

“CUESTIONES ACTUALES EN MATERIA DE EXTRANJERÍA”
CURSO CU22041 - CGPJ

LA SANCIÓN DE LAS SITUACIONES DE MERA PERMANENCIA
IRREGULAR DE EXTRANJEROS (MULTA VRS. EXPULSIÓN)

30 de mayo de 2022

Francisco de Cominges Cáceres
Magistrado del Juzgado Contencioso-Administrativo 1 de Pontevedra

I.- INTRODUCCIÓN

II.- EL RÉGIMEN LEGAL ESPAÑOL PRIMA LA MULTA SOBRE LA EXPULSIÓN. LA RESISTENCIA A SU APLICACIÓN. SU INTERPRETACIÓN HASTA LA S TJUE DE 23 DE ABRIL DE 2015 (ZAIZOUNE).

III.- LA S TJUE DE 23 DE ABRIL DE 2015 (ZAIZOUNE) Y SUS CONSECUENCIAS INMEDIATAS.

IV.- LA S TJUE DE 8 DE OCTUBRE DE 2020 (MO). EFECTO DIRECTO VERTICAL INVERSO DE LA DIRECTIVA DE RETORNO. NUEVA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

V.- LA S TJUE DE 3 DE MARZO DE 2022 (UN). INTERPRETACIÓN CONFORME DE LA LOEX CON LA DIRECTIVA DE RETORNO.

VI.- ÚLTIMA POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA.

VII.- CONCLUSIONES.

VIII.- BIBLIOGRAFÍA BÁSICA.

I.- INTRODUCCIÓN

En nuestro derecho administrativo de extranjería el legislador optó por implantar un régimen sancionador de las situaciones de mera permanencia irregular de extranjeros (inmigrantes sin antecedentes penales, ni agravantes) en el que se castiga dicha infracción en primer término con una multa pecuniaria. La expulsión forzosa, compulsiva, se circunscribe a supuestos cualificados, determinados conforme al principio de proporcionalidad.

Dicha normativa suscitó desde un principio cierta controversia entre los distintos operadores jurídicos que la habían de aplicar. La polémica se terminó derivando al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) mediante sucesivas cuestiones prejudiciales, dada su estrecha conexión con el Derecho de la Unión.

En los últimos años el TJUE ha emitido cuatro pronunciamientos relevantes sobre nuestro sistema sancionador, con una evolución interpretativa circular:

- Sentencia de 22 de octubre de 2009 (asuntos C 261/08 y C-348/08 Zurita y Choque vrs. Delegación del Gobierno en Murcia). Ratifica su conformidad con el Código de Fronteras Schengen.
- Sentencia de 23 de abril de 2015 (asunto C-38/14, Zaizoune vrs. Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa). Lo declara incompatible con la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre, de retorno.
- Sentencia de 8 de octubre de 2020 (MO vrs. Subdelegación del Gobierno en Toledo). Concluye que aunque la Ley española contradiga la Directiva de retorno, ésta carece de efecto directo frente a particulares en lo que les perjudique.
- Sentencia de 3 de marzo de 2022 (UN vrs. Subdelegación del Gobierno en Pontevedra). Declara que el Derecho español, sanción de multa incluida, es compatible con la referida Directiva, mediante una interpretación conforme.

En este comentario se realiza un análisis sintético de la génesis, evolución y estado actual del conflicto. Sus conclusiones son provisionales, a la espera de que el Tribunal Supremo fije su posición definitiva, así como del resultado del debate que se suscitará al respecto entre los participantes del curso.

II.- EL RÉGIMEN LEGAL ESPAÑOL PRIMA LA MULTA SOBRE LA EXPULSIÓN. LA RESISTENCIA A SU APLICACIÓN. SU INTERPRETACIÓN HASTA LA S TJUE DE 23 DE ABRIL DE 2015 (ZAIZOUNE).

II.1.- En la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (LOEX-85), que precedió a la vigente Ley Orgánica 4/2000, se estableció frente a las referidas situaciones de permanencia irregular la medida de expulsión del extranjero. No se trataba de una sanción administrativa propiamente dicha, sino del mero ejercicio de la potestad de autotutela declarativa y ejecutiva de la Administración (SS TS 14/06/2002 y 20/12/2002 -recs. 7892/1998 y 2142/1998-).

Aún así, el Tribunal Supremo venía ya insistiendo en la obligación de motivar la orden de expulsión y en su improcedencia, por aplicación del principio de

proporcionalidad, cuando por ejemplo se hallaba en trámite un expediente de regularización del ciudadano extranjero (S TS de 24/02/2001 –rec. 6930/1996).

El Defensor del Pueblo, tras analizar la problemática de los extranjeros en situación irregular en España bajo la vigencia de la LOEX-85 formuló una serie de recomendaciones a las Cortes Generales. Propuso, entre otras, la de restringir las órdenes de expulsión a supuestos de inadaptación o falta de integración en la sociedad española, sancionándose con multa los demás supuestos, teniendo muy en consideración la situación de arraigo del inmigrante (Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales, año 1987, - BOCG Congreso Serie E, núm. 109, págs. 2.885 y ss.).

II.2.- La LOEX-85 fue derogada y sustituida por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (modificada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre) – LOEX-. En ella se tipificó como infracción grave el <<*Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido (...) la autorización de residencia o documentos análogos, cuando fueren exigibles*>> (artículo 53.1.a). Siguiendo las recomendaciones del Defensor del Pueblo, a dicha infracción grave se le atribuyó la sanción de multa (artículo 55.1.b), con la posibilidad, alternativa, de sustitución por una resolución de expulsión del territorio español (artículo 57.1). Dicha Ley prohibió la posibilidad de imponer “conjuntamente” (en una misma resolución) las sanciones de multa y expulsión forzosa (artículo 57.3). Pero no la de imponerlas *sucesivamente* (primero la multa y posteriormente la expulsión). Asimismo la expulsión se anudó a la carga accesoria de prohibición de entrada en territorio español por un período determinado (artículo 58.1).

Quedó clara en dicha regulación que esa medida de expulsión es una auténtica sanción, manifestación del ejercicio del “ius puniendi” del Estado, sometida por lo tanto a las reglas y principios del Derecho administrativo sancionador español (en muchos aspectos análogos o coincidentes con los que vinculan a la jurisdicción penal).

