

Sentencia de la Sala tercera de 18 de febrero de 2022 (rec.5883/2002)

Encabezamiento

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 208/2022

Fecha de sentencia: 18/02/2022

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 5883/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 01/02/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez

Procedencia: T.S.J.MADRID CON/AD SEC.10

Letrada de la Administración de Justicia: Seccion005

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 5883/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez

Letrada de la Administración de Justicia: Seccion005

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 208/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Segundo Menéndez Pérez, presidente

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D^a. Inés Huerta Garicano

D. Fernando Román García

En Madrid, a 18 de febrero de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Nemesio, representado por la procuradora de los tribunales doña Nuria Lasa Gómez, bajo la dirección letrada de doña Antonia de Jesús Flores Martínez, contra *sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Décima) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 21 de septiembre de 2020, dictada en el recurso de apelación núm. 400/2020*, en el que se impugna la orden de **expulsión** en aplicación del 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.

Se ha personado en este recurso como parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, con la representación que le es propia.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En el recurso de apelación núm. 400/2020 la *Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Décima) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con fecha 21 de septiembre de 2020, dictó sentencia* cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

" **FALLO** CON DESESTIMACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN Nº 400/2020, INTERPUESTO POR D. Nemesio CONTRA LA *SENTENCIA Nº 72/2020, DE FECHA 21 DE FEBRERO DE 2020, DICTADA POR EL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 10 DE MADRID EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO Nº 524/2019*, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS ESTA RESOLUCIÓN, CON IMPOSICIÓN A LA PARTE APELANTE DEL PAGO DE LAS COSTAS CAUSADAS EN SEGUNDA INSTANCIA HASTA EL LÍMITE DECLARADO EN EL FUNDAMENTO DE DERECHO DECIMOTERCERO".

SEGUNDO. Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de D. Nemesio recurso de casación que, por la *Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Décima) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid tuvo por preparado mediante Auto de 29 de septiembre de 2020*, que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento a las partes.

TERCERO. Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del *Tribunal Supremo, con fecha 15 de julio de 2021, dictó Auto* cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

" **La Sección de Admisión acuerda:**

1º) Admitir el recurso de casación nº 5883/20 preparado por la representación procesal de D. Nemesio contra la *sentencia - nº 653/20, de 21 de*

septiembre- de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 10ª) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (apelación 400/20).

2º) Precisar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en **determinar sí, conforme la interpretación dada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de octubre de 2020 -asunto C-568/19 - a la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, la expulsión del territorio español es la sanción preferente a imponer a los extranjeros que hayan incurrido en la conductas tipificadas como graves en el art. 53.1.a) Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, o sí, por el contrario, la sanción principal es la multa siempre que no concurren circunstancias agravantes añadidas a su situación irregular.**

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, será 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, ello sin perjuicio de que la Sala de enjuiciamiento pueda extenderse a otras, si así lo exigiese el debate procesal finalmente trabado (art. 90.4 LJCA).

4º) Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

5º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

6º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección Quinta de esta Sala Tercera, a la que corresponde el enjuiciamiento del recurso con arreglo a las vigentes normas sobre reparto de asuntos".

CUARTO. La representación procesal de D. Nemesio interpuso recurso de casación mediante escrito de 21 de septiembre de 2021, y termina suplicando a la Sala que "...dicte Sentencia por la que se acuerde estimar el recurso y proceda a casar y anular la sentencia impugnada".

QUINTO. La representación procesal de la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, se opuso al recurso de casación interpuesto de contrario y suplica en su escrito a la Sala que "...dicte sentencia desestimatoria del mismo en alguno de los términos expuestos".

SEXTO. Mediante providencia de fecha 12 de noviembre de 2021 se señaló el presente recurso para votación y fallo el día 1 de febrero de 2022, en cuya fecha han tenido lugar dichos actos procesales.

