

DECISIONES DE RETORNO CONTRA NACIONALES
DE TERCEROS ESTADOS QUE SE ENCUENTREN EN
SITUACIÓN IRREGULAR EN ESPAÑA: CONSECUENCIAS
DE LA (SUPUESTA) INCOMPATIBILIDAD DE LA LEY DE
EXTRANJERÍA CON LA DIRECTIVA 2008/115 Y DE SU
AUSENCIA DE EFECTO DIRECTO VERTICAL

RETURN DECISIONS TO THIRD-COUNTRY NATIONALS
ILLEGALLY STAYING IN SPAIN: CONSEQUENCES OF THE
(ALLEGED) INCOMPATIBILITY OF LAW 4/2000 WITH THE
DIRECTIVE 2008/115 AND THE LIMITS ON THE VERTICAL
DIRECT EFFECT OF DIRECTIVES

RAÚL LAFUENTE SÁNCHEZ

*Profesor Titular acreditado de Derecho internacional privado
Universidad de Alicante.*

ORCID ID: 0000-0002-0348-2530

Recibido: 23.12.2020 / Aceptado: 14.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5964>

Resumen: La decisión del TJUE en el asunto *Zaizoune*, ha provocado un cambio en la doctrina del Tribunal Supremo en materia de expulsión de ciudadanos de terceros Estados en situación irregular en España. Al aplicar el efecto directo de la Directiva 2008/115 el Tribunal Supremo considera procedente la expulsión de estos ciudadanos en lugar de aplicar la Ley de extranjería más beneficiosa para los mismos ya que permite imponer o bien una sanción de multa, o bien la expulsión. En este trabajo, se analizan las consecuencias de la supuesta incompatibilidad entre la norma española y la Directiva, así como de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo que choca frontalmente con la doctrina del TJUE que no reconoce el efecto directo vertical inverso de las directivas.

Palabras clave: situación irregular, nacionales de terceros países, decisión de retorno, ley 4/2000, directiva 2008/115, efecto directo vertical inverso.

Abstract: The *Zaizoune* Judgment of CJEU has led to a change in the Spanish Supreme Court doctrine on returning illegally staying third-country nationals. In applying the direct effect of Directive 2008/115, the Supreme Court considers the return of these citizens to be appropriate rather than applying the national law that is more beneficial to them, by imposing either a fine or removal. This paper analyses the consequences of the alleged incompatibility of the Spanish rules with the Directive, as well as the recent Spanish Supreme Court decisions that clashes head-on with the CJEU doctrine that does not recognize the reverse vertical direct effect of directives.

Keywords: illegally staying, third-country nationals, return decision, law 4/2000, directive 2008/115, reverse vertical direct effect.

Sumario: I. Planteamiento: el origen de la cuestión. II. Normativa aplicable a los ciudadanos de terceros Estados en situación irregular en España. 1. Disposiciones nacionales: la Ley de extranjería. A) ¿Obligación o facultad de expulsar a los ciudadanos de terceros Estados en situación irregular en España? B) Naturaleza jurídica del acto de expulsión. 2. Derecho de la Unión Europea. A) El Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen y el Código de fronteras Schengen (Reglamento 526/2006). B) La Directiva 2008/115. III. Jurisprudencia de los tribunales españoles en esta materia: proporcionalidad y motivación de la sanción. IV. Estado de la cuestión en la doctrina del TJUE. 1. Con anterioridad a la Directiva 2008/115. A) Sanción de multa por estancia irregular y su compatibilidad con el Derecho comunitario: los asuntos *Zurita García* y *Choque Cabrera*. 2. A partir de la aplicación de la Directiva 2008/115. A) ¿Es posible sancionar la estancia irregular con una multa que puede ser sustituida por la expulsión?: el asunto *Md Sagor*. B) ¿Son compatibles la sanción de multa y la expulsión?: el asunto *Zaizoune*. V. Aplicación de la doctrina *Zaizoune* por los tribunales españoles. 1. La controvertida interpretación defendida por el Tribunal Supremo. 2. El análisis llevado a cabo por los Tribunales Superiores de Justicia. VI. ¿El desenlace esperado? 1. El asunto *MO* y la ausencia de efecto directo vertical de la Directiva 2008/115. 2. Cuestiones prácticas derivadas de la Sentencia *MO*. A) ¿Se puede invocar ante los tribunales españoles la aplicación de la Directiva 2008/115? B) En su defecto, ¿pueden interpretar los tribunales españoles la Ley de extranjería a la luz de la Directiva 2008/115? VII. A modo de conclusión: 1. Consecuencias jurídicas que puede provocar la incorrecta incorporación de la Directiva 2008/115 en el ordenamiento jurídico español. 2. ¿Y si la Ley de extranjería no fuese incompatible con la Directiva 2008/115?

I. Planteamiento: el origen de la cuestión

1. En el año 2011, con motivo de la decisión del TJUE en los asuntos acumulados *Zurita García* y *Choque Cabrera*¹, se planteaba si debían abandonar el territorio español los nacionales de terceros países que se encuentren en situación irregular².