También que la norma prima la imposición de multa pecuniaria sobre la sanción de expulsión con prohibición de entrada. Obviamente con la finalidad, no de “tolerar” una situación de ilegalidad a cambio del pago de una multa; sino de permitirle al extranjero en situación irregular en el que no concurren circunstancias agravantes regularizarse si fuese posible. O, en caso contrario, retornar voluntariamente a su país de origen, pero sin prohibición de entrada en la Unión Europea, lo que posibilita que desde allí pueda gestionar la obtención de los visados o autorizaciones pertinentes para, en su caso, poder regresar legalmente a España. En cualquier caso, la sanción de multa no enerva la obligación de abandonar nuestro país impuesta en el artículo 28.3.c) LOEX a los extranjeros que carezcan del preceptivo visado o autorización de residencia. Si en un plazo razonable no se regulariza, podrá tramitarse frente a él un nuevo procedimiento sancionador que concluirá con la expulsión forzosa.

II.3.- No obstante, pese a la claridad de la LOEX -que prima la sanción de multa sobre la de expulsión-, desde su entrada en vigor suscitó una fuerte resistencia

a su cumplimiento.

Primeramente, dicha regulación fue impugnada por el Parlamento del País Vasco ante el Tribunal Constitucional (TC), con la tesis de que vulneraba lo dispuesto en el artículo 25 de la Constitución al dejar un margen discrecional indefinido en la aplicación del tipo sancionador. El TC, en su sentencia 260/2007, de 20 de diciembre, desestimó este argumento tras concluir, en síntesis, que la elección entre la multa o la expulsión no es discrecional, sino reglada, respondiendo a la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados conforme a los parámetros objetivos establecidos en la propia Ley Orgánica.

Asímismo, un Juzgado Contencioso-Administrativo de Oviedo planteó varias cuestiones de inconstitucionalidad contra este régimen sancionador, imputándole la vulneración del principio de eficacia de las Administraciones Públicas reconocido en el artículo 103.1 de la Constitución, en relación con el de proporcionalidad, al entender que la permanencia irregular solo debería ser sancionada con la expulsión, nunca con: *<<la multa, que “monetariza” la entrada ilegal y deja de cumplir un papel disuasorio de la conducta que se trata de reprimir, con lo que deviene ineficaz>>*. El Tribunal Constitucional inadmitió la cuestión en su Auto núm. 409/2007, de 6 de noviembre, con los mismos argumentos de su sentencia 260/2007, antes citada; y con la conclusión añadida de que: *<<en el caso concreto, la norma no incide en la eficacia de la actividad administrativa a la que se refiere el art. 103.1 CE>>*.

El Tribunal Constitucional volvió a supervisar este régimen sancionador en varias sentencias posteriores, en recursos de amparo interpuestos por extranjeros sancionados con expulsión. Y lo hizo validando el criterio legal de prevalencia de la multa sobre la expulsión e insistiendo en la necesidad de motivar esta última en atención a las concretas circunstancias del caso (SS TC 140/2009, de 15 de junio; 145/2011, de 26 de septiembre; y 169/2012, de 1 de octubre).

También el Tribunal Supremo (S^a 3^a) tuvo ocasión de pronunciarse al respecto en numerosas sentencias dictadas entre los años 2005 y 2009. En ellas, en primer lugar, reconoció la naturaleza sancionatoria de las órdenes de expulsión impugnadas. Y, en segundo, consideró que con dicha regulación el legislador estatal optó por tipificar como sanción primaria de la infracción grave por mera permanencia irregular la multa, reservando la expulsión para supuestos agravados. De manera que la resolución que imponga una sanción de expulsión debe motivarla, conforme al principio de proporcionalidad, atendiendo a las concretas circunstancias personales del infractor (ad. ex. S TS 28/11/2008 -rec. 9581/2003-). El Tribunal Supremo fue también definiendo, casuísticamente, las concretas “agravantes” que podrían justificar la imposición directa de una orden de expulsión en lugar de la multa.

Por último, la posibilidad de elección entre multa/expulsión fue fiscalizada, en esta primera época, por el TJUE, mediante sendas 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 vrs. Delegación del Gobierno en Murcia), por la hipotética vulneración de lo

dispuesto en varios 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 resolvió las cuestiones en su 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>>*.

II.4.- En esta tesitura, el 16 de diciembre de 2008 el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron la Directiva 2008/115/CE sobre *“normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular”* (Directiva Retorno), con un plazo de trasposición que finalizaba el 24 de diciembre de 2010.

En dicha Directiva se desagrega el término “expulsión” de nuestro derecho interno en dos conceptos diferenciados: La “decisión de retorno” (declara irregular la situación del extranjero e impone o declara la obligación de regresar a su país de origen). Y la “expulsión” propiamente dicha (*“la ejecución de la obligación de retornar, es decir, el transporte físico fuera del Estado miembro”* - lo que en España se denomina “deportación”). Aunque esa “expulsión” es una actuación material, se admite la posibilidad de que los Estados miembros la formalicen *“por separado [mediante] una decisión o acto de naturaleza administrativa”* (artículo 8.3).

La Directiva dispone en su artículo 6 que: *“Los Estados miembros dictarán una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio (...)”*. Con determinadas excepciones (ponderar el arraigo familiar, interés del menor y estado de salud - artículo 6.4-, razones humanitarias -artículo 6.4-, o la existencia de un procedimiento de regularización en trámite -artículo 6.6-). Asimismo, la Directiva establece que con carácter general la “decisión de retorno” debe ofrecer un plazo de entre siete y treinta días para la “salida voluntaria”, prorrogable por factores de arraigo familiar o social (artículo 7). El cumplimiento voluntario de ese requerimiento de salida libera al extranjero de la medida accesoria de “prohibición de entrada” (artículo 11), pudiendo regresar legalmente si desde su país de origen consigue las autorizaciones preceptivas (artículo 11). No obstante, la Directiva también prevé la posibilidad de omitir o minorar ese plazo de salida voluntaria si *“existiese riesgo de fuga, o si se desestimase una solicitud de permanencia legal por ser manifiestamente infundada o fraudulenta o si la persona de que se trate representase un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional”*.

II.5.- Dentro del período de trasposición de la Directiva se dictó en España la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la LOEX. En su exposición de motivos se indicó, entre otras finalidades, la de adaptar la normativa española a determinadas Directivas comunitarias, citando expresamente la 2008/115/CE, <<con el objetivo de reforzar la lucha contra la inmigración irregular>>. También se aprovechó la ocasión para incorporar a la LOEX la exigencia jurisprudencial de especial motivación de las sanciones de expulsión. Y así se introdujo en su artículo 57.1 la precisión de que dicha resolución debía atender al principio de proporcionalidad, motivándose con una valoración de los hechos que configuran la infracción.

Posteriormente se aprobó un nuevo Reglamento de desarrollo de la LOEX, mediante Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, en cuyo preámbulo se señaló su finalidad de optimizar los principios de la política migratoria reconocidos en la mencionada Ley Orgánica 2/2009, incluyendo <<la lucha contra la inmigración irregular>>. Por otra parte, en el artículo 222.3 de dicho Reglamento se dispuso que: <<Para la determinación de la sanción que se imponga (...) se valorarán también (...) las circunstancias de la situación personal y familiar del infractor>>.