SÉPTIMO. No se ha observado el plazo que la Ley de la Jurisdicción fija para dictar sentencia, debido a la carga de trabajo que pesa sobre el Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. *La resolución administrativa impugnada en la instancia .*

Fue la dictada por la Delegada del Gobierno en Madrid el 4 de septiembre de 2019, cuyo texto es el siguiente:

"VISTO el procedimiento sancionador instruido por la Jefatura Superior de Policía contra Nemesio, con N.I.E. NUM000, natural de República Dominicana y nacido el NUM001 /1971, por la comisión de una infracción prevista en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y de las actuaciones seguidas por los siguientes:

HECHOS

1.- Al ser requerido por fuerzas policiales, el día 08/04/2019 para proceder a su identificación y tras las actuaciones llevadas a cabo con posterioridad, se ha comprobado que no dispone de documento alguno que acredite la situación de estancia o residencia legal en España.

2.- En fecha 08/04/2019 se acordó la incoación del oportuno procedimiento sancionador de carácter preferente conforme a lo dispuesto en el art. 63 de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y en los artículos 216 y siguientes del Reglamento de la referida Ley Orgánica aprobado por R.D. 557/2011 de 20 de abril, dándose traslado de la propuesta de resolución para que alegase lo que considerase adecuado practicándose de oficio, las actuaciones que se consideraron necesarias para el examen de los hechos, recabando los datos e informaciones relevantes para determinar la existencia de responsabilidades susceptibles de sanción.

3.- En el plazo concedido al efecto no se ha presentado escrito de alegaciones, no deduciéndose de las actuaciones practicadas que obran en el expediente que tenga arraigo familiar o social en nuestro país, toda vez que, comprobadas las bases de datos de extranjeros de este Centro así como de la Dirección General de la Policía no consta 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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- Los hechos expuestos son constitutivos de una infracción prevista en el art. 53.1.a) de la Ley Orgánica citada donde se tipifica como infracción grave el 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 hubiera solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente.

2.- Según se establece en el art. 55.2 de la referida Ley Orgánica, el Delegado del Gobierno es competente para la imposición de las sanciones por las infracciones administrativas establecidas en la misma.

En su virtud, he resuelto, de acuerdo con la propuesta formulada, decretar su **expulsión** del territorio nacional, con la consiguiente prohibición de entrada en España por un periodo de 3 años, a contar desde la fecha en que se lleve a efecto."

SEGUNDO . *Las sentencias del Juzgado y de la Sala .*

La primera, de 21 de febrero de 2020, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra aquella resolución, razonando, en suma, que, con arreglo a la *sentencia Zaizoune del TJUE, de 23 de abril de 2015, dictada en*

el asunto C-38/14 , que interpreta la Directiva 2008/115/CE, un extranjero que no sea ciudadano de la Unión en situación irregular en España debe ser expulsado, pero no multado, con las solas excepciones previstas en la propia Directiva.

La segunda, de 21 de septiembre de 2020, desestima a su vez el recurso de apelación interpuesto contra la anterior, entendiendo que la cuestión litigiosa se circunscribe a la infracción del principio de proporcionalidad, que rechaza tras analizar el Título III de la Ley Orgánica 4/2000, la jurisprudencia de este TS a partir del año 2005, la normativa comunitaria, la jurisprudencia del TJUE y, de nuevo, la de este TS a partir de la sentencia de 12 de junio de 2018 , para concluir que la eventual imposición de una multa es una tesis que no puede admitirse, y que lo que procede será, por tanto, la **expulsión**, al no concurrir ninguna de las excepciones previstas en los artículos 5 y 6 de la Directiva 2008/115/CE .

TERCERO . *La cuestión de interés casacional que ha apreciado el auto de admisión .*

Es la siguiente: Determinar sí, 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 conducta tipificada como grave en el art. 53.1.a) Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, o sí, por el contrario, la sanción principal es la multa, siempre que no concurren circunstancias agravantes añadidas a su situación irregular.*

CUARTO . *El escrito de interposición .*

Nos limitamos aquí a reflejar lo más esencial de dicho escrito.

Lo comienza la parte *"manifestando expresamente que nuestra pretensión casacional coincide con las recientes Sentencias (RCAS 2870/20 y 1739/20)"* .

Con tales sentencias, dirá después, entran en contradicción las de instancia, pues el recurrente *"sólo incurre en una estancia irregular"* .

