

La evolución jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la permanencia irregular de los extranjeros en España a raíz de las distintas sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

The jurisprudential evolution of the Supreme Court on the irregular stay of foreigners in Spain as a result of the different judgments given by the Court of Justice of the European Union

Belén Sánchez Vallejo^{*1}

¹ Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, España

* Magistrada Suplente del Sala de Contencioso-Administrativo de Málaga. Doctorando en el Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Jaén.

Cómo citar:

Sánchez Vallejo, B. (2022). La evolución jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la permanencia irregular de los extranjeros en España a raíz de las distintas sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Revista de Estudios Jurídicos*. Segunda Época, 22, e7461. <https://doi.org/10.17561/rej.n22.7461>

Recibido: 15/mayo /2022 / Aceptado: 05/junio /2022

Resumen

En el presente trabajo se va a realizar un examen de la Jurisprudencia cambiante del Tribunal Supremo sobre la permanencia irregular de los extranjeros en España, a raíz de las distintas sentencias dictadas por el TJUE, resaltando los continuos enfoques jurídicos divergentes. Debate que permanece abierto tras la reciente sentencia del TJUE de fecha 3 de marzo de 2022 (asunto C-409/20), que declara la compatibilidad del régimen español de la sanción de multa con la Directiva de Retorno. Nuestro alto Tribunal, en sentencia de 16 de marzo de 2022, sigue avalando la inaplicación de la norma legal que prevé la sanción de multa para la infracción de estancia irregular, al mantener que la sanción de multa como alternativa a la expulsión vulnera palmariamente la Directiva comunitaria.

Palabras clave: Permanencia irregular de extranjeros en España, Expulsión, Multa, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Directiva de Retorno

Abstract

In the present work, an examination of the changing jurisprudence of the Supreme Court on the irregular stay of foreigners in Spain, as a result of the different sentences issued by the CJEU, is going to be carried out, highlighting the continuous divergent legal approaches. Debate that remains open after the recent ruling of the CJEU dated March 3, 2022 (case C-409/20), which declares the compatibility of the Spanish regime of the sanction of a fine with the Return Directive. Our High Court, in a judgment of March 16, 2022, continues to endorse the non-application of the legal norm that provides for the sanction of a fine for the infraction of irregular stay - art.55.1º.b) LOEX-, by maintaining that the sanction of fine as an alternative to expulsion, clearly violates the Community Directive.

Keywords: Irregular stay of foreigners in Spain, Expulsion, Penalty fee, Court of Justice of the European Union, Return Directive

SUMARIO

I. Introducción. II. La regulación normativa española ante situaciones de permanencia irregular en España y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo hasta el año 2015. III. El cambio de postura jurisprudencial tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 23 de abril de 2015, asunto ZAIZOUNE. IV. La nueva Jurisprudencia del Tribunal Supremo como consecuencia del dictado de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 8 de octubre de 2020, Mo/Subdelegación del Gobierno en Toledo, C-568/19, en atención a la Directiva de Retorno. V. La vuelta al punto de partida, en situaciones de permanencia irregular de extranjeros. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 3 de marzo de 2022, asunto C-409/20. Sus consecuencias jurisprudenciales inmediatas. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía. VIII. Sentencias relevantes analizadas.

I. INTRODUCCIÓN

Nuestro derecho positivo, como a continuación se expondrá, ha optado en materia de extranjería por establecer un régimen sancionador, que ante situaciones de mera permanencia irregular en territorio español se acordará imponer una multa pecuniaria. No obstante, ante supuestos cualificados se castiga con expulsión forzosa, bajo el paraguas del principio de proporcionalidad.

Esta dualidad excluyente de sanciones (multa o expulsión) ha suscitado numerosos problemas de aplicación e interpretación a lo largo de los últimos años, lo que ha hecho correr verdaderos ríos de tinta. Cuestión jurídica que ha desembocado en numerosos pronunciamientos relevantes por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ante las distintas cuestiones prejudiciales planteadas.

Sin duda alguna, el cambio sustancial se produjo a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 23 de abril de 2015, conocida como la Doctrina Zaizoune, al declarar que la normativa española contradice la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre, de Retorno. Señaló el Tribunal Europeo que ante la situación irregular de un extranjero no es posible imponer la sanción de multa, pues ello conllevaría a una flagrante contradicción con la normativa comunitaria contenida en la Directiva de Retorno.

Con posterioridad, también resulta relevante destacar el planteamiento que realizó el Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha ante el Tribunal

de Justicia de la Unión Europea, que cuestionaba si ante la inadecuación de la normativa española a los preceptos de la Directiva de Retorno, se podía invocar directamente ésta en perjuicio del nacional del tercer Estado. A tales efectos, se pronunció el Tribunal de Justicia en sentencia de 8 de octubre de 2020 -MO, asunto C-568/19- que determinó que la Directiva de Retorno aun siendo incompatible con la normativa española, carece de efecto directo frente a los particulares.

Ya por último, invocamos la Doctrina sentada por la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de marzo de 2022, C-309-2020, que da una auténtica vuelta de tuerca, declarando que la tan discutida sanción de multa prevista en la normativa española es compatible con la Directiva de Retorno, mediante una interpretación conforme.

En atención a estos pronunciamientos destacados del Tribunal Europeo, vamos a repasar los hitos jurisprudenciales que han ido definiendo el proceder de la justicia española, en nuestro sistema sancionador en materia de extranjería, ante la disyuntiva continua de la elección entre la multa o la expulsión para sancionar la estancia irregular de los extranjeros en territorio nacional. Nos encontramos ante diferentes etapas marcadas, en esencia, por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 23 de abril de 2015, que marcó un antes y un después en nuestro sistema jurídico español.

