

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-****TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 38/2019, de 21 de enero de 2019

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 4856/2017

**SUMARIO:**

**Extranjería. Expulsión.** Nacional de marruecos que solicita la sustitución de la sanción de expulsión por la de multa, alegando infracción del principio de proporcionalidad al imponer la sanción más grave. Se ha de dictar una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en el territorio nacional, sin perjuicio de las excepciones contempladas legalmente. El examen de la concurrencia de tales excepciones y supuestos de no devolución no puede plantearse como criterio de motivación y proporcionalidad para determinar la aplicación alternativa de la sanción de expulsión o la pecuniaria, lo que resultaría contrario al Derecho comunitario, sino que operan, al margen de la decisión de retorno, como tales excepciones a la procedencia de la expulsión, cuando se aprecia su concurrencia en el procedimiento correspondiente. En tal caso no se dictará ninguna decisión de retorno y, de haberse dictado, se revocará o suspenderá. **Improcedencia de la imposición de las sanciones de multa y expulsión.** Se ha de imponer bien una sanción de multa o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí, de manera que no cabe invocar y valorar las concretas circunstancias concurrentes en el interesado para proceder a sustituir la expulsión procedente e imponer como alternativa la sanción de multa. 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, se impone, 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, al transporte físico del interesado fuera del Estado. Tanto del deber de lealtad de los Estados miembros de la Unión Europea como de las exigencias de eficacia, se deriva que la obligación impuesta a los Estados miembros de proceder a la expulsión debe cumplirse lo antes posible. Aplicación de la doctrina contenida en la STJUE de 23 de abril de 2015 (Asunto C-38/14, Samir Zaizoune –NCJ059709–).

**PRECEPTOS:**

Directiva 2008/115/CE (Retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular), arts. 4.2 y .3, 5, 6 y 8.1.

Ley Orgánica 4/2000 (Derecho y Libertades de los extranjeros en España), arts. 28.4, 31.3, 53.1, 55.1 y 57.1 y .3.

RD 557/2011 (Rgto. de la Ley Orgánica 4/2000), art. 24.1 y 2.

**PONENTE:**

*Don Octavio Juan Herrero Pina.*

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 38/2019

Fecha de sentencia: 21/01/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 4856/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 15/01/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA CON/AD

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

Transcrito por: MSP

Nota:

R. CASACION núm.: 4856/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

## SENTENCIA

Excmos. Sres.

D. Jose Manuel Sieira Miguez, presidente

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Juan Carlos Trillo Alonso

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Cesar Tolosa Tribiño

D. Francisco Javier Borrego Borrego

En Madrid, a 21 de enero de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 4856/2017, interpuesto por el abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la Administración del Estado, contra la sentencia de 25 de abril de 2016, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada), que estima el recurso de apelación 281/16 interpuesto contra la sentencia de 22 de diciembre de 2015, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de Almería, que tiene por objeto la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Almería de 26 de agosto de 2014, por la que se acuerda la expulsión de D. Germán por estancia

irregular en España. Ha sido parte recurrida D. Germán representado por el procurador D. Ignacio Cuadrado Ruescas y defendido por el letrado D. Antonio Oteiza Fernández-Llebrez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Primero.**

La sentencia de 25 de abril de 2016, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) en el recurso de apelación 281/16 , estima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 22 de diciembre de 2015, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de Almería en el recurso 1017/14 , que desestima el recurso interpuesto contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Almería de 26 de agosto de 2014 por la que se acuerda la expulsión de D. Germán , con prohibición de entrada por tres años, en aplicación de lo dispuesto en el art. 53.1.a) LOEX.

La sentencia de apelación, después de examinar la jurisprudencia anterior sobre la aplicación y alcance del art. 53.1. a) de la Ley Orgánica 4/2000 , a efectos de aplicación de la sanción de expulsión o multa, se refiere al cambio de la situación en razón de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015, que, al contrario de dicha jurisprudencia, considera como sanción principal la de expulsión y secundaria y excepcional la de multa. Entiende y razona la Sala de instancia la aplicación y eficacia directa del Derecho comunitario y en su virtud resuelve estimando el recurso de apelación y revocando la sentencia recurrida, con estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto por el extranjero en la instancia, anulando la resolución administrativa que acordaba la expulsión y fijando como sanción la multa de 501 euros.