En esta decisión, el TJUE tuvo oportunidad de analizar la compatibilidad de la normativa española con el derecho de la Unión Europea aplicable en los litigios principales y precisar el alcance de la sanción que puede imponerse a un nacional de un tercer país cuando carece de título para entrar o permanecer en España, es decir, si esa sanción podía limitarse a una multa o, por el contrario, si procedía imponer la expulsión de esas personas, así como la posible sustitución de la expulsión por la imposición de una multa.

Y, en ese contexto, examinaba si la normativa española - la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social³- era compatible con el Derecho de la Unión Europea vigente en la materia, es decir, el artículo 62 CE nº 1 y 2, letra a) y los artículos 5, 11 y 13 del Reglamento 562/2006 (Código de fronteras Schengen)⁴. Pues, aunque ya se había adoptado la Directiva 2008/115, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno

¹ STJUE, de 22 de octubre de 2009, en los asuntos acumulados C-261/08, *Zurita García* y C-348/08, *Choque Cabrera*, Rec. 2009 I-10143.

² *Vid.*, al respecto, mi trabajo, R. LAFUENTE SÁNCHEZ, “¿Deben abandonar el territorio español los nacionales de terceros países que se encuentren en situación irregular? (Reflexiones a partir de la sentencia del TJUE, de 22 de octubre de 2009, en los asuntos acumulados C-261/08, *Zurita García* y C-348/08, *Choque Cabrera*, REDE, nº 37, enero-marzo, 2011, pp. 111-134.

³ *Vid.*, los artículos 55 y 57.1 de la Ley de 11 de enero de 2000 (BOE nº 10, de 12 enero 2000) (en lo sucesivo, Ley de Extranjería). Esta Ley fue modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre de 2000 (BOE nº 307, de 23 diciembre 2000) y por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre de 2003 (BOE nº 279, de 21 noviembre 2003). El Reglamento de la Ley de extranjería fue desarrollado mediante el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre 2004 (BOE nº 6, de 7 enero 2005). Posteriormente, la Ley Orgánica 4/2000 fue reformada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre (BOE nº 299, de 12 diciembre 2009) (esta Ley está en vigor desde el día 13 de diciembre de 2009); y se adoptó el nuevo Reglamento de la Ley de extranjería mediante el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (BOE núm. 103, de 30 abril 2011) (en lo sucesivo, Reglamento de la Ley de extranjería) que derogó el Reglamento aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

⁴ Reglamento (CE) nº 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código Comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), (DOUE L 105 de 13 abril 2006)

de los nacionales de terceros países en situación irregular⁵, aún no había transcurrido el plazo concedido a los Estados para la incorporación en sus ordenamientos jurídicos nacionales⁶, que debía ser con posterioridad al momento en que se plantearon las resoluciones de expulsión (año 2006 y 2007) contra la Sra. Zurita García y el Sr. Choque Cabrera que dieron lugar al procedimiento prejudicial ante el TJUE.

II. Normativa aplicable a los ciudadanos de terceros Estados en situación irregular en España

1. Disposiciones nacionales: la Ley de extranjería

A) ¿Obligación o facultad de expulsar a los ciudadanos de terceros Estados en situación irregular en España?

2. La expulsión de nacionales de terceros estados que se encuentren en situación irregular en España viene regulada en la Ley de extranjería, en su Título III y bajo la rúbrica “De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador”⁷. Esta norma, distingue entre infracciones graves y muy graves que, en principio, estarán sancionadas con multa.

Sin embargo, dispone que en los supuestos en los que las infracciones graves o muy graves hayan sido realizadas por extranjeros podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa su expulsión del territorio español⁸.

Por lo tanto, hay que identificar aquellos hechos que pueden ser calificados como una infracción grave o muy grave para justificar la expulsión del extranjero del territorio español. En ese sentido, la Ley de extranjería dispone que tendrá la consideración de infracción grave la estancia irregular de ciudadanos de terceros Estados en nuestro territorio por carecer de autorización o tenerla caducada sin haber solicitado su renovación⁹.

3. Para graduar el tipo de sanción que corresponda en cada caso, además de la tipificación de la conducta del interesado, el órgano sancionador competente ha de ajustarse a “... *criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su transcendencia*”¹⁰.

4. Por otra parte, para intentar clarificar esta dualidad multa-expulsión, conviene recordar que entre los supuestos contemplados en la Ley de extranjería que prevén la salida obligatoria del territorio

⁵ *Vid.*, el artículo 20 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008 (DOUE L 348, de 24.12.2008). Además, esta Directiva sustituía las disposiciones de los artículos 23 y 24 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen. *Vid.* artículo 21 de la Directiva.

⁶ El artículo 20 de la Directiva 2008/115 dispone que los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones para cumplir lo establecido en la misma a más tardar, el 24 de diciembre de 2010 y, por lo que respecta al artículo 13, apartado 4, antes del 24 de diciembre de 2011. En España, dentro de ese plazo, se adoptó la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 299, de 12 diciembre 2009), con el fin de adaptarla a la Directiva de retorno. Además, esta norma incorporaba la doctrina desarrollada por el Tribunal Supremo sobre el principio de proporcionalidad y la notificación de las sanciones de expulsión. *Vid.*, el artículo 57.1 de esta norma.