II. LA REGULACIÓN NORMATIVA ESPAÑOLA ANTE SITUACIONES DE PERMANENCIA IRREGULAR EN ESPAÑA Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO HASTA EL AÑO 2015

Para una mejor comprensión del tema a tratar es preciso distinguir una primera etapa en la que primaba la multa sobre la expulsión.

La estancia irregular de extranjeros en España está tipificada como infracción en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. Así tipifica¹ como infracción grave, artículo 53.1a): “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”. Se sanciona con multa o expulsión, conforme al contenido de los artículos 55.1b) en conexión con el artículo 57.1 de la LOEX. Son sanciones de carácter alternativo, en la medida

que el artículo 57.3 de la Ley prohíbe expresamente la posibilidad de imponer conjuntamente las sanciones de expulsión y multa.

En esta primera etapa la sanción principal para los supuestos de estancia irregular era la sanción pecuniaria y únicamente en los supuestos considerados como graves se puede acordar la expulsión, en atención al principio de proporcionalidad, previa tramitación del correspondiente expediente administrativo, cuya consecuencia inmediata es la fijación de una prohibición de entrada en España, extensible a los países que integran el territorio Schengen.

Para valorar la gravedad de la conducta nuestro Tribunal Supremo fue elaborando un cuerpo jurisprudencial que atendía como punto de partida al principio de proporcionalidad. Sobre el principio de proporcionalidad resultó de aplicación la reiterada doctrina del Tribunal Supremo sobre el particular, siendo relevante la STS de 28 de noviembre de 2008 (Rec. 9581/2003), en cuya virtud establecía²:

"La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero (artículos 49-a), 51-1-b) y 53-1), en regulación mantenida por la reforma operada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de Diciembre (artículos 53-a), 55-1-b) y 57-1), prescribe que en el caso de infracciones muy graves y graves de las letras a), b), c), d) y f) del artículo 53 "podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español", e introduce unas previsiones a cuyo tenor "para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerlas (sic) se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad, y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia". De esta regulación se deduce:

1º.- Que el encontrarse ilegalmente en España (una vez transcurridos los noventa días previstos en el artículo 30-1 y 2 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, ya que durante los primeros noventa días no procede la expulsión sino la devolución), repetimos, ese encontrarse ilegalmente en España, según el artículo 53 -a), puede ser sancionado o con multa o con expulsión. No sólo se deduce esto del artículo 53 -a) sino también del artículo 63-2 y 3, que expresamente admite que la expulsión puede no ser oportuna (artículo 63-2) o puede no proceder (artículo 63-3), y ello tratándose, como se trata, del caso del artículo 53 -a), es decir, de la permanencia ilegal.

Por su parte, el Reglamento 864/2001 de 20 de Julio, expresamente habla de la elección entre multa o expulsión, pues prescribe en su artículo 115 que "podrá acordarse la expulsión del territorio nacional, salvo que el órgano competente para resolver determine la procedencia de la sanción de

multa" (Dejemos de lado ahora el posible exceso del Reglamento, que, en este precepto y en contra de lo dispuesto en la Ley, parece imponer como regla general la expulsión y como excepción la multa). Lo que importa ahora es retener que, en los casos de permanencia ilegal, la Administración, según los casos, puede imponer o bien la sanción de multa o bien la sanción de expulsión.

2º.- En el sistema de la Ley la sanción principal es la de multa, pues así se deduce de su artículo 55-1 y de la propia literalidad de su artículo 57-1, a cuyo tenor, y en los casos, (entre otros) de permanencia ilegal, "podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio nacional".

3º.- 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.

4º.- Sin embargo, resultaría en exceso formalista despreciar esa motivación por el hecho de que no conste en la resolución misma, siempre que conste en el expediente administrativo.

En efecto:

- A) Tratándose de supuestos en que la causa de expulsión es, pura y simplemente, la permanencia ilegal, sin otros hechos negativos, es claro que la Administración habrá de motivar de forma expresa por qué acude a la sanción de expulsión, ya que la permanencia ilegal, en principio, como veíamos, se sanciona con multa.
- B) Pero en los supuestos en que en el expediente administrativo consten, además de la permanencia ilegal, otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, y esos datos sean de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justifiquen la expulsión, no dejará ésta de estar motivada porque no se haga mención de ellos en la propia resolución sancionadora”.

Por tanto, de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2008 se extraía que la sanción principal en los casos de estancia irregular

era la sanción de multa y únicamente en aquellos casos valorados como graves, en aplicación del principio de proporcionalidad, se podía imponer la sanción de expulsión, motivando la Administración por qué acudía a la sanción de expulsión en lugar de a la sanción de multa. Así las cosas, han sido valorados como agravantes o elementos negativos: que el extranjero estuviera indocumentado, ignorando cuándo y por dónde entro en territorio español; que careciera de domicilio conocido; que su documento de viaje careciera de sellos de entrada y salida; que pudiera ser considerado un peligro para el orden público; que hubiera incumplido una orden de salida obligatoria.

Ahora bien, en esta fase inicial fue aprobada 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, la conocida como “Directiva de Retorno” “estableciendo que, como regla general y sin perjuicio de las excepciones que se contemplan, debe dictarse una decisión de retorno a todo ciudadano de un tercer Estado que se encuentre en territorio de la Unión en situación irregular; dando oportunidad de una salida voluntaria o, en su defecto, se acordará su expulsión de manera forzosa” y fijaba un plazo de trasposición que terminaba el 24 de diciembre de 2010.