### **Segundo.**

Una vez notificada la sentencia, por el abogado del Estado se presentó escrito de preparación de recurso de casación, en los términos previstos en el art. 89 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción , en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/1015, que se tuvo por preparado por auto de 21 de septiembre de 2017, ordenando el emplazamiento de las partes ante esta Sala de Tribunal Supremo, con remisión de los autos y de expediente administrativo.

En dicho escrito se invocaba la concurrencia de los supuestos de casación previstos en el art. 88.2.a), b), c ) y f) de la Ley jurisdiccional .

### **Tercero.**

Recibidas las actuaciones y personadas las partes, por la Sección Primera de esta Sala se dictó auto de 26 de enero de 2018 admitiendo el recurso de casación preparado, al apreciar interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los términos alegados por el recurrente, y declarando que las cuestiones planteadas en el recurso, que presentan interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, consisten en determinar: "A) en qué medida la normativa de derecho interno sobre la que ha versado el debate -en particular, el artículo 57.1 en relación con los artículos 53.1.a ) y 55.1.b) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero , sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social- y la jurisprudencia que sobre tales normas se había establecido, debe entenderse modulada por la regulación sobre retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular contenida en el Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, a la vista del fallo de la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) dictada el 23 de abril de 2015 en el asunto C-38/14 .B) si puede el órgano jurisdiccional, en aplicación directa del art. 6.4) de la referida Directiva, sustituir la expulsión por la sanción de multa por considerar que en el caso enjuiciado concurren circunstancias humanitarias, tal como recoge el precepto.". Se identifican en dicho auto como normas que, en principio, deben ser objeto de interpretación: el art. 57.1 en relación con los arts. 53.1.a ) y 55.1.b) de la Ley Orgánica 4/2000 , de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

**Cuarto.**

Abierto el trámite de interposición del recurso, se presentó el correspondiente escrito, con exposición razonada de las infracciones que denuncia y precisando el sentido de las pretensiones que deduce y los pronunciamientos que solicita, terminando con la petición de anulación de la sentencia recurrida y que se dicte otra confirmando la legalidad de la resolución administrativa impugnada.

**Quinto.**

Dado traslado para oposición a la parte recurrida, presentó escrito argumentando en contra del planteamiento del recurso y solicitando su desestimación y la confirmación de la sentencia impugnada.

**Sexto.**

Por providencia de 18 de octubre de 2018, no considerándose necesaria la celebración de vista, se señaló para votación y fallo el día 15 de enero de 2019, fecha en la tuvo lugar.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO****Primero.**

La sentencia recurrida refiere sintéticamente el planteamiento del recurso de apelación indicando que el apelante, nacional de Marruecos, que ya pidió en su demanda la sustitución de la sanción de expulsión por la de multa, fundamenta su recurso de apelación, en síntesis, en la interdicción de la arbitrariedad de la actuación de los poderes públicos, en el error en la valoración de la prueba, en la falta de motivación y en la infracción del principio de proporcionalidad, al imponer la sanción más grave de expulsión en lugar de la de multa. Añade que la sentencia apelada, para desestimar el motivo sustentado en la inaplicación de la sanción de multa en lugar de la de expulsión por la comisión de la precitada infracción grave, argumenta, en su fundamento jurídico segundo, encontrarse el extranjero indocumentado y no constar ni el lugar ni el momento de su entrada en España, sin que haya procedido a realizar algún trámite para permanecer en territorio nacional de forma legal. Resalta, además, como datos negativos que, en virtud de resolución de 5 de diciembre de 2012, se acordó la sustitución de la expulsión por multa y que le fue denegada la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales en virtud de resolución de 22 de septiembre de 2011.