⁷ *Vid.*, artículos 50 y ss. de la Ley de extranjería.

⁸ *Ibidem*, artículo 57.1, que reza así: “*Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción*”

⁹ *Ibidem*, artículo 53.1 a) en el que dispone que tendrá la consideración de infracción grave “*Encontrarse irregularmente en el territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente*”.

¹⁰ *Ibidem*, artículo 55.3 de la Ley de extranjería

español de los ciudadanos de terceros estados, se encuentra la “... *falta de autorización para encontrarse en España*”¹¹. Por lo tanto, la estancia de forma irregular en territorio español de un nacional de un tercer país podría conducir inexorablemente a su salida o expulsión si bien esta decisión dependerá, en última instancia, del órgano administrativo que adopte la resolución sancionadora. A mayor abundamiento, el Reglamento de la Ley de extranjería dispone que en las resoluciones administrativas que se dicten en los supuestos de falta de autorización para encontrarse en España habrá de advertirse a los interesados “... *de la obligatoriedad de su salida del país* ...”¹².

5. De este modo, cuando concurra alguno de estos supuestos, a pesar de que la sanción prevista en la Ley para las infracciones tipificadas como graves es una multa¹³, ésta podrá ser sustituida por la expulsión del extranjero del territorio español, si bien en ningún caso podrán imponerse ambas sanciones de forma conjunta, es decir, la multa y la expulsión¹⁴, como consecuencia de la naturaleza sancionadora de la expulsión y de la aplicación del principio *non bis in idem*¹⁵. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que la propia norma dispone una serie de situaciones en las que, excepcionalmente, no se podrá imponer la sanción de expulsión¹⁶.

6. Así, la sanción de multa prevista en la Ley de extranjería permite que, en un plazo razonable, el extranjero pueda regularizar su situación mediante la obtención del correspondiente visado o autorización de residencia pero, en caso de no hacerlo, no le exime de la obligación de abandonar el territorio español ya que la permanencia ilegal constituye una infracción administrativa continuada y, siendo así, la acción ilícita no cesa con la imposición de la multa sino con la regularización de su situación o con su salida del territorio nacional¹⁷. En definitiva, la multa pecuniaria conlleva la salida voluntaria del país en un plazo determinado salvo que se haya regularizado la situación irregular por parte del extranjero. Y, de no ser así, entonces se dictará la orden de expulsión (compulsiva).

B) Naturaleza jurídica del acto de expulsión

7. De acuerdo con la Ley de extranjería, el acto de expulsión como consecuencia de la estancia ilegal en España previa entrada de forma correcta reviste un carácter sancionador, por lo que la expulsión del territorio nacional podría ser calificada como una medida de naturaleza sancionadora¹⁸.

8. En este sentido, procede distinguir entre la expulsión -aplicable a los extranjeros que han entrado legalmente en España pero que, posteriormente, por dejar de cumplir las condiciones exigidas se encuentran en situación ilegal-, y la devolución -que implica la salida inmediata del país de aquellos extranjeros que hayan accedido al territorio español de manera ilegal-. En el primero de los supuestos,

¹¹ *Ibidem*, artículo 28.3.

¹² *Vid.*, artículo 24.1 del Reglamento de la Ley de extranjería.

¹³ Artículo 55 de la Ley de extranjería.

¹⁴ *Ibidem*, artículo 57.3.

¹⁵ En relación a la consideración de la expulsión como una sanción, *Vid.*, las STS de 27 diciembre 2000 (RJ 2000/9674); 16 octubre 2001 (RJ 2001/7948); 2 junio 2003 (RJ 2003/3786); y 4 mayo 2004 (RJ 2004/2990).

¹⁶ *Vid.*, artículo 57.5 de la Ley de extranjería.

¹⁷ *Ibidem*, artículo 28.3. que, en su apartado c) dispone que la salida de España será obligatoria en los supuestos de: “*Denegación administrativa de las solicitudes formuladas por el extranjero para continuar permaneciendo en territorio español, o falta de autorización para encontrarse en España*”. En la doctrina, *Vid.*, por todos, J. A. HURTADO MARTÍNEZ, “La sanción de expulsión sobre extranjeros en situación irregular y la filiación de menores”, *Actualidad administrativa*, La Ley, nº 9, Mayo-Agosto 2008, p. 8; F. J. TORRUBIA DAVID, “La extranjería desde el punto de vista de la administración periférica del Estado: autorizaciones y sanciones administrativas en materia de extranjería”, en *Extranjería*, Manuales de Formación Continua, nº 10, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 199 y ss.

¹⁸ C. TOLOSA TRIBIÑO, “Exigencia de motivación en materia de expulsión como medida alternativa a la sanción pecuniaria. La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2005”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 11, 2006, p. 165

tras la tramitación del correspondiente procedimiento procedería la expulsión y, en el segundo, sin necesidad de tramitar expediente sancionador alguno, la devolución¹⁹.