Dentro de este periodo, entre otros fines, la reforma de la LOEX 2/2009, de 11 de diciembre, pretendió trasponer a nuestro Ordenamiento la Directiva 2008/115/CE. Así se modificó el artículo 57.1 de la LOEX, exigiendo que la elección entre multa o expulsión se hiciera “en atención al principio de proporcionalidad... y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción”. Si bien, hay que resaltar que dicho cambio legislativo ya había sido acuñado previamente por nuestro Tribunal Supremo, pues tal como se ha expuesto en letras precedentes, la jurisprudencia ya venía estableciendo que la sanción de expulsión, dada su gravedad y su carácter secundario, se impusiera bajo la observancia del principio de proporcionalidad, que informa el ejercicio de la potestad sancionadora, determinando las circunstancias agravantes que constituyan motivación suficiente para justificar la sanción de expulsión y no la de multa. Cabe citar como exponente de tal jurisprudencia la STS de 4 de octubre de 2007, Rec. 8953/2003, si bien hubo otros muchos pronunciamientos en el mismo sentido [SSTS de 9 de diciembre de 2005 (Rec. 5824/2002), de 27 de enero de 2006 (Rec. 6787/2003), STS de 28 de febrero de 2007 (Rec. 10263/2003), 9 de enero de 2008 (Rec. 5245/2004), de 31 de enero de 2008 (Rec. 1743/2004)] y como culmen la sentencia 28 de noviembre de 2008 (Rec. 9581/2003) que ha sido ya expuesta. Postura validada

por el Tribunal Constitucional en las sentencias STC 140/2009, de 15 de junio, 145/2011, de 26 de septiembre, y 169/2012, de 1 de octubre.

En esta etapa fue avalada por el TJUE la elección entre multa y expulsión, mediante las cuestiones prejudiciales planteadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (asuntos C-261/08 y C-348/08 Zurita y Choque vs. Delegación del Gobierno en Murcia), por la posible infracción de lo dispuesto en distintos preceptos del Código de Fronteras Schengen, aprobado por Reglamento 562/2006, 15 de marzo, del Parlamento Europeo; así como en el artículo 23 del Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen.

El TJUE lo solventó en sentencia de 22 de octubre de 2009, en sentido desestimatorio. Concluyó, en primer lugar, que la normativa comunitaria: “prima la salida voluntaria del nacional de un tercer país que no cumple o ha dejado de cumplir los requisitos de estancia corta aplicables en el territorio del Estado miembro de que se trata”. Y en segundo, que el Derecho español es compatible con el comunitario que obliga a expulsar a los extranjeros en situación irregular, porque en nuestro país “la resolución por la que se impone una multa no es un título que permita a un nacional de un tercer país en situación irregular permanecer legalmente en territorio español, toda vez que, al margen de si la multa se paga o no, dicha resolución se notifica al interesado con la advertencia de que debe abandonar el territorio en un plazo de quince días, y que, si no obedece podrá ser perseguido sobre la base del artículo 53, letra a), de la Ley de extranjería y podrá ser expulsado de forma inmediata”.

Finalmente se aprobó el Reglamento de Desarrollo de la LOEX (Real Decreto 557/2011, de 20 de abril),³ que siguiendo la misma línea marcada, en su artículo 222.3 dispuso que: “Para la determinación de la sanción que se imponga (...) se valorará también (...) las circunstancias de la situación personal y familiar del infractor”.

III. EL CAMBIO DE LA POSTURA JURISPRUDENCIAL TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, DE FECHA 23 DE ABRIL DE 2015, ASUNTO ZAIZOUNE

Entramos en una nueva etapa a raíz de la aplicación por parte del Tribunal Supremo de la interpretación que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 23 de abril de 2015, asunto ZAIZOUNE C-38/14, hizo de la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre, de Retorno. Etapa que deja atrás la aplicación de la multa, por entender, como a continuación se expondrá, que dicha sanción es incompatible con la Directiva de Retorno;

debiendo ser sancionados los extranjeros en situación irregular con la expulsión, salvo que concurra alguno de los supuestos de excepción previstos en los apartados 2 a 5 del art.6 de la Directiva 2008/115/CE o, en su caso, de los supuestos del art. 5 que propicien la aplicación del principio de no devolución.

Efectivamente, la STJUE de 23 de abril de 2015 (C- 38-14, asunto Zaizoune), abordaba una cuestión prejudicial planteada por el TSJ de País Vasco, que suscita la duda acerca de la compatibilidad de la regulación interna de la figura de la expulsión como sanción supletoria para el caso de extranjeros en situación irregular, en los que concurren circunstancias de valoración adversa adicionales conforme a la jurisprudencia citada.

Como avanzamos, la Sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015,⁴ en términos radicalmente opuestos a la anterior etapa, aborda la cuestión desde el prisma de la Directiva 2008/115, y explica que: “mediante la cuestión planteada se pregunta si la Directiva 2008/115, en particular sus artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, en relación con su artículo 4, apartados 2 y 3, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho Estado, impone, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión , siendo ambas medidas excluyentes entre sí.

29. Resulta del auto de remisión que, con arreglo a la normativa nacional controvertida en el procedimiento principal, tal como es interpretada por el Tribunal Supremo, la situación irregular de los nacionales de terceros países en territorio español puede ser sancionada exclusivamente mediante una multa, que es incompatible con la expulsión del territorio nacional, medida esta que sólo se acuerda si existen circunstancias agravantes adicionales.

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

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

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

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

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

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

36. La facultad de los Estados miembros de establecer excepciones, en virtud del artículo 4, apartados 2 y 3, de la Directiva 2008/115, a las normas y procedimientos regulados en ésta no puede desvirtuar dicha conclusión.