En respuesta a ese planteamiento la Sala de instancia, después de examinar la jurisprudencia anterior sobre la aplicación y alcance del art. 53.1. a) en relación con el 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000, a efectos de aplicación de la sanción de expulsión o multa, se refiere al cambio de la situación en razón de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015, que, al contrario de dicha jurisprudencia, considera como sanción principal la de expulsión y secundaria y excepcional la de multa. Entiende y razona la Sala de instancia la aplicación y eficacia directa del Derecho comunitario y en su virtud resuelve en los siguientes términos: "no es necesario esperar a la derogación del susodicho artículo 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000, pues, a tenor de lo expuesto, la Sala debe hacer inaplicación del mismo, y, en todo caso, cabe que, en aplicación del principio de interpretación conforme al Derecho Comunitario de la normativa interna (sentencia Van Munster, de 5 de octubre de 1994 -C-195/1991- y la sentencia Marleasing, C-106/1989, de 13 de noviembre de 1990), la administración o los jueces españoles reserven la aplicación de la multa o consideren procedente la expulsión cuando se verifique alguna de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5 del art. 6.1 de la Directiva "Decisión de Retorno": posesión de autorización de estancia expedido por otro Estado miembro; asunción del extranjero por otro Estado miembro; "razones humanitarias o de otro tipo" que lleven a conceder un permiso de residencia autónomo u otra autorización"; suspensión del procedimiento de expulsión si está pendiente la renovación del permiso de residencia u otra autorización.

Pues bien, el examen del expediente administrativo revela que, conforme al nuevo criterio impuesto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la sanción con expulsión del extranjero por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 53.1 a) de la Ley Orgánica 4/2000, no se conforma con la denominada "Directiva de Retorno",

ya que sí aparece acreditado que el extranjero está incurso en alguna de las excepciones enumeradas en los apartados 2 a 5 del artículo 6.1 de la misma, concretamente en la contemplada en el apartado 4. En efecto, el citado apartado 4 no sólo prevé que se pueda autorizar la estancia en nuestro país por razones humanitarias, sino que, con un cierto grado de discrecionalidad, remite a la concurrencia de razones "... de otro tipo", en cuya hipótesis podemos subsumir el hecho de que el extranjero cuya expulsión se decretó por la Administración reside en España, al menos, desde el año 2007, existiendo otras circunstancias que enervan el hecho negativo de hallarse, en la actualidad, de forma irregular en nuestro país, como es el hecho de que ya que, anteriormente, se le hubiese denegado una autorización de residencia por arraigo solicitada por el recurrente, lo que contradice la afirmación de la Juez a quo de que el extranjero no hubiese iniciado trámite alguno para regularizar su situación en España, aparte del arraigo familiar que, indudablemente, tiene, al convivir con sus padres y cuatro hermanos. Sus progenitores y dos sus hermanos cuentan con permiso de residencia, excepto la hermana menor, que es de nacionalidad española.

La Sala tiene que poner de manifiesto que el estar indocumentado -lo que no ocurre en el caso enjuiciado, ya que el extranjero está en posesión de pasaporte- o desconocerse el momento y el lugar en que entró en territorio español, como reiteradamente ha declarado, no pueden reputarse como hechos negativos, al ser esas situaciones, prácticamente, predicables de cualquier extranjero que carece de la documentación necesaria para residir en territorio nacional.

En definitiva, la Administración, al elegir como sanción la expulsión en lugar de la de multa, infringió el principio de proporcionalidad, al no compadecerse con lo normado en la indicada Directiva, por las razones anteriormente expuestas, por lo que procede la estimación del recurso de apelación, la revocación de la sentencia apelada y la anulación de la resolución impugnada, estimándose más justa y ponderada la sanción de multa en su grado mínimo, 501,00 €, prevista en el artículo 55.1 b) de la Ley Orgánica 4/2000 para las infracciones graves, al no constar circunstancias agravantes en los hechos sancionados, sin que, por otra parte, se estime necesario retrotraer las actuaciones al momento del dictado de la resolución sancionadora para que la Administración individualice la sanción, pues, y más en supuestos como el enjuiciado, como señala la sentencia de la Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de fecha 17 de marzo de 2005 (recurso de casación número 3047/2001 ; ponente, Excm.a Sra. Doña Margarita Robles Fernández; ref. EDJ 2005/47085), con cita de la más reciente jurisprudencia, (valgan por todas la Sentencia de 15 de octubre de 2001 (recurso de casación 5899/97 ), en aplicación del principio de economía procesal, <<...no puede haber una "aceptación ciega e incondicionada" de la característica revisora de la jurisdicción contencioso administrativa, de tal forma que cuando, como en el caso de autos, hay elementos de juicio suficientes y determinados para resolver sobre el fondo de la cuestión debatida, puede la Sala sentenciadora entrar a resolver sobre el mismo, sin necesidad de devolución de las actuaciones a la Administración. Al haber procedido en esos términos el Tribunal "a quo", es evidente que ha actuado con arreglo a derecho>> .