9. Sin embargo, y a pesar de lo señalado anteriormente, el Tribunal Supremo ha manifestado en su reiterada jurisprudencia que el acto de expulsión no constituye una sanción propiamente dicha sino la adopción de una medida limitativa de derechos consecuencia de la estancia ilegal de un ciudadano extranjero en territorio español²⁰.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional concibe la expulsión no como una pena sino como una sanción administrativa o medida restrictiva de derechos; de los derechos de residencia y libre circulación reconocidos en nuestra Constitución²¹.

2. Derecho de la Unión Europea

A) El Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen²² y el Código de fronteras Schengen (Reglamento 526/2006)²³

10. Sin lugar a dudas, la interpretación de algunos preceptos del Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen generaron en su momento algunos problemas al no establecer normas comunes en materia de retorno de los ciudadanos de terceros Estados que se encontrasen en situación irregular dentro del espacio Schengen. Al contrario, supeditaba la expulsión del ciudadano extranjero al cumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación nacional del Estado miembro donde hubiese sido aprehendido²⁴. Es decir, que los ciudadanos que hubiesen entrado en el territorio Schengen provistos del correspondiente visado podrían ser expulsados bajo las condiciones del derecho nacional del Estado parte que fuese a proceder a la mencionada expulsión.

Esta circunstancia, podía plantear disfunciones en la aplicación uniforme del derecho de la Unión Europea si se constataban divergencias importantes entre las condiciones establecidas por las diferentes legislaciones nacionales. Por ejemplo, cuando las garantías de los derechos fundamentales que todo proceso de expulsión debe respetar no fuesen equivalentes. Y, en ese caso, podría darse la paradoja de que los flujos migratorios se dirigiesen a aquellos estados más proteccionistas en materia de tutela judicial de los extranjeros expulsados o donde la normativa resultase más benévola para los inmigrantes²⁵.

11. A su vez, desde la entrada en vigor del Reglamento 526/2006 (Código de fronteras Schengen)²⁶, este ha venido coexistiendo con el Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, si bien derogaba algunas de sus disposiciones, en concreto, las referidas al cruce de fronteras interiores y exteriores²⁷. Por lo tanto, tampoco aportaba una solución satisfactoria el problema antes mencionado, a saber, la inexistencia de normas comunes en la Unión Europea sobre el retorno de los extranjeros.

¹⁹ Vid. el artículo 58 de la Ley de extranjería.

²⁰ Vid., entre otras, las STS de 7 abril 1997 (RJ 1997/2405); y 18 marzo 2002 (RJ 2002/1961). Respecto a la naturaleza jurídica del acto de expulsión, Vid., D. CUADRADO ZULOAGA, "La expulsión de extranjeros del territorio nacional", Actualidad administrativa, La Ley, nº 14, julio 2008, pp. 2-3.

²¹ Vid., las STC 25 noviembre 1997 (RJ 203/1997); y 31 enero 2000 (RJ 24/2000).

²² Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes (DOCE L 239, de 22 septiembre 2000)

²³ *Ut supra*, nota 4.

²⁴ El artículo 23.3 del Convenio de aplicación del Convenio Schengen señalaba: "... el extranjero será expulsado del territorio del Estado de la Parte contratante donde haya sido aprehendido, en las condiciones establecidas en el Derecho nacional de dicha Parte contratante. Si la aplicación de tal Derecho no permitiera la expulsión, la Parte contratante de que se trate podría permitir la estancia del interesado en su territorio..."

²⁵ R. LAFUENTE SÁNCHEZ, "¿Deben abandonar el territorio español ...", *loc. cit.*, p. 124.

²⁶ El 13 de octubre de 2006. Vid., el artículo 40 del Reglamento 526/2006.

²⁷ Derogaba los Capítulos I y II del título II referido a la supresión de controles en las fronteras interiores y circulación de personas. Vid. el artículo 39 del Reglamento 562/2006.

B) La Directiva 2008/115

12. Esta situación, sin embargo, se va a ver corregida a partir de la adopción de la Directiva 2008/115. A la vista de las dificultades existentes para establecer unas normas comunes sobre retorno por los Estados miembros, esta norma tiene como objetivo poner freno a esta situación mediante el establecimiento de una política eficaz de expulsión y repatriación basada en unas normas comunes que permitan armonizar las legislaciones de los Estados miembros en esta materia. Y establece una política efectiva de retorno para aquellas situaciones en las que los nacionales de terceros Estados se encuentren de manera irregular en el territorio de la Unión, en definitiva, que no cumplan las condiciones de entrada de conformidad con el Código de fronteras Schengen, salvaguardando los derechos fundamentales y la protección de los derechos humanos²⁸.

Para ello, al referirse a su relación con el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, la Directiva sustituye las disposiciones del mismo que representaban un obstáculo para alcanzar el objetivo de implantar una política de retorno común en todos los Estados miembros²⁹.

III. Jurisprudencia de los tribunales españoles en esta materia: proporcionalidad y motivación de la sanción

13. Como ya he señalado, tanto la Ley de extranjería cuanto su Reglamento disponen que en los supuestos en los que las infracciones graves o muy graves hayan sido realizadas por extranjeros podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, y que para graduar la correspondiente sanción el órgano competente ha de ajustarse a criterios de proporcionalidad.