37. Así, respecto a las disposiciones pertenecientes al acervo comunitario en materia de inmigración y de asilo que resulten más favorables para el nacional de un tercer país, contempladas en el apartado 2 de dicho artículo, es preciso señalar que ningún precepto de dicha Directiva ni ninguna disposición de un acto perteneciente al acervo comunitario permiten establecer un sistema que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de un Estado miembro, imponga, dependiendo de las circunstancias, o bien

una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí.

38. En cuanto al apartado 3 del mismo artículo, debe señalarse que la facultad de establecer excepciones que contiene está supeditada al requisito de que las disposiciones más favorables para las personas incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115, adoptadas o mantenidas por los Estados miembros, sean compatibles con dicha Directiva. Ahora bien, habida cuenta del objetivo que persigue esta Directiva, recordado en el apartado 30 de la presente sentencia, y de las obligaciones que imponen claramente a los Estados miembros los artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, de la misma Directiva, la citada compatibilidad no queda garantizada si la normativa nacional establece un sistema como el descrito en el apartado anterior de esta sentencia.

39. A este respecto, cabe recordar que los Estados miembros no pueden aplicar una normativa que pueda poner en peligro la realización de los objetivos perseguidos por una directiva y, como consecuencia de ello, privarla de su efecto útil (véase, en este sentido, la sentencia *Achughbaban*, C-329/11, EU:C:2011:807, apartado 33 y jurisprudencia citada).

40. De lo anterior se desprende que una normativa nacional como la controvertida en el procedimiento principal puede frustrar la aplicación de las normas y de los procedimientos comunes establecidos por la Directiva 2008/115 y, en su caso, demorar el retorno, menoscabando de este modo el efecto útil de dicha Directiva (véase, en este sentido, la sentencia *Achughbaban*, C-329/11, EU:C:2011:807, apartado 39).

41. En atención a las consideraciones anteriores, debe responderse a la cuestión planteada que la Directiva 2008/115, en particular sus artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, en relación con su artículo 4, apartados 2 y 3, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho Estado, impone, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí”.

La trascendencia de estas conclusiones del TJUE dejan escaso margen de duda en cuanto a la falta de compatibilidad de la regulación interna de la disciplina, que prevé con carácter principal la imposición de una sanción de multa a un extranjero en situación irregular, pues no es ésta una medida eficaz en orden a garantizar el cumplimiento de los fines proclamados en la Directiva 2008/115.

En cuanto a las posiciones divergentes en la interpretación de la jurisprudencia europea que han mantenido algunos Tribunales Superiores de Justicia, la cuestión fue zanjada en su momento por la STS de 12 de junio de 2018 (Rec. 2958/17)⁵ que confirma la postura mayoritaria de quienes consideran incompatible con las prescripciones de la Directiva Retorno la sanción de multa, y por ende su inaplicabilidad desde el dictado de la STJUE de 23 de abril de 2015. La sanción de expulsión es la única medida viable en caso de detección de una situación de estancia irregular para dar exacto cumplimiento a la Directiva europea y así se razona en su Fundamento de Derecho Cuarto que "la STJUE, cuyo fundamento 33 señala, que cuando se ha adoptado una decisión de retorno respecto a un nacional de un tercer Estado, pero éste no ha respetado la obligación de retorno, ya sea en el plazo concedido para la salida voluntaria, ya sea cuando no se ha fijado plazo alguno al efecto, el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2008/115 impone a los Estados miembros, con objeto de garantizar la eficacia de los procedimientos de retorno, la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para proceder a la expulsión del interesado, esto es, como dispone el artículo 3, punto 5, de la citada Directiva, al transporte físico del interesado fuera del Estado miembro, añadiendo el fundamento 34, que tanto del deber de lealtad de los Estados miembros como de las exigencias de eficacia recordadas en particular en el considerando 4 de la Directiva 2008/115, se deriva que la obligación impuesta a los Estados miembros por el artículo 8 de la citada Directiva de proceder a la expulsión, en los supuestos mencionados en el apartado 1 de ese artículo, debe cumplirse lo antes posible, concluyendo en el fundamento 35, que de ello se deriva que una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal no responde a las manifiestas exigencias impuestas por los artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, de la Directiva 2008/15".

En consecuencia, la alternativa a la expulsión no será la multa, que es medida inadecuada para el cumplimiento de los fines de la Directiva Retorno, lo que no quiere decir que la medida sancionadora de expulsión sea una solución expresada en términos absolutos e incondicionales, pues admite excepciones por aplicación de las previsiones del art. 6.4 y 5.1 de la referida directiva 2008/115. Así lo declara el TS en su referida sentencia de 12 de junio de 2018 cuando explica que "Por otra parte y como se señala por la Sala en la sentencia recurrida, la expulsión en los supuestos de estancia irregular no constituye una regla de carácter absoluto sino que presenta excepciones o modulaciones, como es el caso del art. 6 de la citada Directiva, regula la llamada "decisión de retorno".

Por tanto, conforme a esta línea jurisprudencial, plasmada, tras la STJUE de 23 de abril de 2015, no sería ya posible que, en aplicación del artículo 53.1º.a), en relación con los artículos 55.1º.b) y 57.1º LOEX, se optara entre las sanciones de multa o expulsión, sino que habría de imponerse preceptivamente la de expulsión, aplicándose directamente la Directiva 2008/115. Esta doctrina, podía sintetizarse del siguiente modo:

1. Cuando concurra un supuesto 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.

2. No es posible optar entre la sanción de multa o expulsión, sino que ha de imponerse preceptivamente la de expulsión, lo que es aplicable incluso a aquellos hechos que acontecieron con anterioridad a la STJUE de 23 de abril de 2015, así como a los procedimientos iniciados también con anterioridad a la mencionada fecha de la sentencia.

