Directiva no transpuesta al ordenamiento interno. En el caso de ser aplicada se vulneraría el derecho fundamental a la legalidad sancionadora.

Esta doctrina ha sido reiterada en posteriores sentencias.

No tiene en cuenta el Tribunal Constitucional la STJUE de 2022, asunto C-409/2020, por cuanto esta sentencia parte de un postulado diferente de la STJUE de 8 de octubre de 2020. En esta ocasión se le ofreció al TJUE una interpretación de la legislación española conforme con la Directiva que fue aceptada y que no obliga, como hemos visto en anteriores fundamentos, a la imposición de la sanción de expulsión sin concurrencia de circunstancias agravantes, de manera que con la interpretación que venimos sosteniendo en esta sentencia no puede dar lugar a la vulneración del derecho fundamental a la legalidad sancionadora ya que sin la concurrencia de circunstancias de agravación la sanción preferente a imponer es la sanción de multa, que está expresamente prevista en la Ley.

DÉCIMO.- Respuesta a la cuestión casacional.

En el auto de admisión se nos interpela para que demos respuesta a la siguiente cuestión casacional: *«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 si, por el contrario, la sanción principal es la multa siempre que no concurren circunstancias agravantes añadidas a su situación irregular, teniendo en cuenta también la eventual incidencia en la cuestión de la posterior sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de marzo de 2022 -asunto C-409/20-.»*

Aunque la pregunta incide en la STJUE de 2020, asunto C-568/19, lo cierto es que es la STJUE de 2022, asunto C-409/20, la que proporciona una respuesta más precisa y completa en relación con el marco normativo español. La sentencia confirma, con los matices que veremos a continuación, la compatibilidad de la normativa española con el Derecho Europeo, en la forma en que ha sido interpretada por nuestra jurisprudencia, de manera que la sanción preferente a imponer ante la situación irregular de un extranjero en territorio nacional, al que se le abrió un procedimiento sancionador por este motivo, es la de multa, salvo que concurren circunstancias de agravación que justifiquen, en resolución motivada al efecto, la imposición de la sanción más grave de expulsión.

Sin embargo, la imposición de esa multa -y he aquí el matiz- no puede privar de su efecto útil a la Directiva, que pretende como objetivo final, con las debidas garantías, el retorno del extranjero. Nuestro ordenamiento, como hemos señalado anteriormente, impide la doble sanción -multa y expulsión- por unos mismos hechos y en idéntico procedimiento sancionador. Ese es el sentido de la prohibición contenida

en el art. 57.3 de la Ley de Extranjería (3. *En ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa*), sin que esa prohibición de la doble sanción en el mismo procedimiento sancionador (“*conjuntamente*” dice el precepto) excluya o elimine la obligación que el art. 28.3.c) impone a todo extranjero de salir obligatoriamente de España cuando carezca de autorización para permanecer en nuestro país. De ahí que la Administración, cuando opte por la sanción de multa en el procedimiento sancionador, pueda y deba ordenar al extranjero en situación irregular que salga de España voluntariamente en un plazo determinado (decisión de retorno de cumplimiento voluntario), limitándose a concretar así lo que constituye una obligación legal. En el caso de no ser atendida esta orden de forma voluntaria, la Administración podrá compeler su cumplimiento forzoso (la decisión de retorno de cumplimiento voluntario se convierte en una decisión de retorno de cumplimiento forzoso o expulsión) lo que se materializará a través de la incoación de un nuevo procedimiento sancionador por estancia irregular que, esta vez sí, debe dar lugar a la imposición de la sanción de expulsión al concurrir una circunstancia de agravación (no cumplir la orden de salida voluntariamente). Esta es la opción elegida para el retorno del extranjero prevista en el art. 24.2 del Reglamento de Extranjería para los casos de incumplimiento de la orden de salida obligatoria. En este sentido conviene traer a colación que nuestra jurisprudencia ha venido considerando circunstancia de agravación no haber cumplimentado voluntariamente una orden previa de salida obligatoria (sentencia de 22 de febrero de 2007).

En cuanto a los concretos plazos que debe fijar la Administración para la salida obligatoria, se debe atender a lo que señala la Directiva en el art. 7 para la salida voluntaria (entre siete y treinta días, salvo que se esté incurso en un procedimiento de regularización que permite extender ese plazo prudencialmente) o bien al art. 24 del Reglamento de Extranjería que en relación con la orden de salida obligatoria fija un plazo de cumplimiento de quince días contado desde el momento en que se notifique la resolución que así lo establezca, plazo que podrá ser ampliado

hasta 90 días en circunstancias excepcionales y siempre que se justifique que se cuenta con medios económicos suficientes.