II.6.- Tras esta evolución legal y jurisprudencial del sistema administrativo español de reacción frente a la mera residencia irregular de ciudadanos extranjeros, la situación a comienzos del año 2015 era la siguiente:

- Aunque el Tribunal Supremo (S^a de lo Cont.-Ad.) llevaba ya unos años sin fiscalizar sanciones de expulsión por las nuevas restricciones de su recurso de casación, su antigua jurisprudencia sobre el carácter primario de la multa y la obligación de motivar las resoluciones de expulsión con circunstancias agravantes conforme al principio de proporcionalidad había sido asumida ya por la mayoría de los Tribunales Superiores de Justicia (S^a de lo Cont.-Ad.), aplicándose sin problema. Pueden citarse así a modo de ejemplo las siguientes sentencias, todas ellas anulatorias (o confirmatorias de la anulación) de sanciones de expulsión por ausencia de agravantes: del TSJ Madrid de 15 de abril y 31 de marzo de 2015 (recs. 53/2015 y 131/2015); TSJ Cataluña de 19 de marzo y 26 de febrero de 2015 (recs. 237/2014 y 190/2014); TSJ de Castilla y León de 25 de noviembre y 23 de septiembre de 2014 (Valladolid, recs. 436/2014 y 325/2014); TSJ Andalucía de 6 de abril y 16 de marzo de 2015 (Granada recs. 169/2012 y 1149/2012); TSJ País Vasco de 5 de marzo y 12 de febrero de 2015 (recs. 458/2014 y 141/2012); TSJ Murcia de 6 de marzo y 26 de enero de 2015 (recs. 268/2014 y 77/2014); TSJ Canarias de 24 de octubre y 6 de junio de 2014 (Sta. Cruz Tenerife, recs. 201/2013 y 100/2013); TSJ Galicia de 22 de abril y 4 de marzo de 2015 (recs.157/2015 y 5/2015); TSJ de la Comunidad Valenciana de 16 de enero de 2015 (rec. 702/2013); TSJ Extremadura de 30 de octubre de 2014 (rec. 162/2014); TSJ Castilla la Mancha de 19 de mayo y 15 de abril de 2014 (recs. 349/2012 y 25/2013); TSJ Cantabria de 14 y 10 de abril de 2014 (recs. 28/2014 y 252/2013); etc.

- En ningún caso se entendió que la anulación de la expulsión y su sustitución por la sanción de multa conllevaba una “regularización” encubierta del

extranjero. Éste, tras la multa, continuaba obligado a solicitar y obtener la autorización de residencia si cumplía los requisitos necesarios, o a regresar a su país de origen en caso contrario. Por tal razón se consideraba circunstancia “agravante” el haber recibido una sanción de multa anterior (con el consiguiente incumplimiento de la orden de salida voluntaria incluida en ella). De manera que dicha sanción de multa se estimó siempre compatible con una posterior sanción de expulsión (ad. ex. SS TSJ Aragón 21/11/2014 –rec. 222/2013-, Baleares 25/06/2014 –rec. 108/2014-, Cantabria 23/12/2014 –rec. 208/2014-, País Vasco 15/04/2015 –rec. 777/2013-, Murcia 23/03/2015 y 13/02/2015 –recs. 172/2014 y 235/2014-; Galicia 18/03/2015 y 20/05/2015 -recs. 3/2015 y 100/2015-).

- Las cifras estadísticas sobre inmigración irregular publicadas por el Ministerio del Interior y por el Instituto Nacional de Estadística ponían en evidencia que en España se estaban cumpliendo holgadamente los objetivos de la Directiva 2008/115/CE, con una disminución progresiva del número de extranjeros en situación irregular dentro de su territorio. El régimen sancionador regulado en la LOEX (norma nacional) cumplía sin problema el “efecto útil” de la Directiva.

Sin duda alguna, en tal coyuntura no existía la necesidad de “endurecer” aún más las medidas administrativas sancionadoras vigentes en la legislación española frente a los inmigrantes residentes en situación irregular, tal y como se venía aplicando e interpretando por nuestra jurisdicción contencioso-administrativa.

III.- LA S TJUE DE 23 DE ABRIL DE 2015 (ZAIZOUNE) Y SUS CONSECUENCIAS INMEDIATAS.

III.1.- El 23 de abril de 2015 el TJUE dictó sentencia en el asunto C-38/14, resolviendo la cuestión prejudicial planteada por una sección de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) del País Vasco en un procedimiento abreviado promovido por el ciudadano marroquí Samir Zaizoune contra una sanción de expulsión, con prohibición de entrada de cinco años, emitida por la Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa.

La resolución de expulsión, impuesta en el año 2011, se había motivado en que además de hallarse el sr. Zaizoune en situación irregular en España (sin visado, ni autorización de residencia), había cometido un delito (condena en 2005 a pena de dos años y seis meses de prisión por tráfico de drogas) cuyos antecedentes no habían sido cancelados. Además, se hallaba indocumentado en el momento de la detención, y se ignoraba cuando y por dónde había entrado en España.

Conforme al Derecho español vigente podría haberse ratificado la sanción de expulsión (sin multa previa), pues concurrían circunstancias agravantes. No obstante, se le formuló al TJUE la siguiente cuestión prejudicial:

«A la luz de los principios de cooperación leal y de efecto útil de las Directivas, ¿los artículos 4.2, 4.3 y 6.1 de la Directiva 2008/115 deben ser interpretados en

*el sentido de que se oponen a una normativa, como la nacional controvertida en el litigio principal y la jurisprudencia que la interpreta, que permite sancionar la situación irregular de un extranjero **exclusivamente** con una sanción económica que, además, resulta incompatible con la sanción de expulsión?».*

La sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015, Zaizoune (C-38/14) resolvió la cuestión planteada con una peculiar interpretación del Derecho español. Se le dio a entender al TJUE que con la sanción de multa de entre 501 y 10.000 euros establecida en el artículo 55.1.b) LOEX para infracciones graves (permanencia irregular en España) se libera al inmigrante de su obligación de retornar a su país de origen o de regularizarse mediante la preceptiva autorización de residencia, no pudiendo ya ser expulsado de España. En el caso concreto se trataba además de un extranjero, sin autorización de residencia, que había sido condenado por la comisión de un delito grave (sin antecedentes cancelados). Con ese planteamiento, no le quedó más posibilidad al TJUE que concluir, en su sentencia de 23 de abril de 2015, Zaizoune (C-38/14), que el Derecho español así interpretado es incompatible con la Directiva 2008/115/CE de Retorno.