3. Los supuestos de excepción a la expulsión 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 propician la aplicación del principio de no devolución, no operan como criterios de ponderación o proporcionalidad a efectos de aplicar alternativamente y de manera sustitutoria la sanción de multa.

IV. LA NUEVA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO COMO CONSECUENCIA DEL DICTADO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, DE FECHA 8 DE OCTUBRE DE 2020, MO/SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN TOLEDO, C-568/19, EN ATENCIÓN A LA DIRECTIVA DE RETORNO

A pesar de tales pronunciamientos jurisprudenciales, el debate no cesó pues la Directiva es un acto jurídico que necesita de recepción formal en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales, por lo que, aunque tras su entrada en vigor su contenido forme ya parte del ordenamiento jurídico (principio de aplicabilidad directa), con carácter general, no despliega efectos directos hasta su transposición formal.

Bajo este prisma, la tercera etapa es presidida por la STJUE de 8 de octubre de 2020, Mo/Subdelegación del Gobierno en Toledo, C-568/19, que contesta a otra cuestión prejudicial sobre la interpretación de la Directiva 2008/115/CE. Esta Sentencia como conclusión más relevante niega efecto directo a la Directiva retorno, y por consiguiente impide su aplicación directa

al caso en perjuicio del interesado, cuando existe una ley nacional que no puede interpretarse de conformidad con la Directiva. En suma, descartado el efecto directo de la directiva retorno, no es viable aplicar el efecto del desplazamiento de la ley nacional incompatible, de manera que el órgano jurisdiccional nacional " no podrá basarse directamente en dicha directiva (...)", y en su consecuencia "no podrá adoptar una decisión de retorno (...) y hacer cumplir esta cuando no existan circunstancias agravantes". Y concluyó 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".

Esto implica la involución de la cuestión a su punto original en el que es obligado un ejercicio de evaluación de la concurrencia de circunstancias adversas en la persona del extranjero sancionado, para aplicar la más gravosa sanción de expulsión en lugar de la generalmente prevista de multa.

Ahora bien, parecía que, a partir de esta Sentencia, y salvo cambio normativo, en los supuestos de estancia irregular, siempre que no existan circunstancias agravantes que añadir a esa mera situación de irregularidad, lo procedente sería imponer una sanción de multa acompañada de una orden de salida obligatoria del país y, en el caso de que el extranjero no cumpliera dicha orden, se podría, a través de un nuevo procedimiento sancionador, imponer la sanción de expulsión. Pero decimos que parecía, porque nuevamente nuestro alto Tribunal ha interpretado el alcance de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Esta sentencia ha sido considerada por el Tribunal Supremo en el auto de 27 de octubre de 2020 que admite a trámite el recurso de casación 2.870/2020, en el que el alto Tribunal plantea la siguiente cuestión con interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia: "Si, conforme la interpretación dada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de octubre de 2020 -asunto C-568/19- a la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, la expulsión del territorio

español es la sanción preferente a imponer a los extranjeros que hayan incurrido en la conductas tipificadas como graves en el art. 53.1.a) Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero o sí, por el contrario, la sanción principal para dichas conductas es la multa, siempre que no concurren circunstancias agravantes añadidas a su situación irregular”.

Idéntica cuestión de interés casacional fue identificada en el ATS de 20 de noviembre de 2020 (Rec. 1.739/2020).

Cuestión que fue solventada en el recurso de casación 2870/2020, recayendo sentencia el 17 de marzo de 2021, en la que el alto Tribunal estableció la siguiente doctrina en el Fundamento Jurídico Cuarto:

“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”.

Pues bien, entre esas circunstancias o datos negativos (o agravantes como dice la sentencia del TJUE de 27/10/2020) que hemos de valorar en el trance de controlar que la Administración hubiese respetado el principio de proporcionalidad al imponer la sanción de expulsión, cabe enumerar, ad exemplum, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, los siguientes:

- la existencia de una previa orden de salida obligatoria incumplida (STS, 3ª, Sección 5ª, de 22 de febrero de 2007 -recurso de casación número 10355/2003);

- la no acreditación por el extranjero de la fecha de su entrada en España, ignorándose cuándo y por dónde entró en territorio español (STS, 3ª, Sección 5ª, de 28 de febrero de 2007 -recurso de casación número 10263/2003);

- el hallarse indocumentado el extranjero y, por tanto, sin acreditar su verdadera identificación y filiación (STS, 3ª, Sección 5ª, de 31 de enero de 2008 -recurso de casación número 1743/2004);

- utilizar documentación identificadora falsificada (STS, 3ª, Sección 5ª, de 27 de mayo de 2008 -recurso de casación número 5853/2004), o ser detenido el extranjero portando una documentación correspondiente a otra persona que se intenta presentar como propia, tratando de encubrir su verdadera identidad (STS, 3ª, Sección 5ª, de 25 de octubre de 2007 -recurso de casación número 2260/2004);

- existir en contra del extranjero una previa y vigente prohibición de entrada en el espacio Schengen (STS, 3ª, Sección 5ª, de 4 de octubre de 2007 -recurso de casación número 2224/2004);

- e invocar una falsa nacionalidad (STS, 3ª, Sección 5ª, de 8 de noviembre de 2007

-recurso de casación número 2448/2004).

A estos datos o elementos negativos que, a título ejemplificativo, pueden ser tomados en consideración, se refiere también la precitada y novedosa STS de 17 de marzo de 2021, en la que se afirma:

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

manera fraudulenta, basada en hechos posteriormente declarados falsos y revocada dicha residencia (sentencia de 8 de noviembre de 2007).