La STJUE de 2022, asunto C-409/20, sobre este punto concreto, señala lo siguiente:

«53 Por lo que atañe a la duración del plazo que puede concederse al interesado para que cumpla voluntariamente la obligación de retorno, el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2008/115 dispone que, sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 y 4 de este precepto, la decisión de retorno ha de establecer, en principio, un plazo adecuado, cuya duración oscilará entre siete y treinta días, para la salida voluntaria.

54 A este respecto, el artículo 7, apartado 2, de esta Directiva precisa que los Estados miembros prorrogarán cuando sea necesario el plazo de salida voluntaria durante un tiempo prudencial, atendiendo a las circunstancias concretas del caso de que se trate, como la duración de la estancia, la existencia de niños escolarizados o la existencia de otros vínculos familiares y sociales. Esta disposición no supedita la posibilidad que se ofrece a los Estados miembros a ninguna condición particular.

55 Así pues, incluso en el supuesto de que un nacional de un tercer país en situación irregular no haya acatado la obligación de retorno en el plazo para la salida voluntaria fijado de conformidad con el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2008/115, el apartado 2 de este precepto permite, en las circunstancias concretas del caso de que se trate, diferir el momento de la ejecución de la obligación de retorno mediante expulsión.

56 Por lo tanto, si bien la Directiva 2008/115 no regula las relaciones entre el procedimiento relativo a una solicitud de residencia por reagrupación familiar presentada por un nacional de un tercer país y el procedimiento de adopción de una decisión de retorno o de expulsión, de las apreciaciones que figuran en los apartados 51 y 55 de la presente sentencia resulta que esta Directiva permite a un Estado miembro, dentro de los límites establecidos en su artículo 7, apartados 1 y 2, diferir la ejecución de la obligación de retorno con respecto a un nacional de un tercer país cuando este trata, por circunstancias concretas de su caso, de regularizar su situación, en particular por motivos familiares.»

A los criterios expuestos sobre el plazo debe atender la Administración.

Finalmente debemos hacer unas consideraciones sobre el posicionamiento de nuestra Sala expresado en el fundamento cuarto de la sentencia de 15 de marzo de 2022, recurso 6695/2020, que se mostró crítico con el posicionamiento de la STJUE de 2022 por ser tributario de un marco normativo nacional que no se compartía.

Este posicionamiento lo matizamos en esta sentencia.

En primer lugar, con fundamento en el principio de interpretación de las normas nacionales conforme a las Directivas. Principio en virtud del cual, como recuerda la STJUE de 14 de mayo de 2020, asunto C-615/2018, 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 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 que conozca. En nuestra sentencia de 17 de marzo de 2021, recurso 2870/2020, se razonó ampliamente sobre la aplicación de este principio.

En segundo lugar, porque pese a que el art. 28 de nuestra Ley de Extranjería no fije un plazo para la salida obligatoria, ni arbitre medios para su ejecución, como se decía en la sentencia, ninguna norma impide que la Administración en el propio procedimiento sancionador en el que decida la imposición de una multa, una vez constatada la situación irregular sin apreciación de circunstancias agravantes, concrete el mandato legal del art. 28 y fije un plazo para su cumplimiento voluntario. Es más, el art. 24 del Reglamento de Extranjería de 2009 contempla expresamente que la resolución administrativa que constate la falta de autorización para encontrarse en España del extranjero contenga la advertencia al interesado de la obligatoriedad de su salida del país. Y aunque no se

refiere expresamente a un procedimiento sancionador en la relación *ad exemplum* que contempla este artículo en modo alguno lo excluye.

En tercer lugar, porque la estancia irregular del extranjero constituye una infracción continuada mientras perdure, de manera que una vez abierto el procedimiento sancionador e impuesta una multa con el apercibimiento de la salida obligatoria, si esa salida no se produce voluntariamente y se mantiene la situación nada impide la apertura de un nuevo procedimiento sancionador que puede terminar en sanción de expulsión. El art. 63.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, permite la apertura de un nuevo procedimiento sancionador por hechos o conductas tipificadas como infracciones en cuya comisión el infractor persista de forma continuada, en tanto haya recaído una primera resolución sancionadora, con carácter ejecutivo. Abunda en esta conclusión el art.24.2 del Reglamento que establece que cuando la salida obligatoria no se materializa en el plazo establecido en la resolución administrativa procede la remisión a lo previsto para los supuestos a que se refiere el artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, es decir a la apertura de un procedimiento sancionador.