Y en esa línea, añadirá en otros párrafos que *"carece de cualquier tipo de antecedentes que indiquen peligrosidad, o de cualquier otra circunstancia agravante"* ; que, según aportó al expediente y a la demanda (documentos 4, 5 y 6 de ésta), *"está documentado y tiene su pasaporte en vigor, está empadronado en Parla desde enero de 2018 por lo que tiene domicilio conocido, y ha venido realizando envíos de dinero a su país como fruto de su trabajo en un taller de coches"* ; que *"no tiene ninguna orden anterior de salida del territorio español"* ; y que *"en definitiva sólo se constata su situación irregular en España"* .

QUINTO . *El escrito de oposición .*

Limitándonos también a lo más esencial, destacamos el argumento según el cual:

"La resolución de expulsión dictada en el presente caso se atuvo escrupulosamente a la doctrina entonces vigente tanto del TJUE como de ese TS por lo

que no puede ahora exigírsele de forma retroactiva que hubiese motivado la existencia de circunstancias agravantes en el extranjero.

Cuando se dicta la **expulsión** del presente caso el 5 de noviembre de 2018 (sic) 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.

En consecuencia, no puede exigírsele a esa resolución de **expulsión** una motivación de las circunstancias agravantes del caso puesto que las mismas resultaban irrelevantes para decretar la **expulsión** de los extranjeros con arreglo a la jurisprudencia tanto del TJUE como de ese TS.

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 la citada STJUE de 8 de octubre de 2020.

Argumento al que sigue el siguiente:

"Si se denegase la retroacción de actuaciones, el TS debería entrar en el fondo del asunto a efectos de determinar si en el recurrente concurrían o no circunstancias agravantes de la estancia irregular

En las SSTS de 17 de marzo y 27 de mayo de 2021 no se entró en el fondo del asunto, sino que se anularon las resoluciones de **expulsión** simplemente por el dato formal de que en ellas no se habían hecho constar circunstancias agravantes en el extranjero, sin entrar a analizar si realmente esas circunstancias agravantes existían o no y constaban o no en el expediente administrativo.

Sin embargo y como acabamos de indicar, no podía exigírsele a una resolución administrativa de **expulsión** dictada en el año 2018 (sic) que incluyese en su motivación la existencia de circunstancias agravantes en el extranjero; por ello y en la hipótesis de que no se decretase una retroacción de actuaciones, esa Sala debería entrar a analizar si, realmente, concurrían o no circunstancias agravantes en el aquí recurrente acudiendo, si ello fuese necesario, a la integración de hechos prevista en el art. 93.3 de la LJCA.

[...]

Pues bien, del expediente administrativo resultan los siguientes datos negativos del recurrente:

- En primer lugar, se ignora cuándo y por dónde entró en territorio español, lo cual constituye una evidente circunstancia agravante (cfr. STS de 31 de enero de 2008).

- En segundo lugar, no hay constancia alguna del título jurídico en cuya virtud ha entrado el interesado en España ni que, en la hipótesis de que aquél haya existido, se haya solicitado una prórroga de estancia o un permiso de residencia una

vez transcurridos 90 días de permanencia en territorio español. Es decir, el recurrente no se ha preocupado de realizar trámite alguno al objeto de regularizar su situación en este país.

- En tercer lugar, tampoco hay constancia en el expediente de que el recurrente tenga arraigo familiar alguno en España no acreditando tener esposa ni hijos.

- En cuarto lugar, tampoco hay pruebas que avalen la existencia de arraigo social en España del recurrente.

- En quinto lugar, tampoco existe el menor indicio de arraigo laboral legal ni de medios económicos del recurrente hasta el punto de que la resolución de **expulsión** señala que: "No constando la tenencia de los medios económicos referidos en el art. 64.3 de la Ley orgánica mencionada, por parte del interesado, que permitan la ejecución de la presente resolución de **expulsión** a su costa, la misma se ejecutará con cargo a los Presupuestos del Ministerio del Interior".

-En sexto lugar, tampoco consta que el 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**.

Los datos negativos expuestos, adicionales a la situación irregular del interesado, justifican la sanción de **expulsión** y la decisión de retorno acordada por la Administración que, en consecuencia, ha de ser confirmada".