Razones, todas las cuales, culminan en la estimación del recurso de apelación, en la revocación de la sentencia recurrida y en la del recurso contencioso-administrativo interpuesto por el extranjero en la instancia."

## Segundo.

No conforme con ella, el abogado del Estado prepara recurso de casación, identificando como norma infringida el art. 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000 y la concurrencia de los supuestos de casación previstos en el art. 88.2.a), b), c ) y f) de la Ley jurisdiccional .

Por auto de la Sección Primera de esta Sala de 26 de enero de 2018 , se admitió a trámite el recurso, al apreciar interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los términos alegados por el recurrente, y declarando que la cuestión planteada en el recurso, que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, consiste en determinar: "A) en qué medida la normativa de derecho interno sobre la que ha versado el debate -en particular, el artículo 57.1 en relación con los artículos 53.1.a ) y 55.1.b) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero , sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social- y la jurisprudencia que sobre tales normas se había establecido, debe entenderse modulada por la regulación sobre retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular contenida en el Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, a la vista del fallo de la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) dictada el 23 de abril de 2015 en el asunto C-38/14 .B) si puede el órgano jurisdiccional, en aplicación directa del art. 6.4) de la referida Directiva, sustituir la expulsión por la sanción de multa por considerar que en el caso enjuiciado concurren circunstancias humanitarias, tal como recoge el precepto." Se identifican en dicho auto como normas que, en principio, deben ser

objeto de interpretación: el art. 57.1 en relación con los arts. 53.1.a ) y 55.1.b) de la Ley Orgánica 4/2000 , de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

En el escrito de interposición del recurso se razona que, frente a la tesis de la sentencia recurrida en el sentido de que en aplicación del art. 6.4 de la Directiva 2008/115/CE , de 16 de diciembre, procede sustituir la expulsión acordada por la sanción de multa, la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015, viene a confirmar la improcedencia de la elección entre las sanciones de multa y expulsión y que, interpretada correctamente, hubiera llevado a la Sala de instancia a declarar procedente la expulsión y no la sanción de multa por la que la sustituyó. Añade, por lo que se refiere a la aplicación del referido art. 6.4 de la Directiva, con reproducción de la STSJ de Castilla y León de 16 de febrero de 2017, que la posibilidad de autorización excepcional de residencia por razones humanitarias o de arraigo ya se recogían en el art. 31.3 de la LO 4/2000 , para lo cual no es obstáculo la situación de estancia irregular, pero en el caso no se trata de una resolución al respecto sino de la expulsión por estancia irregular y en ningún momento es objeto de recurso un procedimiento sobre concesión o denegación de permiso excepcional de esas características.

Se opone al recurso la representación procesal del interesado alegando que la Sala a quo es conocedora de la normativa y jurisprudencia europea y que resulta evidente que, al resolver en el sentido que lo hace, está modulando la interpretación de los arts. 57.1 , 53.1.a ) y 55.1.b) de la LO 4/2000 , con arreglo a la Directiva y jurisprudencia europea, por lo que entiende la parte que el criterio de la Sala de instancia es conforme con dicha normativa y jurisprudencia comunitaria. Argumenta sobre el criterio sostenido en las sentencias invocadas del TSJ de Madrid y señala que, de estimarse la petición del abogado del Estado, se vería notablemente perjudicado al no valorarse sus circunstancias especiales.

### Tercero.

Planteado en estos términos el recurso de casación, procede, de conformidad con lo establecido en el art. 93.1 de la Ley jurisdiccional , iniciar su resolución, atendiendo a las cuestiones que se suscitan en el auto de admisión, resolución que viene determinada por el alcance que haya de darse a la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015 en cuanto a las normas aplicables y su interpretación.

Esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto en sentencia de 12 de junio de 2018 (rec 2958/17 ), contemplando un supuesto semejante, cuyos razonamientos hemos de reproducir en cuanto dan respuesta a la controversia que aquí se plantea.