Pero lo cierto es que tal y como habían considerado la mayor parte de los TSJ de España hasta abril de 2015, nuestro Tribunal Constitucional y el propio TJUE en su anterior sentencia de 22 de octubre de 2009 (Zurita), la LOEX dispone otra cosa distinta, tal y como se incidirá en el epígrafe “V” siguiente.

III.2.- El 27 de abril de 2015 la Red de Expertos en Derecho de la Unión Europea (REDUE) del Consejo General del Poder Judicial emitió un “comunicado no oficial a título informativo”, remitido a toda la carrera judicial, con el siguiente encabezamiento: “Sentencia Zaizoune (C-38/14): Un extranjero que no sea ciudadano de la Unión en situación irregular en España debe ser expulsado pero no multado”. En la circular se realizaba un breve resumen del caso, con la siguiente indicación final: <<Esta sentencia del Tribunal de Justicia tiene gran trascendencia práctica pues supone que, en aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión sobre la Ley española de extranjería, la Administración ya no podrá multar sino que habrá que expulsar al extranjero que esté en situación irregular en España salvo en casos excepcionales previstos en la Directiva 2008/115/CE, y los tribunales españoles no podrán sustituir la sanción de expulsión por una multa>>.

Un mes después, el 25 de mayo de 2015, la Subcomisión de Extranjería de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita del Consejo General de la Abogacía Española hacía pública su “Circular 1/2015 – Argumentario a la sentencia de 23 de abril de 2015 del TJUE”, con unas conclusiones diametralmente distintas. En dicha Circular se explicaban las razones por las que, a su entender, se podría seguir reaccionado en España frente a la residencia irregular con una primera sanción de multa.

Lo cierto es que, a partir de ahí, la gran mayoría de los Juzgados y Tribunales de nuestra jurisdicción contenciosa procedió a inaplicar la LOEX en perjuicio del inmigrante, en el sentido de atribuirle como regla general a cualquier

situación de permanencia irregular sólo la sanción de expulsión, nunca la de multa (ad. ex. sentencias de la S^a de lo Cont.-Ad. del TSJ Madrid de 14 de octubre de 2015 -rec. 253/2015- y Galicia de 8 de noviembre de 2017, rec. 318/2017, ambas con voto particular discrepante). El Tribunal Supremo (S^a 3^a) abordó por primera vez esta cuestión en su sentencia de 12 de junio de 2018 (rec. 2958/2017), acogiendo esa interpretación restrictiva. Desde entonces y hasta el año 2020 todos los pronunciamientos del Alto Tribunal mantuvieron el mismo criterio, sin matices.

No obstante, ya desde el año 2015 varios magistrados de dicha jurisdicción manifestaron un parecer discrepante del mayoritario, con sólidos argumentos. Entendían en primer lugar, que el régimen sancionador de la LOEX, multa incluida, correctamente interpretado no se contradice con la Directiva de Retorno. Y, en segundo lugar, que aún en la hipótesis de que resultase incompatible no se podría predicar el “efecto directo vertical inverso” de dicha Directiva en perjuicio de los ciudadanos. Valgan como ejemplo los votos particulares de las sentencias de TSJ reseñadas en el párrafo anterior (así como numerosas sentencias de la secc. 2^a del TSJ Madrid, que no aceptó el criterio del Pleno de la Sala); así como las dictadas por el Juzgado de lo Cont.-Ad. 1 de Ourense (ad. ex, las de fecha 13 y 23 de julio de 2015, 14 de enero, 13 de abril y 13 de octubre de 2016, 17 de marzo y 6 de julio de 2017, o 25 de febrero de 2018 (recs. 78/2015, 97/2015, 130/2015, 338/2015, 154/2016, 319/2016, 26/2017 y 286/2017, todas ellas publicadas en el CENDOJ).

IV.- LA S TJUE DE 8 DE OCTUBRE DE 2020 (MO). EFECTO DIRECTO VERTICAL INVERSO DE LA DIRECTIVA DE RETORNO. NUEVA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

IV.1.- En la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015 (Zaizoune) nada se indicó sobre las consecuencias de la supuesta incompatibilidad entre la Ley española (más favorable al administrado) y la Directiva europea (más perjudicial). En ningún momento le reconoció a la Directiva de Retorno, en el contexto del concreto litigio planteado, un “efecto directo” que permitiese inaplicar sin más el Derecho sancionador español en perjuicio del particular.

Y no lo hizo porque conforme al criterio consolidado del TJUE y de la doctrina especializada no cabe atribuirle "efecto directo" a una Directiva en "relaciones verticales inversas" (ad. ex. BARNARD, C., PEERS, S., European Union Law, Oxford University Press, Oxford, 2014 , p. 150; SS TJUE de 11 de junio de 1987, asunto C-14/86 ; 12 de diciembre de 1996, C-74/95 , y 3 de mayo de 2005, C-387/02). El efecto directo vertical de las Directivas sólo puede ser invocado, en sentido único, por los particulares frente al Estado; no por los Estados que incumplieron la obligación de trasponer, o que lo hicieron incorrectamente, en perjuicio de los particulares. Este es un principio básico del Derecho de la UE. Más aún en un supuesto como éste, en el que la normativa nacional que se pretendía inaplicar tiene una naturaleza jurídica sancionadora, análoga a la penal.

De manera que, aún admitiendo en hipótesis que el sistema sancionador de la LOEX resultase compatible con la Directiva 2008/115/CE de Retorno, la única opción que tendrían las instituciones de la UE para conseguir su efectiva inaplicación o supresión sería la de conminar al Estado español, mediante requerimientos y multas coercitivas, a modificar su legislación. Pero mientras dicha modificación legal no se produjese, la Administración pública y los jueces y tribunales españoles seguían obligados a aplicar la LOEX en sus estrictos términos.

Frente a este razonamiento no se podría argüir que la aplicación al inmigrante en situación irregular del Derecho español (que prevé la imposición de una multa pecuniaria antes de la expulsión forzosa) es más perjudicial para el interesado que la de la Directiva de Retorno. La aplicación de la norma española (con multa previa) beneficia al particular, porque le permite ganar tiempo para regularizarse obteniendo la preceptiva autorización de residencia (si cumple los requisitos necesarios), o para retornar voluntariamente a su país de origen sin prohibición de entrada.

Para zanjar la polémica, la S^a de lo Cont.-Ad. del TSJ de Castilla La Mancha le planteó al TJUE sendas cuestiones prejudiciales (núms. C-568/19 y C-731/19). El Tribunal Europeo las resolvió en su sentencia de 8 de octubre de 2020 (MO vrs. Subdelegación del Gobierno en Toledo). Como no podía ser de otra manera, reconoció la imposibilidad de dotar de “efecto directo” a la Directiva de Retorno en perjuicio de los administrados, 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>>.