En cuarto lugar, porque el mandato del art. 28 de la Ley de Extranjería excluye la posibilidad de que la imposición de una multa por estancia irregular legalice la situación del extranjero a partir de ese momento, de manera que este ya no tenga la obligación de salir ni pueda ser expulsado si no lo hace. Esa interpretación sería, además, radicalmente contraria a la Directiva de retorno, como se encargó de señalar la STJUE de 23 de abril de 2015, C-38/14, (asunto Zaizoune), máxime cuando otras interpretaciones son posibles y conformes con dicha Directiva. Abunda en lo anterior el art.24.2 del Reglamento que establece que cuando la salida obligatoria no se materializa en el plazo establecido en la resolución administrativa se aplique lo previsto para los supuestos a que se refiere el artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

En quinto lugar, tampoco constituye obstáculo a la interpretación que estamos sosteniendo el argumento de que siendo necesario el procedimiento ordinario para la imposición de la sanción de expulsión por estancia irregular, los plazos establecidos para dicho procedimiento sumados a los que se establezcan para la salida obligatoria excederían lo previsto sobre plazos para el retorno establecidos en la Directiva para que ésta no pierda su efecto útil. Este argumento no tiene en cuenta que la Administración debe procurar el efecto útil de la Directiva a cuyo efecto puede acordar, en el ejercicio de su discrecionalidad, los plazos mínimos establecidos respetando el conjunto de principios y garantías establecidas para el procedimiento de retorno y que permite modular cuando es preciso los plazos establecidos.

Llegados a este punto y con arreglo a lo razonado en los anteriores fundamentos, la respuesta a la cuestión casacional en relación con el alcance de la STJUE de 8 de octubre de 2020, C-568/19, teniendo en cuenta también la incidencia en la cuestión de la posterior sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de marzo de 2022 -asunto C-409/20-, es la siguiente:

«Primero, que la situación de estancia irregular determina, en su caso, la imposición de la sanción de multa o la sanción de expulsión, siendo preferente la primera cuando no concurren circunstancias que, con arreglo al principio de proporcionalidad, justifiquen la expulsión.

Segundo, que cuando la decisión consista en la imposición de una multa, la resolución administrativa que la imponga debe contener una orden de salida de cumplimiento voluntario que concrete el mandato contenido en el art. 28.3.c) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y en 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.

Tercero, que en ejecución de lo acordado los plazos que se establezcan para la salida efectiva del territorio nacional, sin perjuicio de las excepciones que se establecen en nuestro ordenamiento y en la Directiva, deben ser prudentemente limitados en el tiempo, dentro de los márgenes de los que dispone la Administración, a los efectos de no privar a la Directiva de su efecto útil.

Cuarto, 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.

Quinto, 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».

UNDÉCIMO.- Decisión del asunto litigioso.

Tanto el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 3 de San Sebastián como la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ del País Vasco basaron su decisión de confirmar la resolución administrativa de expulsión en lo afirmado por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 23 de abril de 2015, asunto C-38/14, que declaró incompatible la normativa española, tal y como le había sido expuesta en la cuestión prejudicial, con la Directiva 2008/115/CE. En ambas

resoluciones judiciales no se tiene en cuenta la concurrencia de circunstancias de agravación que justifiquen la imposición de dicha sanción de expulsión.

Consideraban ambos órganos judiciales que la referida STJUE no dejaba margen para la imposición de una multa, como alternativa a la expulsión, al nacional de país tercero que se encontrare en España en situación irregular sin concurrir alguna de las excepciones previstas en la normativa comunitaria.

Incluso la Sala de Bilbao, concedora de una nueva sentencia del TJUE sobre la cuestión litigiosa (STJUE de 8 de octubre de 2020, C-568/19), fue más allá, completando su motivación con una remisión a lo razonado en la sentencia de 23 de octubre de 2020 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la que se señalaba que la modificación legislativa del art. 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000, introducida por la Ley Orgánica 2/2009, no vino a confirmar, y convertir en ley, la jurisprudencia del Tribunal Supremo que exigía la concurrencia de circunstancias agravantes como requisito para la adopción de la sanción de expulsión, sino que dicha reforma se limitó a exigir la ponderación del principio de proporcionalidad en la imposición de las sanciones y a la necesidad de motivar las resoluciones.