SEXTO . Jurisprudencia actual sobre la cuestión en la que se aprecia la existencia de interés casacional objetivo .

Tras la *sentencia del TJUE de 8 de octubre 2020* , nuestra jurisprudencia, expuesta en recientes *sentencias*, como la de 26 de enero de 2022, dictada en el *recurso de casación núm. 5003/2020* , se expresa de este modo:

"[...] dicha cuestión ha sido objeto de examen y determinación ampliamente en *sentencia de 17 de marzo de 2021 (rec. 2870/20)* y reproducida de manera sintética en la *sentencia de 27 de mayo de 2021 (rec. 1739/20)*, que se citan por las partes, pronunciándose esta última en los siguientes términos:

[...] sobre esta cuestión hemos tenido ocasión de pronunciarnos recientemente en *nuestra sentencia de 17 de marzo de 2021, rec. 2870/2020* , en la que se da una completa respuesta a la misma y a cuyos pormenorizados razonamientos debemos remitirnos, destacando aquí solamente, en una muy apretada síntesis, los aspectos sustanciales de su argumentación -que deben ser necesariamente completados con cuanto allí más detalladamente explicábamos-.

A) Parte la *sentencia (FJ 2º)* de una exposición del panorama jurisprudencial existente en la interpretación del art. 57.1 LOEX marcado por los siguientes pronunciamientos sustanciales, tanto del TJUE como de este Tribunal Supremo:

a) Se refleja, en primer término, la interpretación que había efectuado este Tribunal Supremo en relación con la dualidad alternativa de sanciones, multa-

expulsión, que la LOEX (art. 57.1) *preveía respecto de la situación de estancia irregular, considerada por el legislador como infracción administrativa grave (art. 53.1.a), interpretación que había sido acuñada por esta Sala antes de que se aprobara la Directiva 2008/115 .*

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

Entre estas circunstancias agravatorias o negativas que podían justificar la opción por la **expulsión** en lugar de la multa, se destacaron, entre otras de análoga significación, la indocumentación, el carecer de domicilio conocido, desconocerse cuándo y por dónde se entró en territorio español, tener antecedentes penales, haber incumplido una obligación de salida previa, y otras similares.

b) En esa situación se aprueba la Directiva 2008/115, conforme a la cual, como regla general y sin perjuicio de las excepciones que se contemplan, debe dictarse una decisión de retorno a todo ciudadano de un tercer Estado que se encuentre en territorio de la Unión en situación irregular, dando oportunidad de una salida voluntaria o, en su defecto, se acordará su **expulsión** de manera forzosa.

c) El TJUE, en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por la Sala del País Vasco sobre la compatibilidad con esta Directiva de la alternativa multa- **expulsión** prevista por la legislación española para la situación de estancia irregular, dice lo siguiente en su *sentencia de 23 de abril de 2015 (EU:C:2015:260) --en adelante 2015/260 --*:

"La *Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, en particular sus artículos 6, apartado 1 , y 8, apartado 1, en relación con su artículo 4, apartados 2 y 3 , debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho Estado, impone, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la **expulsión**, siendo ambas medidas excluyentes entre sí.*"

En congruencia con esta sentencia del *TJUE se dictó por esta Sala la sentencia de 12 de junio de 2018, rec. 2958/2017 , en la que se concluye que, en los supuestos de estancia irregular, lo procedente es decretar la **expulsión** del extranjero,*

salvo que concurra alguno de los supuestos de excepción previstos en los apartados 2 a 5 del art. 6 de la Directiva de retorno o, en su caso, de los supuestos del art. 5 que propicien la aplicación del principio de no devolución, sin que dicha decisión de **expulsión** pueda sustituirse por la sanción de multa.

d) Y a continuación, en respuesta a otra cuestión prejudicial planteada, esta vez, por la Sala de Castilla-La Mancha sobre el alcance del efecto directo en relación con la aplicación de la Directiva 2008/115, responde el *TJUE en su sentencia de 8 de octubre de 2020 (ECLI:EU:C:2020:807)*, asunto *C-568/19* (en adelante, 2020/807) --que es a la que se hace referencia en el auto de admisión del presente recurso de casación-- 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."