14. Pues bien, la interpretación del requisito de proporcionalidad de la sanción no ha estado exenta de polémica debido, principalmente, a las diferentes líneas interpretativas marcadas por las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia durante los últimos años³⁰. Sin embargo, el TS procedió a clarificar y unificar esta interpretación señalando que en el sistema normativo de la Ley de extranjería la sanción principal aplicable a un extranjero con motivo de su estancia irregular en España era la de multa, pues así se deduce de su artículo 55.1 y de la propia literalidad del artículo 57.1 a los que antes me he referido.

Por el contrario, la expulsión, como sanción más grave y secundaria, ha de ser objeto de una motivación específica basada en el carácter reglado que reviste la potestad sancionadora de la Administración, y siempre que esta situación vaya más allá de la simple permanencia ilegal del extranjero en territorio español³¹. Y, en estos casos, corresponde a la Administración especificar “*las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y ... las circunstancias jurídicas o fácticas que concurran para la expulsión y prohibición de entrada, que es una sanción más grave que la de multa*”³².

15. De conformidad con esta jurisprudencia, corresponderá aplicar la sanción de expulsión en aquellos supuestos de especial gravedad donde se ponga de manifiesto la culpabilidad y el ánimo transgresor del extranjero, por ejemplo, por la ausencia de cualquier autorización y documentación que pu-

²⁸ *Vid.*, los Considerandos 2, 4, 5, 20 y 25, así como el artículo 1 de la Directiva 2008/115.

²⁹ Se trata de los artículos 23 y 24 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen. *Vid.* el artículo 21 de la Directiva 2008/115.

³⁰ Un buen elenco de las Sentencias y diferentes opiniones mantenidas por las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia se pueden encontrar en C. TOLOSA TRIBIÑO, “Exigencia de motivación en materia de expulsión ...”, *loc. cit.*, pp. 166-170.

³¹ R. LAFUENTE SÁNCHEZ, “¿Deben abandonar el territorio español ...”, *loc. cit.*, p. 126.

³² *Vid.*, al respecto, las STS 22 diciembre 2005 (RJ 2005/8138 y RJ 2005/7811); 27 enero 2006 (RJ 2006/143); 10 febrero 2006 (RJ 2006/536); 29 septiembre 2006 (RJ 2006/5642); 28 septiembre 2007 (RJ 2007/6060); 23 noviembre 2007 (RJ 2007/7881); 20 diciembre 2007 (RJ 2007/8566); 9 enero 2008 (RJ 2008/39); 24 junio 2008 (RJ 2008/3155); y 28 noviembre 2008 (RJ 2008/6172), entre otras.

diese acreditar su situación legal en España y, en definitiva, por el incumplimiento voluntario de las obligaciones legales que le impone la legislación de extranjería³³.

Consecuentemente, la expulsión como sanción (alternativa) a la multa procederá únicamente en aquellos casos en los que concurran circunstancias agravantes en las personas que han cometido una infracción grave. Teniendo en cuenta las condiciones exigidas a los nacionales de terceros países para entrar y disfrutar de una estancia que no exceda de tres meses en el territorio de un Estado miembro, entre los elementos negativos identificados por el TS para que puedan ser tomados en consideración como agravantes para justificar su posible expulsión se pueden citar los siguientes: la ausencia de documentación que facilite la identificación del interesado³⁴; la existencia de antecedentes policiales³⁵; la existencia de diligencias penales³⁶; la utilización de un documento a nombre de un tercero³⁷; la existencia de una orden de salida incumplida³⁸; o de una prohibición de entrada en territorio Schengen³⁹.

16. Junto a la aplicación del principio de proporcionalidad también se exige la motivación de la resolución sancionadora adoptada, consistente en indicar las razones en las que se basa la imposición de la sanción de expulsión como sanción más grave. Se impone, por tanto, un deber de motivación de forma expresa no siendo suficiente que la administración pueda elegir entre multa o expulsión. Al contrario, cuando no concurran otras circunstancias la Administración estará obligada a la imposición de la sanción principal, es decir, la pecuniaria⁴⁰.

Ahora bien, no es preciso que esta motivación conste en la resolución administrativa, pues bastará con que puedan apreciarse del expediente administrativo incoado los datos negativos sobre la conducta del interesado que puedan justificar la expulsión del mismo del territorio nacional⁴¹ ya que, de lo contrario, “*resultaría en exceso formalista despreciar esta motivación por el hecho de que no conste en la resolución misma, siempre que conste en el expediente administrativo*”, tal y como ha señalado el TS⁴².

17. En similares términos, se ha manifestado el TC afirmando que la elección entre multa o expulsión no es discrecional sino reglada. De este modo, considera que la ley establece unos presupuestos objetivos y subjetivos y unos criterios de aplicación, como los previstos en la Ley de extranjería, que la Administración habrá de tomar en consideración para determinar la imposición de la sanción de expulsión, concretando así el principio de proporcionalidad⁴³.