Como hemos visto anteriormente tales conclusiones no son correctas. En primer lugar, porque la interpretación que se sostiene de que solo puede imponerse la expulsión supone una vulneración del principio de legalidad sancionadora tal y como ha expresado el Tribunal Constitucional en sentencias de este mismo año (por todas, la STC 47/2023, de 10 de mayo, cuyo fundamento esencial hemos reproducido) ya que al excluirse la posibilidad de imponer la multa implícitamente se estaría aplicando la Directiva con un efecto directo vertical descendente. En segundo lugar, porque la reforma de la Ley de Extranjería realizada en el año 2009, que tenía entre otros objetivos trasponer la Directiva de retorno, mantiene la doble sanción (multa o expulsión) de forma alternativa y no acumulativa,

pero introduce una referencia al principio de proporcionalidad para adoptar la más grave, la sanción de expulsión, referencia que tiene todo el sentido al existir la posibilidad de elegir la sanción alternativa menos grave (la multa). Solo la existencia de esa alternativa justifica el obligado juicio de ponderación que deriva del principio de proporcionalidad. Precisamente la invocación de este principio en el art. 57.1 de la Ley de Extranjería se hace en referencia a la imposición de la sanción de expulsión en lugar de la de multa, obligando además este precepto a que en la resolución administrativa se motiven especialmente los hechos que se tienen en cuenta para la imposición de la sanción más grave. Finalmente, el propio TJUE ha declarado la compatibilidad con el Derecho Europeo de este régimen de dualidad de sanciones en su sentencia de 2 de marzo de 2022, con el matiz anteriormente expuesto de que la imposición de una sanción de multa no debe impedir una decisión de retorno que contemple la salida voluntaria, que podrá ser impuesta forzosamente de no ser atendida en el plazo establecido.

Así las cosas, resultan ociosas las consideraciones de la Sala de Madrid, que motivan *in aliunde* la decisión de la Sala de Bilbao, sobre los distintos grados de vinculación entre ley y jurisprudencia y la contradicción de esta última con el Derecho Europeo. Como hemos razonado anteriormente, ni nuestra jurisprudencia se aparta del mandato legal, y aún menos lo contradice, ni es contraria a la interpretación proporcionada por el TJUE de la Directiva de retorno en relación con la normativa española, cuando ésta se le ha expuesto correctamente en la cuestión prejudicial, como ocurre en el asunto C-409/20, que dio lugar a la STJUE de 2 de marzo de 2022. Además, la interpretación de la Sala de instancia vulnera el derecho fundamental a la legalidad sancionadora tal y como ha destacado el Tribunal Constitucional a raíz de su sentencia 47/2023, de 10 de mayo.

Finalmente, no puede ser acogido el planteamiento del Abogado del Estado de que la carga de la prueba le corresponde al sancionado o que debe ser esta Sala la que motive la decisión que deba ser adoptada

en lugar de la Administración. En el procedimiento sancionador corresponde a la Administración acreditar los hechos que justifican la decisión adoptada, en este caso la sanción de expulsión por la concurrencia de circunstancias agravantes, sin que en dicha tarea pueda sustituirla este Tribunal.

En definitiva, ambas sentencias deben ser anuladas, así como la resolución de la Subdelegación del Gobierno de Guipúzcoa, de 31 de mayo de 2019, por la que se acordaba la expulsión de don XXXXXXXXXXXXXXXX, de nacionalidad colombiana, del territorio nacional con prohibición expresa de entrar nuevamente en el mismo durante un periodo de tres años, por carecer de la debida justificación de la imposición de la sanción más grave de expulsión frente a la multa, con estimación del recurso de casación.

DECIMOSEGUNDO.- Costas.

De conformidad con lo establecido en el artículo 93.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no ha lugar a la imposición de las costas de este recurso de casación, al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes. Por lo que se refiere a las costas ocasionadas en la instancia la estimación del recurso comporta que de conformidad con lo establecido en el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa procede mantener el criterio de no imposición declarada por el Tribunal de instancia.

F A L L O

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

Primero.- La respuesta a la cuestión casacional planteada en el auto de admisión es la recogida en el fundamento décimo de esta sentencia.

Segundo.- Ha lugar al recurso de casación 2251/2021, interpuesto por la representación procesal de don ----- contra la sentencia de 15 de diciembre de 2020 de la Sala de lo Contencioso-administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco por la que se desestimó el recurso de apelación (nº 178/2020) interpuesto contra la sentencia de 19 de noviembre de 2019 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 3 de San Sebastián, en el recurso contencioso-administrativo dirigido contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno de Guipúzcoa, de 31 de mayo de 2019, por la que se acordaba la expulsión de don -----, de nacionalidad colombiana, del territorio nacional con prohibición expresa de entrar nuevamente en el mismo durante un periodo de tres años.

Tercero.- En su consecuencia, con estimación del mencionado recurso de apelación, se revoca la sentencia del Juzgado y, estimando el recurso contencioso-administrativo, se anula la resolución administrativa originariamente impugnada, mencionada en el primer fundamento, por no estar ajustada al ordenamiento jurídico, dejando sin efecto la orden de expulsión acordada.

Cuarto.- No procede hacer especial pronunciamiento de las costas ocasionadas en este recurso de casación, ni de las instancias.

:

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