En este sentido deben ser tomadas en consideración el hecho de que el extranjero en estancia irregular constituya «un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional»; conceptos jurídicos indeterminados que permiten, mediante una valoración individualizada y plenamente contrastada, en un procedimiento con plenas garantías, la necesidad de adoptar una orden de expulsión. Otro tanto cabe decir de la previsibilidad de que el extranjero en situación irregular, por las peculiaridades que se acrediten, trate de evitar o dificultar la expulsión, incluido el riesgo de incomparecencia, a que se refiere el precepto de Derecho interno.

Añade como pauta de interpretación la ofrecida por la Instrucción 11/2020 de 23 de octubre de 2020, del Ministerio del Interior: “En la misma, se consideran como circunstancias «que puedan motivar dicha» propuesta de expulsión, al amparo de lo establecido en el artículo 57.1º.a) de la LOEX, las siguientes, a título meramente ejemplificativos: «Haber sido detenido el extranjero en el marco de la comisión de un delito o que al mismo le consten antecedentes penales. Que el extranjero invoque una falsa nacionalidad. La existencia de una prohibición de entrada anterior. Carencia de domicilio y documentación. El incumplimiento de una salida obligatoria. Imposibilidad de comprobar cómo y cuándo entró en territorio español determinada por la indocumentación del extranjero, o la ausencia de sello de entrada en el documento de viaje”.

En resumen, en esta tercera etapa no cabía en ningún caso imponer multa por estancia irregular y solo cabía la expulsión por concurrir hechos agravantes o negativos.

No obstante, de dicha sentencia podemos resaltar que la jurisprudencia que establece la STS de 17 de marzo de 2021 (Rec. 2870/202), nos lleva a no aplicar la normativa legal que establece expresamente la sanción de multa para la infracción de estancia irregular -art.55.1º.b) LOEX-, existiendo numerosas dudas respecto su contravención con la -Directiva 2008/115/CE-, en la medida que tal como ya expuso el Magistrado Quintana Carretero (2021, p. 6 y ss.), no resultaba del todo evidente que la imposición de la multa -sanción aparejada la estancia irregular- no lleve consigo la obligación del extranjero sancionado de salir del territorio nacional -una orden de salida obligatoria-.

El art.28.3º.c) LOEX anuda la salida obligatoria de España, entre otros supuestos, a la “falta de autorización para encontrarse en España” y el art.24.1

del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la LOEX (RLOEX) dispone que “En los supuestos de falta de autorización para encontrarse en España, en especial por no cumplir o haber dejado de cumplir los requisitos de entrada o de estancia, o en los de denegación administrativa de solicitudes de prórrogas de estancia, de autorizaciones de residencia o de cualquier otro documento necesario para la permanencia de extranjeros en territorio español, así como de las renovaciones de las propias autorizaciones o documentos, la resolución administrativa dictada al efecto contendrá la advertencia al interesado de la obligatoriedad de su salida del país (...)”, regulando a continuación los plazos para llevarla a cabo.

Por consiguiente, cabe entender que la imposición de una sanción de multa por encontrarse el extranjero en situación irregular, en aplicación de lo previsto en los artículos 53.1º.a) y 55.1º.b) LOEX, llevará consigo la orden o advertencia de salida obligatoria del territorio nacional del extranjero sancionado, que habría de cumplirse, con carácter general, en el plazo máximo de quince días desde la notificación de la resolución. Es más, de incumplirse esta obligación de salida voluntariamente, concurriría una de las circunstancias que justificaría la expulsión, como reiteradamente ha venido reconociendo la jurisprudencia.

Ante tales dudas interpretativas, se encontraba pendiente de respuesta la cuestión prejudicial C-409/20, planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Pontevedra.

V. LA VUELTA AL PUNTO DE PARTIDA EN SITUACIONES DE PERMANENCIA IRREGULAR DE EXTRANJERO. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 3 DE MARZO DE 2022, ASUNTO C-409/20. SUS CONSECUENCIAS JURISPRUDENCIALES INMEDIATAS

Finalmente, recae sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2022 (C-409-20) que matiza y aclara la compatibilidad plena de la LOEX con la Directiva de Retorno.

En su parte dispositiva, determina con claridad: “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, 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 consecuencia, tras el dictado de dicha sentencia:

1. Volvemos a la aplicación de nuestro derecho interno, primando la imposición de la sanción de multa por la mera estancia irregular, es decir, cuando no concurren circunstancias agravantes.
2. La sanción de multa debe llevar aparejada la obligación de abandonar el territorio español, en el plazo fijado, entre 7 y 30 días (Directiva 2008/115/CE, art.7.1⁶).
3. Dentro de este plazo el inmigrante podrá instar su regularización en tanto cumpla los requisitos establecidos para ello.
4. En el supuesto que concurrieran circunstancias agravantes, se acordará directamente la expulsión del inmigrante.
5. La sentencia acentúa la aplicación del principio de proporcionalidad al establecer: “De conformidad con los principios generales del Derecho de la Unión, las decisiones que se tomen en el marco de esa 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, EU:C:2015:377, apartado 49 y jurisprudencia citada)”.

Ahora bien, con el convencimiento que el TJUE había cerrado este círculo vicioso, por los continuos cambios jurisprudenciales, ha recaído recientemente Sentencia del Tribunal Supremo el 16 de marzo de 2022 (Rec. 6695/2020),

que manifiesta su clara disconformidad con la reciente Doctrina sentada en la STJUE de 3 de marzo 2022, en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado número 1 de Pontevedra.