Pues bien, la sentencia del TJUE, que responde a una cuestión prejudicial planteada por el TSJ del País Vasco, comienza señalando que: "con objeto de responder de forma útil al tribunal remitente, procede entender 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. 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."

El enunciado de la cuestión prejudicial se refiere a la incompatibilidad entre la sanción económica y la sanción de expulsión, lo que se recoge de manera expresa en el art. 57.3 de la LO 4/2000 , según el cual, "en ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa", previsiones que se recogen en la STJUE y ante la invocación del art. 28.4 de la LO 4/2000 en relación con el art. 24.1 y 2 del RD 557/2001 , que establecen la salida obligatoria a falta de autorización, dicho TJUE señala en su fundamento 33, 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.

Y ante el planteamiento que entendía amparada la normativa española en la consideración de una normativa más favorable para el nacional de un tercer país o en la facultad de los estados miembros de establecer excepciones, al amparo de la Directiva 2008/115/CE, la propia sentencia del TJUE responde expresamente a tal planteamiento en los siguientes fundamentos:

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 a los 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 Achughbadian, C-329/11, EU:C:2011:807, apartado 33 y jurisprudencia citada).

Resulta clara la postura mantenida por el TJUE sobre la normativa nacional aplicable, concluyendo, 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 Achughbadian, C-329/11, EU:C:2011:807, apartado 39).

En otras palabras, la sentencia del TJUE establece claramente la incompatibilidad de la normativa española examinada con la Directiva en cuanto, 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, de manera que no cabe invocar y valorar las concretas circunstancias concurrentes en el interesado para proceder a sustituir la expulsión procedente e imponer como alternativa la sanción de multa, o como se dice en la cuestión planteada en el auto de admisión, para moderar la exigencia del precepto aplicado y adoptar la decisión exclusiva de imposición de una multa.

Otra cosa es que, al margen de esa previsión legal del art. 53.1.a) en relación con el 57.1 de la LO 4/2000, que no se acomoda al Derecho comunitario, la regla general de efectiva expulsión en los supuestos de estancia irregular presente excepciones como es el caso del art. 6 de la citada Directiva, que regula la llamada "decisión de retorno", señalando:

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

2. A los nacionales de terceros países que se encuentren en situación irregular en el territorio de un Estado miembro y sean titulares de un permiso de residencia válido u otra autorización que otorgue un derecho de estancia

expedido por otro Estado miembro se les exigirá que se dirijan de inmediato al territorio de dicho Estado miembro. En caso de que el nacional de un tercer país de que se trate no cumpla esta exigencia, o si fuera necesaria su salida inmediata por motivos de orden público o de seguridad nacional, se aplicará el apartado 1.

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

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

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

A tales excepciones hay que añadir los supuestos de no devolución por interés superior del niño, vida familiar y estado de salud, que se regulan en el art. 5 de la Directiva, según el cual:

Al aplicar la presente Directiva, los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta:

- a) el interés superior del niño,
- b) la vida familiar,
- c) el estado de salud del nacional de un tercer país de que se trate, y respetarán el principio de no devolución.

Supuestos que permiten valorar en cada caso la situación particular del extranjero sujeto a la expulsión y su inclusión en alguno de los supuestos que propician la aplicación del principio de no devolución, pero que no constituyen elementos a valorar a efectos de ponderar la aplicación alternativa de la expulsión o la sanción de multa en atención al principio de proporcionalidad o, en otras palabras, el examen de la concurrencia de tales excepciones y supuestos de no devolución no puede plantearse como criterio de motivación y proporcionalidad a modo de la jurisprudencia anterior a la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015, para determinar la aplicación alternativa de la sanción de expulsión o la pecuniaria, lo que resultaría contrario al Derecho comunitario, sino que operan, al margen de la decisión de retorno, como tales excepciones a la procedencia de la expulsión, cuando se aprecia su concurrencia en el procedimiento correspondiente. Así se pone de manifiesto en el supuesto previsto en el art. 6.4 (aplicado por la sentencia recurrida) cuando señala que en tal caso no se dictará ninguna decisión de retorno y, de haberse dictado, se revocará o suspenderá.