IV.2.- A raíz de ello el Tribunal Supremo procedió a modificar el criterio que venía manteniendo desde junio de 2018.

Con su sentencia de 17 de marzo de 2021 (rec. 2870/2020) inauguró una línea jurisprudencial que, en esencia, supuso la vuelta al sistema anterior a la S TJUE Zaizoune de 2015 (No se puede sancionar directamente con la expulsión la permanencia irregular si no se determinan circunstancias agravantes, conforme al principio de proporcionalidad). Pero con un importante matiz: No admite la posibilidad de sancionar esa mera permanencia irregular con la multa establecida ex profeso en la LOEX. Se limita a anular la resolución de expulsión, sin multa alternativa. Concluye que la sanción de las situaciones de

permanencia irregular con multa pecuniaria es incompatible con la Directiva de Retorno, que en este particular sí prevalece con efecto directo sobre la norma española. Declara así, expresamente:

<<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>>.

Dicho criterio jurisprudencial se reproduce y consolida en los los posteriores pronunciamientos del Alto Tribunal de 27 de mayo de 2021 (rec. 1739/2020), 12, 18 y 26 de enero de 2022 (recs. 7746/2020, 6884/2020 y 5003/2020), 9, 17, 18, 21, 23, 24, y 28 de febrero de 2022 (recs. 5952/2020, 818/2021, 5883/2020, 8384/2019, 7530/2020, 7446/2019 y 7671/2020).

Su conclusión principal no suscita problemas prácticos, porque se coherente con la jurisprudencia tradicional que se venía aplicando pacíficamente hasta abril de 2015. Pero la accesoria (imposibilidad de multa) sí genera cierta inseguridad jurídica, al dejar impune una infracción administrativa expresamente tipificada en la LOEX para una finalidad que coincide con los objetivos de la Directiva de Retorno: conminar al extranjero a regularizarse o a retornar a su país.

V.- LA S TJUE DE 3 DE MARZO DE 2022 (UN). INTERPRETACIÓN CONFORME DE LA LOEX CON LA DIRECTIVA DE RETORNO.

La cuarta y última cuestión prejudicial que hubo de resolver el TJUE sobre esta controversia (asunto C-409/20 – “UN vrs. Subdelegación del Gobierno en Pontevedra”) fue planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Pontevedra.

Se impugnó en el proceso de origen la sanción de expulsión impuesta a una ciudadana colombiana por la infracción grave tipificada en el artículo 53.1.a) LOEX, al permanecer en España sin la preceptiva autorización de residencia. La actora había entrado legalmente en España, por el aeropuerto de Madrid-Barajas, como turista, con carta de invitación de su hijo (mayor de edad), residente legal. Su estancia como turista tenía una duración máxima de 90 días, debiendo abandonar el territorio de la Unión Europea antes de la expiración de ese plazo. Sin embargo no retornó a Colombia. Permaneció en España, inscribiéndose en el registro del padrón municipal de la ciudad de Pontevedra, en el domicilio de su hijo español. Transcurridos dos años la

Subdelegación del Gobierno incoó frente a ella el procedimiento sancionador, que concluyó con la referida sanción de expulsión. La resolución de expulsión no apreció la concurrencia de circunstancias agravantes, acogiendo simplemente a la referida sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015 (Zaizoune).

En esta incidente prejudicial, el Juzgado de Pontevedra le formuló al TJUE la siguiente cuestión: <<¿Debe interpretarse la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008, sobre "normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular" (artículos 4.3, 6.1, 6.5 y 7.1), en el sentido de que se opone a una normativa nacional (artículos 53.1.a/, 55.1.b/, 57 y 28.3.c/ de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social) que sanciona la permanencia irregular de extranjeros sin circunstancias agravantes en un primer momento con una sanción de multa unida a un requerimiento de retorno voluntario al país de origen, seguida, en un segundo momento, de la sanción de expulsión si el extranjero no se regulariza ni retorna voluntariamente a su país?>>.

En el planteamiento de la cuestión prejudicial el Juzgado especificó el régimen administrativo español de represión de las situaciones de permanencia irregular, sin omitir su naturaleza jurídica sancionadora (con las garantías procedimentales que ello conlleva). Tampoco ocultó el dato -esencial- de que su tesis conllevaba la imposición dos sanciones diferentes, sucesivas en el tiempo. Primero una de multa y posteriormente otra de expulsión. Lo que necesariamente supone la tramitación sucesiva de dos procedimientos sancionadores diferenciados, con sus correspondiente trámites de audiencia, etc.

Posteriormente, en la fase de alegaciones ante el TJUE, el Estado español manifestó adherirse a la interpretación de la LOEX ofrecida por el Juzgado de Pontevedra, indicando su conformidad expresa a una respuesta afirmativa a la cuestión planteada. La Comisión Europea, en su correspondiente informe, tampoco se opuso a la estimación de la cuestión prejudicial en el sentido propuesto por al Juzgado de instancia. Por esa razón se prescindió de la fase de vista oral y del dictamen del Abogado General.

Finalmente, el TJUE resolvió la cuestión en su sentencia de 3 de marzo de 2022, en los siguientes términos:

<<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 su parte expositiva acepta la "interpretación conforme" del Derecho español con la Directiva de retorno sostenida por el Juzgado en el planteamiento de la cuestión prejudicial. Alcanza así una solución que permite aplicar nuestro Derecho interno sin vulnerar la Directiva de retorno.

El TJUE indica en esta sentencia (pº 40) que dicha Directiva no pretende "armonizar totalmente" en los países miembros el régimen de reacción frente a las situaciones irregulares de los extranjeros. Deja margen para que los estados "**establezcan sanciones para disuadir de la comisión de dicha infracción y para reprimirla**".

Y es que no se puede olvidar que, a diferencia del "Reglamento" (obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro), la Directiva sólo: <<obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios>> [artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (anterior art. 249 TCE)]. La propia Directiva 2008/115/CE de retorno así lo admite al disponer en su artículo 4.3 que: <<se entenderá sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a adoptar o mantener disposiciones que sean más favorables para las personas a quienes se aplica, a condición de que tales disposiciones sean compatibles con la presente Directiva>>.