B) Expuesto el panorama jurisprudencial al que esquemáticamente hemos aludido, se adentra *nuestra sentencia de 17 de marzo de 2021* (FJ 3º), en la incidencia de esta nueva sentencia del TJUE en nuestro derecho interno, indagándose, asimismo -como obligaba su fundamento 36-, "una interpretación del artículo 57 conforme a la Directiva, con el límite que comporta la inaplicación del precepto nacional, que confiere una posición más favorable a los ciudadanos extranjeros en situación irregular en nuestro País y, por tanto, no puede obviarse con la aplicación directa de la norma comunitaria".

a) Y en esta tarea, tras abundar en el principio de interpretación conforme, su alcance y límites, se alcanza una primera conclusión:

"que el artículo 57.1º de la LOEX solo puede interpretarse en el sentido de considerar que la estancia irregular de un extranjero en España, solo puede ser "sancionada" con **expulsión**. Bien claro ha establecido el Tribunal de Justicia en las dos sentencias referidas, que una "sanción" de multa, que excluye la **expulsión**, es contrario a la Directiva. Ello supone que debe rechazarse, en la opción que se contiene en el precepto, la posibilidad de la sanción de multa, que no procede en ningún caso.

Esa primera conclusión requiere una mayor explicación. En primer lugar, que al suponer un efecto favorable de la Directiva para los ciudadanos, debe ser de aplicación directa.

(...) y en segundo lugar, no es admisible interpretar el artículo 57.1º en el sentido de poder aplicar la pretendida opción de multa o **expulsión** al extranjero en situación irregular, porque; o procede su **expulsión** o la acción debe quedar al margen del ámbito sancionador, en el criterio que establece el mencionado precepto. La sanción de multa a la estancia irregular es una opción que ya la Directiva 2008/115 excluye de manera taxativa y lo vino a declarar de manera concreta la sentencia del TJUE de 2015; porque para la norma comunitaria, y al margen de consideraciones punitivas, la finalidad es la salida de todos aquellos extranjeros que se encuentren de

manera irregular en alguno de los Estados de la Unión, lo cual es contrario a la posibilidad de imponer una sanción de multa sin dicha salida"

b) Una vez alcanzada esa primera conclusión que rechaza la posibilidad de imponer la sanción de multa a la situación de estancia irregular -pronunciamento que deriva de la *STJUE de 23 de abril de 2015*, contenido, asimismo, en *nuestra sentencia de 12 de junio de 2018*, y que no se ve alterado por la *STJUE de 8 de octubre de 2020* -, indaga nuestra sentencia cuándo la situación de estancia irregular exige dictar la orden de **expulsión**, abordando aquí las exigencias individualizadoras y causalizadoras que derivan del principio de proporcionalidad, que se encuentra consagrado tanto en el derecho interno como en el derecho de la Unión, aunque ceñido ya, en exclusiva, a la propia decisión de **expulsión**.

Destaca, a este respecto, que la propia Directiva en sus considerandos rechaza cualquier automatismo en la adopción de la decisión de **expulsión** y exige que la decisión de retorno se adopte de manera individualizada; se refiere al principio de proporcionalidad y a su interpretación por la jurisprudencia del TJUE, y afirma que "conforme a la jurisprudencia comunitaria es el juicio de proporcionalidad el que (ha de) determinar, en función de los factores añadidos a la mera estancia irregular, cuándo 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 entiende que todo ello nos conduce a la necesidad de motivación de cualquier decisión de **expulsión**:

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

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

[...] Y tras estos razonamientos, que en una muy apretada síntesis hemos reflejado, responde la sentencia (FJ 4º) a la cuestión que nos planteaba el auto de admisión, sentando dos conclusiones sustanciales:

1.- Incompatibilidad con la Directiva de retorno de la alternativa multa-**expulsión**.