Pues bien, las garantías procesales reconocidas en la Constitución son igualmente aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores; garantías que incluyen el deber de motivación por

³³ D. CUADRADO ZULOAGA, “La expulsión de extranjeros ...”, *loc. cit.*, pp. 8-9

³⁴ *Vid.*, STS 23 octubre 2007 (RJ 2007/6962); 26 diciembre 2007 (RJ 2007/8567); y 31 enero 2008 (RJ 2008/267).

³⁵ *Vid.*, STS 22 diciembre 2005 (RJ 2005/8138); y 19 mayo 2006 (RJ 2006/3117).

³⁶ *Vid.*, STS 19 diciembre 2006 (RJ 2006/8219).

³⁷ *Vid.*, STS 31 enero 2006 (RJ 2006/280); y 25 octubre 2007 (RJ 2007/6969).

³⁸ *Vid.*, STS 22 febrero 2007 (RJ 2007/1230); y 25 octubre 2007 (RJ 2007/6969).

³⁹ *Vid.*, STS 4 octubre 2007 (RJ 2007/6676 y RJ 2007/6679).

⁴⁰ R. LAFUENTE SÁNCHEZ, “¿Deben abandonar el territorio español ...”, *loc. cit.*, p. 127.

⁴¹ *Vid.* las STS 22 diciembre 2005 (RJ 2005/8138); y 28 septiembre 2007 (RJ 2007/6060). *Cfr.*: C. TOLOSA TRIBIÑO, “Exigencia de motivación en materia de expulsión ...”, *loc. cit.*, p. 172, quien considera que si bien la resolución del TS, de 22 de diciembre de 2005, resulta *eficaz y jurídicamente práctica* no cumple, sin embargo, con la finalidad de dar a conocer al administrado el fundamento del acto que le interesa necesario para su posterior defensa y el ejercicio del derecho fundamental a la tutela efectiva.

⁴² *Vid.*, las STS 28 septiembre 2007 (RJ 2007/6060); 23 noviembre 2007 (RJ 2007/7881); 24 junio 2008 (RJ 2008/3155); y 28 noviembre 2008 (RJ 2008/6172).

⁴³ *Vid.*, por todas, las STC 20 diciembre 2007 (RJ 260/2007), FJ 4º; y 26 noviembre 2009 (RJ 212/2009), FJ 4º, donde señala: “... la imposición de la sanción de expulsión no depende de la absoluta discrecionalidad de la Administración, cuya actuación se encuentra condicionada, de una parte, por la existencia de una conducta tipificable como infracción grave (art. 53.a de la Ley Orgánica 4/2000) y, por otra, por la concurrencia de los criterios establecidos en la misma Ley ...”. *Cfr.*: M.I. RAMOS QUINTANA, “Extranjeros en situación irregular en España: derechos atribuidos, limitaciones a la libertad y medidas de carácter sancionador: la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 19, 2008, p.78, que cuestiona los presupuestos subjetivos que el TC entiende establecidos en la ley, así como los criterios para aplicar los mismos, concluyendo que “*el sistema deja abierta una puerta a actuaciones administrativas de dudosa adecuación a los principios constitucionales y se apoya en un deficitario control jurisdiccional de tales actuaciones*”.

lo que, como bien señala el TC, el “*deber de motivación en el ámbito sancionador incluye no solo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica sino también la sanción a imponer, pues solo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad*”⁴⁴.

En fin, por lo que al alcance del deber de motivación se refiere, el TC ha declarado que ha de incluir tanto la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica cuanto la sanción a imponer. Consiguientemente, la Administración está obligada a “*hacer expresas las razones por las que, valorando los criterios establecidos legalmente para la graduación de las sanciones, se opta en el caso concreto por la sustitución de la sanción de multa por la de expulsión*”⁴⁵.

IV. Estado de la cuestión en la doctrina del TJUE

1. Con anterioridad a la Directiva 2008/115

A) Sanción de multa por estancia irregular y su compatibilidad con el Derecho comunitario: los asuntos *Zurita García y Choque Cabrera*

18. Este litigio, traía causa de sendas cuestiones prejudiciales elevadas por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia a raíz de los recursos planteados contra dos sentencias desestimatorias que, a su vez, resolvían los recursos presentados contra las resoluciones adoptadas por las autoridades españolas en las que se expulsaba del territorio español a dos nacionales bolivianos, la Sra. Zurita y el Sr. Choque, y se les prohibía la entrada en el espacio Schengen por un período de cinco años. Tras haberse constatado que estas personas se encontraban en situación irregular en España, pues en ese momento no cumplían los requisitos de estancia, es decir, carecían de la prórroga de estancia o tenían caducada más de tres meses la autorización de residencia, se les imputaba la comisión de una falta grave que, de conformidad con la Ley de extranjería, daba lugar a su expulsión del territorio nacional.

19. A examinar la compatibilidad de la Ley de extranjería con las disposiciones de derecho comunitario vigentes en ese momento, el TJUE consideró que las autoridades españolas no estaban obligadas a expulsar a los nacionales de terceros Estados que se encontrasen en situación irregular en España porque el Derecho comunitario no preveía una obligación de expulsión para supuestos como los que se planteaban, al contrario, daba prioridad a la salida voluntaria de los nacionales de terceros Estados que se encontrasen en situación irregular en el territorio de la Unión Europea. Además, en un supuesto de expulsión, está tendría que hacerse en las condiciones y modalidades de expulsión previstas en la legislación nacional del Estado miembro implicado⁴⁶.