Obviamente, el TJUE, condicionado por el precedente de la sentencia de 23 de abril de 2015 (Zaizoune), insiste en que en la aplicación práctica del sistema español (con opción de sanción de multa) no se debe frustrar el "efecto útil" de la Directiva con dilaciones indebidas en la ejecución de la decisión de retorno del extranjero en situación irregular. Pero también deja muy claro que la norma europea prima la salida voluntaria sobre la expulsión compulsiva (pº 50), de manera que no se opone a que durante el plazo concedido con la multa para la salida voluntaria "ese nacional de un tercer país pueda tratar de regularizar su situación" (pº 51).

Incide asimismo en la necesidad de analizar cada caso individualizadamente y de aplicar el principio de proporcionalidad, sobre todo a la hora de fijar el plazo para la salida voluntaria. Plazo de entre 7 y 30 días que podrá prorrogarse si se hallase en trámite un procedimiento de regularización.

En definitiva, con esta última sentencia queda definitivamente resuelto el debate. La normativa española no vulnera la Directiva de retorno, toda vez que:

a).- Frente a los inmigrantes interceptados en el mismo momento (o en el inmediatamente posterior) al de su entrada en la frontera de España, la Administración del Estado procede a su deportación mediante el procedimiento sumario establecido en los artículos 15.3 (denegación de entrada) y 23 (devolución) del Reglamento de Extranjería (Real Decreto 557/2011).

b).- Contra los demás, con carácter general en primer término habrá que conminarles, mediante la correspondiente resolución administrativa, a que abandonen el territorio español en un plazo de entre 7 y 30 días (artículo 7 de la Directiva 2008/115/CE). El inmigrante tiene dos opciones en dicho período: O bien instar su regularización si cumple los requisitos establecidos para ello (ad. ex. residencia temporal por circunstancias excepcionales : arts. 123 y ss. RD 557/2011), o bien abandonar voluntariamente España, sin prohibición de entrada -art. 11.1.b/ de la Directiva- (con lo que en su país de origen podrá solicitar las correspondientes autorizaciones para regresar a la UE legalmente si cumple los requisitos). Esta previsión de la Directiva es perfectamente compatible con el sistema español en el que se establece en primer término una sanción pecuniaria para la mera permanencia irregular, si a esa sanción de multa se le añade la orden de salida voluntaria (que es lo que ya venían haciendo muchas Subdelegaciones del Gobierno en España). Si se incumple la orden de salida voluntaria, o el inmigrante no se regulariza en el plazo concedido, entonces procederá tramitar el expediente de expulsión compulsiva, con prohibición de entrada. No es incompatible la sanción de multa con la orden de expulsión, la primera (con mandato de salida) antecede a la segunda. La multa y la expulsión forzosa no se imponen simultáneamente, sino en tiempos sucesivos.

c).- En el supuesto especial de inmigrantes en los que concurren circunstancias agravantes (artículo 7.4 de la Directiva), procederá directamente la sanción de expulsión (forzosa, compulsiva) sin previa multa. En similares términos lo disponen los artículos 55 y 57 LOEX, modificados por Ley Orgánica 2/2009 tal y como los venían interpretando el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en numerosas sentencias anteriores a 2015. Nuestro ordenamiento establece otro importante gravamen para estos extranjeros: La prohibición de regresar a España durante un tiempo determinado tras su expulsión, aunque adquieran los requisitos para obtener una autorización de residencia.

d).- En cualquier caso, para escoger entre la decisión de multa con orden de salida voluntaria (sin prohibición de entrada) o sanción de expulsión (con prohibición de entrada) habrán de ponderarse factores de carácter humanitario. Muy especialmente los referidos al arraigo del inmigrante en España y a las posibilidades que tiene de regularizarse (artículos 6.4 , 7.2 y 14 de la Directiva y artículo 55 LO 4/2000).

VI.- ÚLTIMA POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA.

VI.1.- La sentencia del TJUE de 4 de marzo de 2022 (UN), produjo en un principio en nuestros Tribunales Superiores de Justicia (TSJ) el efecto de

recuperar el criterio general anterior a la sentencia del TJUE Zaizoune de abril de 2015. Esto es, el de, conforme a lo dispuesto en la LOEX, primar la sanción de multa sobre la de expulsión en las infracciones de mera permanencia irregular.

Pueden así citarse, a modo de ejemplo, las sentencias del TSJ Madrid de 10 de marzo de 2022 (dos, recs. 865/2021 y 840/2021); o las del TSJ Castilla La Mancha de 11 y 18 de marzo de 2022 (recs. 503/2019, 517/2019 y 4/2020). Anulan la sanción de expulsión impugnada, por falta de motivación de circunstancias agravantes, y la sustituyen directamente por una multa de 501 euros, conforme a lo solicitado con carácter subsidiario por los respectivos recurrentes. En las del TSJ Madrid se añade en su parte dispositiva la coletilla: “*con la obligación de abandonar el territorio nacional en los treinta días siguientes a la firmeza de esta resolución*”.

VI.2.- No obstante, poco después se publica en la base de datos del CENDOJ la **sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 16 de marzo de 2022** (rec. 6695/2020, ponente: Herrero Pina). En ella se discrepa de la interpretación del Derecho español ofrecida por el Juzgado de Pontevedra en la formulación de la cuestión prejudicial y se reafirma el criterio de las citadas SS TS de 17 de marzo y 27 de mayo de 2021 (recs. 2870/2020 y 1739/2020). Es decir: la mera permanencia irregular sin agravantes no se puede sancionar ni con expulsión, ni con multa.

El Alto Tribunal concluye ahora que el artículo 57.3 LOEX (*En ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa*), no permite incoar frente a la infracción de mera permanencia irregular dos procedimientos sancionadores sucesivos, uno primero de multa pecuniaria y otro posterior de expulsión. Concluye que:

<<La normativa examinada y aplicable no regula, para una misma situación de estancia irregular, un doble procedimiento sancionador y una doble sanción, inicial de multa y posterior de expulsión, lo que por otra parte pondría en cuestión sustanciales principios en materia de derecho sancionador>>

Se intuye que se refiere al principio de “non bis in idem”, positivizado en el artículo 31.1 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), conforme al cual: “*No podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento*”.

E insiste también en que, conforme a la Directiva de retorno,

<<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>>

Sobre este último aspecto la sentencia ahonda en la posición ya avanzada en la precedente S TS de 21 de febrero de 2022 (rec. 8384/2019), incidiendo en que la tesis de las sanciones sucesivas (multa-expulsión) es, a su parecer, incompatible con la Directiva de Retorno. Entiende que la obligación de salida de España en plazo determinado establecida en el artículo 28.3 LOEX y artículo 24 de su reglamento de desarrollo (RD 557/2011 -REX-), aunque se indique con carácter expreso en la sanción de multa, no puede equipararse con una “decisión de retorno”, al carecer por sí misma de ejecutividad. Y que por otra parte, en la hipótesis de los expedientes sancionadores sucesivos, si el segundo se tramita por el cauce del procedimiento ordinario, el artículo 246 REX (art. 63.bis.2 LOEX) obliga a que su resolución final conceda, de nuevo, otro plazo de salida voluntaria, resultando por ello incompatible con el concepto de resolución de “expulsión” de la Directiva de Retorno.