Tras la *STJUE de 23 de abril de 2015* y, en consonancia con la misma, la *STS de 12 de junio de 2018*, se pone de manifiesto "la existencia de una norma de derecho interno incompatible con la Directiva, en cuanto permite eludir la única respuesta de retorno, prevista para la situación de estancia irregular, mediante la imposición de una sanción de multa, incompatibilidad de la norma interna que, ya sea debida a su preexistencia a la Directiva o consecuencia de una deficiente transposición por el Estado miembro, no puede desconocerse por el juzgador en su función de interpretación del ordenamiento jurídico y elección de la norma aplicable.

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

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

2.- Necesidad de motivar e individualizar conforme al principio de proporcionalidad toda decisión de **expulsión**.

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

justificación de la proporcionalidad de la medida.

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

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

Y como corolario de todo lo anterior se llega a la síntesis final que se expresó en nuestra sentencia en estos términos:

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

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

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

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

[...] En consecuencia, esta misma es la respuesta que ha de darse a la cuestión de interés casacional suscitada en el auto de admisión, de manera que las razones expuestas en que se sustenta la interpretación de las normas en relación con las sentencias del TJUE en que se fundamenta la respuesta a la cuestión de interés casacional que se acaba de reproducir, vienen a desvirtuar las alegaciones de la parte recurrente en cuanto mantiene que la sanción preferente es la de multa siempre que no concurren circunstancias agravantes añadidas, ya que la única sanción viable para

el caso de estancia irregular es la **expulsión**; por lo mismo, las *sentencias de 17 de marzo y 27 de junio de 2021 no suponen la vuelta a la jurisprudencia clásica de este Tribunal Supremo* en el sentido de considerar preferente la multa y secundaria la **expulsión** en atención al principio de proporcionalidad, en razón de la concurrencia de circunstancias agravantes. Otra cuestión es que, la **expulsión** como única respuesta a la situación de estancia irregular, comprensiva de la decisión de retorno y su ejecución, exija, 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 y que, como tales circunstancias de agravación puedan 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.

Por otra parte, las razones expuestas en las referidas sentencias de esta Sala, desvirtúan igualmente las alegaciones de la representación de la Administración fundadas en la consideración de que la legislación española no prevé la sanción de multa y la **expulsión** como excluyentes, pues es precisamente la previsión de opción entre ambas la que ha determinado el pronunciamiento del TJUE y los de esta Sala al respecto, siendo la **expulsión**, comprensiva de la decisión de retorno y su ejecución, la respuesta que procede en los casos de estancia irregular, sin que pueda sustituirse por la multa que lleve consigo la salida obligatoria del territorio nacional y en caso de incumplimiento en plazo la tramitación de un nuevo procedimiento sancionador, como se sostiene en la oposición al recurso, lo cual supondría, además, una considerable demora en la resolución de la situación, que resultaría contraria al efecto útil de la Directiva 2008/115/CE, como ya puso de manifiesto la *sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015* [...].

Hasta aquí, nuestra jurisprudencia actual.

SÉPTIMO . *Decisión en este recurso de casación* .

En realidad, y a la vista de esa jurisprudencia, que volvemos a reiterar, son dos las cuestiones que quedan por resolver, ambas planteadas por la Abogacía del Estado: Una, relativa a si procede un pronunciamiento de retroacción de actuaciones por las razones que indica en su escrito de oposición, antes dichas. Y otra, para el caso de una respuesta negativa de esa primera, referida a si en el caso de autos concurren circunstancias de agravación que justifiquen la decisión de **expulsión**.

A) Respecto de la primera, la respuesta debe ser negativa, pues la función de complementar el ordenamiento jurídico atribuida a la jurisprudencia por el art. 1.6 del Código Civil lleva implícita, como resulta de su propio tenor y de lo que ordena además el art. 3.1 de ese mismo texto legal, la evolución de los criterios hermenéuticos, o lo que es igual, la posibilidad de un cambio de orientación, siempre que este cambio se funde en una nueva interpretación razonable y no arbitraria. Y siendo ello así, resulta incompatible con la propia naturaleza de esa función invocar el principio de irretroactividad, ya que un traslado de la irretroactividad de las leyes a los cambios jurisprudenciales, haría que estos procesos evolutivos no fueran nunca posibles, ni incluso para los mismos pleitos en que se producen, obviamente planteados antes de iniciarse el cambio de orientación (por todas, cabe ver en este mismo sentido la *sentencia de la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo de fecha 3 de enero de 1990*).