Por consiguiente, señalaba el TJUE que las disposiciones de Derecho comunitario no imponían a un Estado miembro la resolución de expulsión contra el nacional de un tercer Estado que se encontrase en situación irregular en dicho Estado miembro. Confirmando, así, la posibilidad de elección entre multa o expulsión⁴⁷.

20. Sin lugar a dudas, esta decisión ponía de manifiesto la compatibilidad de la normativa española con el Derecho de la Unión Europea, si bien en la misma no se analizaba la Directiva 2008/115 pues, aunque ya se encontraba en vigor cuando el TJUE pronunció su Sentencia, se había adoptado con posterioridad al momento en el que sucedieron los hechos que dieron lugar al planteamiento de las cuestiones prejudiciales.

⁴⁴ *Vid.*, las STC 26 enero 2009 (RJ 17/2009) FJ 2º; 15 junio 2009 (RJ 140/2009) FJ 3º; y 26 noviembre 2009 (RJ 212/2009), FJ 4º.

⁴⁵ STC 15 junio 2009 (RJ 140/2009), FJ 5º.

⁴⁶ *Vid.*, la STJUE *Zurita García y Choque Cabrera*, *cit.*, apartados 60 a 64.

⁴⁷ *Ibidem*, apartado 48.

21. De esta forma, las consecuencias que podían inferirse de esta sentencia eran las siguientes:

- a) Que la expulsión del nacional de un tercer país del territorio de un Estado miembro, con motivo de su estancia irregular en el mismo, venía impuesta por las autoridades nacionales del Estado miembro de referencia siempre que el afectado no hubiese podido refutar la presunción de no reunir las condiciones de duración de la estancia aplicables en el Estado miembro en cuestión.
- b) Que no podía establecerse una relación directa causa-efecto entre la estancia irregular del nacional de un tercer estado y su expulsión del territorio comunitario, pues las autoridades de los Estados miembros no tenían la obligación de expulsar de su territorio a los nacionales de terceros países que se encontrasen en situación irregular. Por el contrario, la sanción de expulsión de su territorio debía considerarse como una facultad que les concede el Derecho de la Unión Europea y que las autoridades nacionales podían ejercer tomando en consideración las circunstancias agravantes que concurriesen en cada caso.
- c) Que la normativa española de aplicación, la Ley de extranjería, se ajustaba al Derecho de la Unión Europea al permitir a las autoridades españolas imponer una multa al nacional de un tercer país que realice conductas tipificadas como muy graves como, por ejemplo, encontrarse en situación irregular en España, pudiendo sustituir esa sanción por una más grave cuál es la expulsión atendiendo al principio de proporcionalidad⁴⁸.

2. A partir de la aplicación de la Directiva 2008/115

A) ¿Es posible sancionar la estancia irregular con una multa que puede ser sustituida por la expulsión?: el asunto *Md Sagor*⁴⁹

22. Unos años después, estando ya en vigor la Directiva 2008/115, se elevó una cuestión similar ante el TJUE con ocasión de la detención en Italia del Sr. Sagor, ciudadano de Bangladesh que se encontraba en ese país en situación irregular ya que carecía de domicilio y permiso de residencia en Italia. En este caso, el Tribunal italiano, Tribunale di Rovigo, debía sancionar la situación irregular del Sr. Sagor con la pena establecida por el artículo 10 *bis* del Decreto Legislativo n° 286/1998⁵⁰ donde dispone que, salvo que los hechos sean constitutivos de un delito más grave, el extranjero que entre o permanezca en el territorio italiano incumpliendo las disposiciones de esa norma será sancionado con una multa.

Se dilucidaba en este caso la compatibilidad de la normativa italiana con la Directiva 2008/115 y, en particular, si la Directiva se oponía a una normativa como la italiana que sanciona la estancia irregular de nacionales de terceros países con la imposición de una multa que puede ser sustituida por una pena de expulsión o de arresto domiciliario⁵¹.

Porque de la redacción de la norma italiana se desprende que la imposición de la multa y la orden de expulsión administrativa no son incompatibles, de tal forma que, como señala el TJUE, la imposición de la pena de multa no impide la adopción de la decisión de retorno en consonancia con lo dispuesto en la Directiva 2008/115. Esta era, sin duda, la diferencia sustancial con la Ley de extranjería española cuando dispone que en ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa⁵², y que había sido objeto de interpretación en los asuntos *Zurita García y Choque Cabrera*.

⁴⁸ R. LAFUENTE SÁNCHEZ, “¿Deben abandonar el territorio español ...”, *loc. cit.*, pp. 132-134.

⁴⁹ STJUE de 6 diciembre 2012, asunto C-430/11, *MD Sagor*, ECLI:EU:C:2012:777.

⁵⁰ Decreto Legislativo 25 julio 1998, n. 286, Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero. (GU Serie Generale n.191 del 18-08-1998 - Suppl. Ordinario n. 139), en <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1998/08/18/098G0348/sg>

⁵¹ Recordemos la semejanza de esta disposición del Decreto Legislativo n° 286/1998 italiano con el artículo 57.1 de la Ley de extranjería.