El Tribunal Supremo se reafirmó en esta postura en sus siguientes pronunciamientos (ad. ex. SS TS de 6 y 27 de abril, 4 y 9 de mayo de 2022 -recs. 3529/2021, 2958/2021, 3881/2021 y 2968/2021).

No obstante, mediante autos de 9 y 23 de marzo y 20 de abril de 2022 ha admitido a trámite nuevos recursos de casación (núms. 340/2021, 5793/2021 y 7242/2021) con el objeto de profundizar en la interpretación y efectos de la citada sentencia del TJUE de 4 de marzo de 2022 (UN), teniendo así la oportunidad de reafirmar o de rectificar su posición.

VI.3.- A día de hoy, la mayoría de los TSJ y Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de España están aplicando el último criterio de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Anulan las resoluciones sancionatorias de expulsión si no se motivaron en la concurrencia de agravantes tasadas; y no permiten la sanción de multa con requerimiento de salida voluntaria (ad. ex. SS TSJ Madrid de 24 marzo 2022 -recs 985/2021 y 876/2021-; y Castilla-León 6 de abril de 2022 -rec. 569/2021-).

Existen sin embargo pronunciamientos discrepantes en algunos TSJ, que continúan afirmando la conformidad a Derecho del sistema de la multa regulado en la LOEX, conforme a la última S TJUE de 3 de marzo de 2022 (ad. ex. SS TSJ de Galicia de 18 y 24 de mayo de 2022 -recs. 98/2022 y 80/2022-).

VII.- CONCLUSIONES.

1ª.- Se suscita actualmente en España un **conflicto de normas**, entre el derecho interno y el de la Unión Europea, respecto de la reacción administrativa frente a las situaciones de mera permanencia irregular de ciudadanos extranjeros. En estos términos:

Nuestro ordenamiento propio (LOEX) tipifica esa situación como infracción grave y le atribuye con carácter general la sanción de multa pecuniaria. Reserva el retorno forzoso, subsidiariamente, para supuestos agravados determinados conforme al principio de proporcionalidad.

La Directiva de Retorno, por el contrario, exige que los estados de la UE reaccionen frente a esas situaciones irregulares como regla general mediante una decisión de retorno y la subsiguiente expulsión, salvo que concurren circunstancias especiales de carácter humanitario, tasadas en la propia Directiva. Supuesto este último para el que la Directiva no prevé ninguna medida alternativa.

2ª.- El TJUE ha contrastado el régimen sancionador español con el europeo en cuatro sentencias sucesivas, de fechas respectivas 22 de octubre de 2009 (Zurita), 23 de abril de 2015 (Zaizoune), 8 de octubre de 2020 (MO) y 3 de marzo de 2022 (UN), en respuesta a cuestiones prejudiciales planteadas por distintos órganos judiciales.

A la vista de dichos pronunciamientos, a día de hoy en España las dos posiciones confrontadas asumen y comparten, como denominador común, que **la Administración no puede sancionar directamente con la expulsión las situaciones de permanencia irregular de extranjeros sin agravantes.**

Esa posición común se alcanza tanto si se considera que la LOEX es incompatible con la Directiva de Retorno (STJUE de 23/04/2015 -Zaizoune-), al **carecer** esta última **de efecto directo en relaciones verticales inversas** (STJUE de 08/10/2020 -MO-); como si se acepta que se pueden compatibilizar mediante una interpretación conforme (STJUE de 03/03/2020 -UN- y STJUE de 22/10/2009 -Zurita-, si bien esta última referida al código de fronteras Schengen).

3ª.- Al margen de ese punto inicial de consenso, se plantea un primer nivel de discrepancia en la **interpretación del Derecho español.**

Tal y como se expuso en epígrafes anteriores, desde la entrada en vigor de la LOEX tanto la Administración como la práctica totalidad de los TSJ de España asumieron que **tras una primera sanción de multa**, acompañada de un requerimiento de salida voluntaria, se podía tramitar **un segundo expediente sancionador** que concluyese con una resolución de **expulsión**, si el extranjero persistía prolongadamente en su situación irregular. La imposición de una multa anterior se consideraba circunstancia negativa, agravante de la permanencia irregular.

Sin embargo el Tribunal Supremo, en sus últimas sentencias citadas, ha reinterpretado la LOEX concluyendo que, en realidad, no permite que tras la sanción de multa, incumplido el requerimiento de salida voluntaria, se incoe otro procedimiento sancionador que concluya con la expulsión del extranjero.

Esta novedosa interpretación de la LOEX supone que la imposición de la sanción de multa enerva, en la práctica, la obligación de salida de España del extranjero en situación irregular, al impedir su imposición forzosa (que sólo se puede formalizar mediante una resolución de expulsión). Este criterio imposibilita conciliar o compatibilizar nuestro ordenamiento interno con la Directiva de retorno.

El Tribunal Supremo es el máximo intérprete del Derecho español y a su jurisprudencia habremos de atenernos. No obstante, al haberse admitido a trámite recientemente varios recursos de casación sobre esta específica cuestión, existe todavía la posibilidad de que evolucione en otro sentido.

En realidad el texto literal de la LOEX sólo prohíbe la imposición conjunta (simultánea), en una misma resolución, de las sanciones de multa y expulsión. Su interpretación gramatical, sistemática y finalista no puede llevar a la conclusión de que la mera multa pecuniaria “regularice” al extranjero, ni que impida que posteriormente transcurrido un tiempo sin haber obtenido la autorización de residencia, ni cumplida su obligación de salida voluntaria, se tramite un nuevo procedimiento que concluya con la expulsión. Con la segunda sanción de expulsión no se vulnera el principio de “non bis in ídem”, porque toma en consideración hechos o circunstancias nuevos que agravan la situación irregular inicial (artículos 29.2 y 29.3.b/ Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público). Para facilitar la comprensión de este razonamiento, tómesese como ejemplo el supuesto de un conductor que en un recorrido de 100 km por una misma carretera supera constantemente la velocidad máxima permitida. En el pk 10 un cinemómetro detecta la infracción, un Agente de Tráfico le notifica en el acto la denuncia y le recuerda el límite de velocidad de esa carretera. El conductor reinicia la marcha y continúa a la misma velocidad excesiva, desatendiendo los límites de las señales. En el pk 50 pasa por otro cinemómetro y se formula frente a él una segunda denuncia. Obviamente ese conductor será sometido a dos expedientes sancionadores sucesivos, por la comisión del mismo tipo de infracción, sin que por ello se vulnere el principio de “non bis in ídem”. Lo mismo ocurre en estos supuestos con la infracción grave regulada en el artículo 53.1.a) LOEX.