La Sentencia parte de la base que la situación de estancia irregular se califica en el Título III de la Ley, relativo a las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador, como infracción grave en el art. 53.1.a), regulándose el procedimiento para su sanción, bien sea ordinario o preferente, pero en todo caso único, como única es la sanción que puede imponerse de acuerdo con lo dispuesto en el art. 57 de la Ley. Este carácter único de la sanción en el mismo procedimiento no ha sido objeto de controversia a lo largo de la evolución que se ha producido en la interpretación de las normas, que se refleja ampliamente en la citada sentencia de 17 de marzo de 2021, precisamente porque desde el primer momento existe el mandato normativo expreso del art. 57 en el sentido de que en ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa, y si bien el término «conjuntamente» pudiera hacer pensar en la posibilidad de una imposición sucesiva de ambas sanciones, ello ha de entenderse desde la consideración que, admitida por el precepto la opción de que la estancia irregular pueda ser sancionada con multa, cabe la posibilidad de que, siempre en un posterior expediente sancionador abierto con ocasión de una nueva situación de estancia irregular, ya no se imponga dicha sanción de multa sino la de expulsión, posibilidad que desaparece cuando, como resulta de la doctrina del Tribunal de Justicia que se acoge en nuestra jurisprudencia, abierto un procedimiento sancionador por estancia irregular no cabe la opción de la sanción de multa o expulsión sino que en todo caso ha de acordarse la expulsión, cuando se den las circunstancias exigidas al efecto. A ello se refiere en sus amplios razonamientos la sentencia de 17 de marzo de 2021, que en aplicación de la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia en sus sentencias de 23 de abril de 2015 (asunto C-38/14) y 8 de octubre de 2020 (asunto C-568/19) señala como sanción única procedente la de expulsión, siempre que se aprecien las circunstancias agravantes que pongan de manifiesto y justifiquen la proporcionalidad de la medida adoptada.

En este sentido muestra su desacuerdo con el planteamiento que se le elevó al TJUE por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de Pontevedra a través de la cuestión prejudicial. Así, y en cuanto a las consecuencias inmediatas de una orden de salida, advierte que: “no se contiene en la LOEX regulación alguna de qué trámites haya de seguirse tras esa orden de salida voluntaria o, al menos, nada establece para cuando el extranjero no cumpla dicha orden. Bien es verdad que cabría pensar que ese incumplimiento se podría ejecutar por vía forzosa, lo cual es acorde al régimen de los actos

administrativos. Pero se da la peculiaridad de que esa ejecución forzosa, en materia de extranjería, solo puede llevarse a efectos por la expulsión y esa expulsión, por la regulación que se contienen en la Ley Orgánica, solo puede llevarse a cabo por los trámites que se establecen en la propia Ley, es decir, conforme a los supuestos establecidos en el artículo 57 y por los procedimientos, ordinario o preferente, de los artículos 63, 63 bis y 64.

Pues bien, ninguno de dichos preceptos autoriza a la Administración española a expulsar a un extranjero por el mero hecho de haber desobedecido una orden de salida voluntaria. Para el Legislador nacional, la orden de salida voluntaria no tiene mayores efectos jurídicos, lo cual, a los efectos de la imperatividad de la normativa comunitaria, nuestro Derecho vulneraría la Directiva porque no se atienden a lo establecido en el artículo 8.12”.

Sigue añadiendo, que es a la ejecución de la resolución sancionadora recaída en el procedimiento correspondiente, a la que se refieren los plazos de cumplimiento voluntario, en el caso del procedimiento ordinario y las posibilidades de su prórroga por las causas previstas en el art. 246 del Reglamento de Extranjería aprobado por Real Decreto 557/2011 de 20 de abril, de la misma manera que es a dicha resolución a la que se refieren los supuestos de suspensión o inejecución de la expulsión previstos en la Ley y el Reglamento.

Concluye el Tribunal Supremo en su Sentencia, que siendo esta la interpretación del Derecho nacional que se sostiene reiteradamente por este Tribunal, que no es la que se sostiene por el Abogado del Estado en este recurso y por el Juzgado remitente de la cuestión prejudicial resuelta en la sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2022, ha de efectuarse el enjuiciamiento de este recurso atendiendo al régimen jurídico al que ha de sujetarse la resolución administrativa de expulsión adoptada en el único procedimiento abierto al respecto y en aplicación de la doctrina que reiteradamente se viene estableciendo desde las sentencias de 17 de marzo de 2021 y 27 de mayo de 2021.

Precisar que en este mismo sentido se ha vuelto a pronunciar nuestro Tribunal Supremo en sentencia 6 de abril de 2022 (Rec. 3529/2021), en su Fundamento de Derecho Cuarto.

VI. CONCLUSIONES

Cuando ya creíamos que esta nueva sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 3 de marzo de 2022 (asunto C-409/20), daba carpetazo a los continuos vaivenes jurisprudenciales, zanjando la controversia con una

vuelta de partida, tras declarar la compatibilidad del régimen español de la sanción de multa con la Directiva de Retorno; recae sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el 16 de marzo de 2022 (Rec. 6695/2020), en la que estudia nuevamente la cuestión de la sanción correspondiente a la infracción por estancia irregular en el país (artículo 53.1.a) de la Ley de Extranjería), distanciándose de la última postura mantenida por el TJUE en sentencia de 3 de marzo y marcando las pautas a seguir en supuestos de permanencia irregular en territorio español. Sostiene, en suma, que la mera estancia irregular sin agravantes o hechos negativos no comporta multa ni expulsión. Por el contrario, la estancia irregular con agravantes o hechos negativos conllevaría expulsión.

Por tanto, el Tribunal Supremo sigue manteniendo que la expulsión es la única sanción que procede frente a la estancia irregular del extranjero en el país, continuando la Doctrina que ya había establecido en la Sentencia 17 de marzo de 2021 y 27 de mayo de 2021. Deja claro en su Fundamento Jurídico Tercero que no existe una vuelta a su jurisprudencia clásica, en la que primaba la sanción de multa y con carácter secundario la imposición de la expulsión, en atención al principio de proporcionalidad, en tanto que no es admisible interpretar el artículo 57.1 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; y que nada opta a ese razonamiento que el artículo 28 de nuestra LOEX haga referencia a una tan inconcreta como ineficaz orden de salida obligatoria, que es contraria a la Directiva, en cuanto no fija su ejecución en tiempo razonable, ni se arbitran medios para dicha efectividad.