B) Respuesta negativa que procede, asimismo, respecto de la segunda de

aquellas cuestiones, pues:

a) Ni la resolución de **expulsión**, ni las dos sentencias, la del Juzgado y la de la Sala de instancia, exponen que concurren en el recurrente algunas de las circunstancias de agravación que nuestra jurisprudencia tiene como tales.

b) En el escrito de demanda, el recurrente alegó que tiene *"Pasaporte en vigor, entrando por puesto fronterizo habilitado en España por el Aeropuerto de Madrid Barajas, constando el sello de entrada"* ; alegación que no combate la Abogacía del Estado cuando en su escrito de oposición alude al primero de los que denomina datos negativos del recurrente. Amén de ello, el recurrente está en posesión, como se lee en la misma resolución de **expulsión**, del N.I.E. (Número de Identidad Extranjero) que allí se expresa, sin que nada se nos diga sobre el momento y las circunstancias de su obtención.

c) El segundo de tales datos negativos afirma que *"no hay constancia alguna del título jurídico en cuya virtud ha entrado el interesado en España"* ; pero ello, amén de reiterar lo que acabamos de decir sobre el N.I.E, no permite descartar que el recurrente entrara en efecto por aquel aeropuerto, ni afirmar que al hacerlo eludiera las medidas de control establecidas, constituyendo tal dato, a partir de ahí, no una circunstancia de agravación propiamente dicha, sino, más bien, una que puede ser inherente a la propia situación de estancia irregular.

d) Tampoco lo es, o también es propio de esa situación, el dato que añade la Abogacía del Estado al decir que no hay constancia de que *"haya solicitado una prórroga de estancia o un permiso de residencia una vez transcurridos 90 días de permanencia en territorio español"* .

e) Ni lo es la falta de constancia de que tenga *arraigo familiar* en España, pues de existir constituiría, más bien, un dato a valorar positivamente.

f) Tampoco es un dato que deba tenerse en sí mismo y por sí sólo como agravante de la situación de estancia irregular, la no constancia de *arraigo social* .

g) Ni la de *arraigo laboral legal* , propio otra vez de esa misma situación.

h) La inexistencia del menor indicio de posesión de *medios económicos* , que se añade a continuación en el escrito de oposición, quedó desmentida por el recurrente en su demanda cuando se refirió y acreditó los envíos de dinero que hacía. E

i) Ni son, en fin, datos de carácter negativo o de agravación los atinentes a que no consta que el recurrente tenga cubierta la *asistencia sanitaria* , o que no haya alegado que su *estado de salud* no sea bueno.

Procede, por lo dicho en este fundamento de derecho y por aplicación de la jurisprudencia detallada en el anterior, estimar el recurso de casación, dejar sin efecto las sentencias del Juzgado y de la Sala, y anular la resolución de **expulsión** por ser contraria al ordenamiento jurídico.

OCTAVO . *Pronunciamiento sobre costas* .

No ha lugar a la imposición de las costas de este recurso al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes, de manera que, como determina el art. 93.4 de la

Ley jurisdiccional, cada parte abonara las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

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

1º. Reiteramos como doctrina en respuesta a la cuestión en la que se apreció la existencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, la expresada en el fundamento de derecho sexto de esta sentencia, cuya síntesis es la siguiente:

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. Y

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.

2º. Estimamos el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Nemesio contra la *sentencia, de fecha 21 de septiembre de 2020, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Décima, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de apelación núm. 400/2020* . Sentencia que dejamos sin efecto en todos y cada uno de sus pronunciamientos. E igual hacemos, y con el mismo alcance, respecto de la *sentencia de fecha 21 de febrero de 2020, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 10 de Madrid en el procedimiento abreviado núm. 524/2019* .

3º. Anulamos, por ser contraria al ordenamiento jurídico, la resolución de fecha 4 de septiembre de 2019, dictada por la Delegada del Gobierno en Madrid en el expediente de **expulsión** abierto a D. Nemesio. Y

4º. Sin imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.