4ª.- El segundo nivel de discrepancia se refiere a la proscripción, establecida en la última jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la **sanción de multa** tipificada en el artículo 55.1.b) LOEX.

Según el Alto Tribunal la imposición de esa multa impide, definitivamente, que el extranjero irregular sea más adelante sancionado con la expulsión. De manera que la multa representa una gran ventaja para éste, pues le “inmuniza” frente a una ulterior expulsión. Siendo ello así, habiendo aceptado el TS la improcedencia del “efecto vertical inverso” de la Directiva, no se acaban de comprender las razones por las que no se puede ya imponer en España esa sanción pecuniaria conforme a la vigente legislación interna.

5ª.- El último criterio jurisprudencial genera **nuevas incógnitas**.

Así, por ejemplo, ¿En qué situación queda el extranjero, si no se regulariza ni regresa voluntariamente a su país? ¿Ya no se le podría expulsar nunca?.

¿Cómo ha de concluirse el expediente sancionador por infracción del artículo 53 1 a/ LOEX cuando tras su instrucción se constata la inexistencia de agravantes? ¿Con una resolución de sobreseimiento que incluya un requerimiento expreso de salida voluntaria?. Esa acto, de naturaleza

meramente declarativa, que se limitaría a comunicarle al extranjero que se ha detectado su situación irregular y que la LOEX y el REX le obligan a abandonar España en un plazo determinado, ¿puede considerarse resolución administrativa definitiva, impugnabile? ¿Podría tomarse como circunstancia negativa o agravante en un ulterior expediente sancionador de expulsión?.

6ª.- Si se llega a admitir que la LOEX no prohíbe la incoación de un nuevo expediente sancionador frente al inmigrante en situación irregular que persiste en ella tras una primera sanción de multa (incumpliendo el requerimiento de salida voluntaria notificado con ella), se puede concluir sin dificultad, como el TJUE en sus sentencias de 3 de marzo de 2022 (UN) y 22 de octubre de 2009 (Zurita), que **cabe una interpretación conforme de nuestro Derecho interno con el de la Directiva de retorno**. Considerándose los siguientes factores:

- Tanto la LOEX como la Directiva priman la salida voluntaria (sin prohibición de entrada) sobre la expulsión compulsiva (con prohibición de entrada) cuando no concurren agravantes.

- La Directiva es compatible con sistemas nacionales que califican la permanencia irregular como infracción penal o administrativa con sanciones distintas de la expulsión, que respeten su “efecto útil” (así se indica expresamente en la reciente S TJUE UN).

- La Directiva (artículo 8.3) permite que la “expulsión se formalice mediante un acto administrativo diferenciado de la decisión de retorno. No prohíbe que cada uno de esos actos sea precedido de su propio procedimiento.

- La Directiva no impide que la decisión de retorno se adopte en dos fases sucesivas, adquiriendo ejecutividad el requerimiento de salida voluntaria en la segunda.

- Los plazos establecidos en la LOEX para reponer la legalidad no menoscaban el efecto útil de la Directiva. Si el segundo expediente sancionador se tramita por el cauce preferente, la sanción de expulsión podrá llevarse a la práctica con la deportación forzosa del extranjero desde el mismo momento de su notificación. Si se tramita por el cauce ordinario, la sanción de expulsión será también eficaz y ejecutiva, debiéndose aguardar únicamente el breve plazo de salida voluntaria establecido en el artículo 63 bis LOEX (que podría ser de 7 días) para poder efectuar la deportación forzosa.

7ª.- La otra posición, contraria a esta interpretación conforme, lleva al sistema a un callejón sin salida, con un resultado práctico mucho más perjudicial para el “efecto útil de la Directiva.

Precisamente por ello el TJUE, en su última sentencia de 3 de marzo de 2022 (UN), avaló la cuestión prejudicial planteada en ese sentido por el Juzgado Cont.-Ad. 1 de Pontevedra. Entre las distintas alternativas posibles a día de hoy en España es la que en mayor medida garantiza el principio de seguridad jurídica y el cumplimiento de los fines de la Directiva de retorno.

8ª.- Por último, esta interpretación conforme no releva al Estado español de su deber de modificar el derecho interno para mitigar esta problemática. En particular para dejar claro que tras la sanción de multa cabe otra de expulsión; para definir con una mínima precisión las circunstancias negativas o agravantes que podrían determinar directamente la sanción de expulsión; para redefinir los plazos de salida voluntaria; y para regular los supuestos y régimen jurídico aplicable a quienes la propia Directiva de retorno considera “inexpulsables”.

VIII.- BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

ARRESE IRIONDO, M.N. “*La problemática jurídica de las situaciones irregulares. La expulsión como sanción a la situación irregular*”. Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, núm. 25/2010.

BARNARD, C., PEERS, S., *European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

COMINGES CÁCERES, F. D. “*Los efectos de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015 (Zaizoune) en el régimen administrativo sancionador de las situaciones de residencia irregular*”. Revista de Derecho Migratorio y Extranjería núm. 43/2016.

GONZÁLEZ SAQUERO, P. “*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 núm. 55/2015.

NAVARRO AGUELO, P. y GRANERO SÁNCHEZ, H.V. “*Estancia irregular: multa vs expulsión. El estado de la cuestión tras la STJUE de 8 de octubre de 2020 (As. Mo.)>>*”. Revista de Derecho Migratorio y Extranjería núm. 56/2021

PLEITE GUADAMILLAS, F. “*¿La expulsión del ordenamiento jurídico de la multa como sanción por estancia irregular?*”. Actualidad Administrativa, núm. 5, mayo 2022.

“*La proporcionalidad de la medida de expulsión*”. Actualidad Administrativa, núm. 9, 2021.

QUINTANA CARRETERO, J.P. “*Los extranjeros en situación irregular: expulsión o impunidad*”. Revista de Jurisprudencia núm. 16, abril 2021. Ed. Lefevre el Derecho. pp. 22 y ss.

RODRÍGUEZ CANDELA, J.L. y LANCHA MUÑOZ, M. “*Multa vs. Expulsión en el derecho de extranjería español frente a la estancia irregular, antes y después de la directiva de retorno*”. Ed. Sepin. Oct. 2015.

TOLOSA TRIBIÑO, C. “*Extranjeros en situación irregular, ¿expulsión o multa? El fin de una polémica.* Revista de derecho migratorio y extranjería núm. 49, 2018.