En consecuencia, nuestro alto Tribunal sigue avalando la inaplicación de la norma legal que prevé la sanción de multa para la infracción de estancia irregular -art.55.1º.b) LOEX-, en cuanto que la sanción de multa como alternativa a la expulsión, vulnera palmariamente la Directiva comunitaria.

Conforme a lo expuesto, se concluye que a pesar del esfuerzo plasmado por la reciente sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de marzo de 2022, sin duda alguna el debate sigue abierto, en un marco de cierta inseguridad jurídica, por lo continuos enfoques jurídicos divergentes por el Tribunal europeo, así como por la Jurisprudencia interna. Debate que se ha dejado durante muchos años en manos de la Jurisprudencia y que por el devenir de los hechos, parece ser, que solo será zanjado cuando el legislador actúe, adaptando la normativa española a la literalidad y finalidad de la Directiva de Retorno.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- de Cominges Cáceres, F. (2022). El Tribunal de Justicia de la UE valida la normativa española que prima la sanción de las situaciones de permanencia irregular de extranjeros con multa antes que expulsión (STJUE de 03/03/2022, asunto C-409/20). *Diario La Ley*, 10024. <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2022/03/21/el-tribunal-de-justicia-de-la-ue-valida-la-normativa-espanola-que-prima-la-sancion-de-las-situaciones-de-permanencia-irregular-de-extranjeros-con-multa-antes-que-expulsion-s-tjue-de-03-03-2022-asunto-c-409-20>
- González Saquero, P. (2015). La regulación de la expulsión administrativa por estancia irregular en España, incompatible con la Directiva retorno (Sentencia del Tribunal de Justicia, asunto C-38/14, Zaizoune). *Revista Española de Derecho Europeo*, 55. <http://www.revistamarcialpons.es/revistaespanoladerechoeuropeo/article/view/216-regulacion-expulsion-administrativa-estancia-irregular-espan>
- Górriz Gómez, B. (2021). Extranjeros en situación irregular: no cabe sustituir la sanción de expulsión por la de multa, pero tampoco cabe la expulsión si no concurren circunstancias agravantes (STS de 17 de marzo de 2021). *Diario La Ley*, 9871. <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2021/06/15/extranjeros-en-situacion-irregular-no-cabe-sustituir-la-sancion-de-expulsion-por-la-de-multa-pero-tampoco-cabe-la-expulsion-si-no-concurren-circunstancias-agravantes-sts-de-17-de-marzo-de-2021>
- Quintana Carretero, J. P. (2020). *La expulsión de los extranjeros en situación irregular tras la STJUE 8 octubre 2020: ¿regreso al pasado? Respuesta de los Tribunales*. Ed. Lefebvre el Derecho, EDC 2020/732173.
- Quintana Carretero, J. P. (2021). *Los extranjeros en situación irregular: expulsión o impunidad. Respuesta de los Tribunales*. Ed. Lefebvre el Derecho, EDC 2021/531813.
- Pey González, J. M. (2022). La historia interminable de la sanción por la estancia irregular del extranjero en el país: STS nº 337/2022, de 16 de marzo (rec. 6695/2020). *Diario La Ley*, 10051. <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2022/04/19/la-historia-interminable-de-la-sancion-por-la-estancia-irregular-del-extranjero-en-el-pais-sts-n-337-2022-de-16-de-marzo-rec-6695-2020>

VIII. SENTENCIAS RELEVANTES ANALIZADAS

- STJUE, Sala Tercera, de 22 de octubre de 2009 (C-261/2008)
- STJUE, Sala Cuarta, de 23 de abril de 2015 (C- 38/2014)
- STJUE, Sala Sexta, de 8 de octubre de 2020 (C-568/2019)
- STJUE, Sala Tercera, de 3 de marzo de 2022 (C-409/2020)
- STS, N° 6172/2008, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 28 de noviembre de 2008 (Rec. 9581/2003)
- STS, N° 980/2018, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 12 de junio de 2018 (Rec. 2958/17)
- STS, N° 366/2021, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 17 de marzo de 2021 (Rec. 2870/2020)
- STS, N° 337/2022, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, 16 de marzo de 2022 (Rec. 6695/2020)

Notas

- 1 Vid. Artículos 53, 55 y 57 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.
- 2 STS de 28 de noviembre de 2008 (Rec. 9581/2003), (FJ 5).
- 3 Vid. Artículo 222 Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.
- 4 El Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara: 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.
- 5 El TS declara que lo procedente es decretar la expulsión del extranjero cuando concurra un supuesto de estancia irregular, salvo que concurra alguno de los supuestos de excepción previstos en los apartados 2 a 5 del art. 6 de la Directiva retorno o, en su caso, de los supuestos del art. 5, que propicien la aplicación del principio de no devolución (FJ 6).
- 6 La decisión de retorno establecerá un plazo adecuado, cuya duración oscilará entre siete y treinta días, para la salida voluntaria, sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 y 4. Los Estados miembros podrán disponer en su legislación nacional que este plazo se concederá únicamente a petición del nacional de un tercer país interesado. En tal caso, los Estados miembros informarán a los nacionales de terceros países de que se trate de la posibilidad de presentar una solicitud en este sentido. El plazo establecido en el párrafo primero no excluirá la posibilidad para los nacionales de terceros países de una salida anticipada.