#### **Cuarto.**

Por todo lo expuesto y dando respuesta a las cuestiones que en el auto de admisión se consideran de interés casacional, ha de concluirse que, en primer lugar y como ya señalamos en la sentencia de 12 de junio de 2018, la interpretación de la Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, en atención a los pronunciamientos de la STJUE de 23 de abril de 2015, determina que la sanción aplicable a los extranjeros cuando hayan incurrido en las conductas tipificadas como graves en el apartado a) del artículo 53.1 de la Ley Orgánica 4/2000 consiste en decretar la expulsión, que, no obstante, podrá no llevarse a efecto cuando concorra alguno de los supuestos de excepción previstos en los apartados 2 a 5 del artículo 6 de la Directiva retorno o, en su caso, de los supuestos del art. 5 que propicien la aplicación del principio de no devolución. En segundo lugar, que tales supuestos de excepción, incluido el previsto en el art. 6.4 de la Directiva, no operan como criterios de ponderación o proporcionalidad a efectos de aplicar alternativamente y de manera sustitutoria la sanción de multa.

**Quinto.**

La interpretación de las normas que se acaba de establecer conduce a la estimación del recurso, en cuanto la Sala de instancia, interpretando el alcance de los términos "razones humanitarias y razones ..de otro tipo" a que se refiere el art. 6.4 de la Directiva, en relación con las circunstancias concurrentes en el interesado, concluye que "la Administración, al elegir como sanción la expulsión en lugar de la de multa, infringió el principio de proporcionalidad, al no compadecerse con lo normado en la indicada Directiva", planteamiento que reproduce la jurisprudencia que, según se ha expuesto, ha de entenderse superada tras la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015 y que tampoco responde a la naturaleza de las excepciones y supuestos de no devolución, que no constituyen elementos de valoración a efectos de determinación alternativa de la sanción de expulsión o multa sino, como ya hemos señalado, excepciones a la efectividad de la medida de expulsión del extranjero en situación irregular, excepciones que han de apreciarse a través del procedimiento correspondiente.

En el caso concreto de la excepción prevista en el art. 6.4, se prevé que un Estado miembro pueda, "en cualquier momento, decidir conceder a un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio un permiso de residencia autónomo u otra autorización que otorgue un derecho de estancia por razones humanitarias o de otro tipo. En este caso no se dictará ninguna decisión de retorno. De haberse ya dictado, se revocará la decisión de retorno o se suspenderá durante el periodo de validez del permiso de residencia o de otra autorización que otorgue un derecho de estancia", es decir, se trata de una resolución al margen de la decisión de retorno, que determina la revocación o suspensión de ésta última o que no se llegue a dictar, de manera que el control jurisdiccional se proyecta o tiene razón de ser cuando se produce una resolución administrativa sobre esos permisos o autorizaciones excepcionales o al menos su concesión hubiera sido suscitada en el correspondiente procedimiento, lo que en este caso no consta en modo alguno, planteándose su aplicación directamente por el Tribunal a quo y en un sentido que, como hemos indicado, no es el apropiado.

La estimación del recurso lleva a la revocación de la sentencia recurrida, dictada en apelación, manteniéndose la sentencia de primera instancia, que confirma la resolución administrativa impugnada.

**Sexto.**

No ha lugar a la imposición de las costas de este recurso al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes, de manera que, como determina el art. 93.4 de la Ley jurisdiccional, cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

**FALLO**

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Estimar el recurso de casación n.º 4856/2017, interpuesto por el abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la Administración del Estado, contra la sentencia de 25 de abril de 2016, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) en el recurso de apelación 281/16, que casamos y anulamos; y en su lugar confirmamos la sentencia de 22 de diciembre de 2015, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de Almería desestimando el recurso 1107/14, interpuesto contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Almería de 26 de agosto de 2014, que se declara conforme Derecho; con determinación sobre costas en los términos establecidos en el último fundamento de derecho.

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

Así se acuerda y firma.

Jose Manuel Sieira Miguez Octavio Juan Herrero Pina Juan Carlos Trillo Alonso  
Wenceslao Francisco Olea Godoy Cesar Tolosa Tribiño Francisco Javier Borrego Borrego

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Octavio Juan Herrero Pina, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como letrado de la Administración de Justicia, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.