⁵² Artículo 57.3 de la Ley de Extranjería.

23. Luego, el TJUE tuvo ocasión de aclarar algunos aspectos importantes en esta materia manifestando que el hecho de que la expulsión del ciudadano que se encuentre en situación irregular se efectúe en el marco de un procedimiento penal, tal y como establece la normativa italiana, no es contrario a lo dispuesto en la Directiva⁵³.

Asimismo, consideraba que tampoco la concesión de un plazo para que el interesado pudiese llevar a cabo su salida voluntaria del territorio italiano, en el que se encontraba en situación irregular, constituía una circunstancia incompatible con las disposiciones de la Directiva, pues esta norma prevé que los Estados miembros puedan abstenerse de conceder un plazo para la salida voluntaria⁵⁴.

Para concluir, que la imposición de una pena pecuniaria no ha de ser impedimento u obstáculo para que se pueda cumplir con el objetivo de la Directiva, a saber, llevar a cabo la decisión de retorno⁵⁵. Consecuentemente, señalaba que la Directiva 2008/115 “*no se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que sanciona la situación irregular de nacionales de países terceros con una pena de multa que puede ser sustituida por una pena de expulsión*”⁵⁶.

24. A mi modo de ver, la sustitución de la multa por la pena de expulsión que prevé la normativa italiana concuerda plenamente con lo dispuesto en la Directiva 2008/115 que permite a los Estados miembros dictar una decisión de retorno contra los nacionales de terceros Estados que se encuentren en situación irregular⁵⁷. Porque, tal y como declara el TJUE, la imposición de la multa no impide que pueda dictarse, al mismo tiempo, la orden de expulsión. Además, en este caso, la norma italiana podría interpretarse a la luz de la letra de las disposiciones de la Directiva que impone la decisión de retorno en casos de situación irregular.

Por el contrario, el problema podría plantearse si la imposición de la multa o la expulsión dependiesen de la apreciación de circunstancias agravantes como sucede en el caso de la Ley de extranjería, a saber, la concurrencia de elementos negativos para determinar la expulsión como sanción (alternativa) a la multa, pues en ese caso hay que optar por una u otra siendo ambas medidas excluyentes entre sí. Y, en el supuesto de optar por la imposición de la multa, no cabe duda de que podría plantearse una clara divergencia entre la normativa nacional y el objetivo perseguido por la Directiva, a saber, el retorno de las personas que se encuentren en situación irregular en el territorio de la Unión.

B) ¿Son compatibles la sanción de multa y la expulsión?: el asunto *Zaizoune*⁵⁸

25. Esta era la pregunta que se planteaba en una nueva cuestión prejudicial elevada por un órgano jurisdiccional español, en este caso, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, con el fin de aclarar la compatibilidad de la Ley de extranjería con la Directiva 2008/115.

El asunto *Zaizoune* traía causa de una cuestión prejudicial planteada a raíz del procedimiento administrativo de expulsión del territorio español, con la prohibición de entrada durante cinco años, incoado por las autoridades españolas contra este ciudadano marroquí al constatar su situación irregular en nuestro país de conformidad con lo dispuesto en la Ley de extranjería⁵⁹.

26. En la misma, el TJUE declaró que, de conformidad con los objetivos perseguidos por la Directiva 2008/115, es decir, el establecimiento de una política eficaz común de expulsión y repatriación del territorio de la Unión Europea, salvo en aquellos supuestos en los que sea de aplicación alguna de las

⁵³ STJUE *MD Sagor*, *cit.*, apartado 39.

⁵⁴ *Vid.* el artículo 7 de la Directiva 2008/115, y la STJUE *MD Sagor*, *cit.*, apartados 40 y 41.

⁵⁵ STJUE *MD Sagor*, *cit.*, apartado 36.

⁵⁶ *Ibidem*, apartado 47.

⁵⁷ *Vid.*, el artículo 6 de la Directiva 2008/115.

⁵⁸ STJUE de 23 abril 2015, asunto C-38/14, *Zaizoune*, ECLI:EU:C:2015:260.

⁵⁹ *Vid.*, el artículo 53.1 a) de la Ley de extranjería.

excepciones que la propia Directiva establece⁶⁰, las autoridades españolas debían adoptar una decisión de retorno y, de no cumplirse por el interesado, proceder a su expulsión del territorio nacional.

27. En el fallo, se ponía de manifiesto la disconformidad de la Ley de extranjería -que sigue manteniendo la posibilidad de sancionar la situación irregular de los extranjeros en España con la imposición de una multa (como sanción principal) y, únicamente en aquellos casos en los que concurran especiales circunstancias de gravedad, con la expulsión- con la Directiva 2008/115 que impone a los Estados miembros la adopción de una decisión de retorno contra los nacionales de terceros Estados que se encuentren en situación irregular en su territorio⁶¹. Porque, tal y como señalaba el TJUE, la aplicación de la normativa nacional podía poner en peligro la realización de los objetivos de la Directiva y su “efecto útil”⁶².

Por otra parte, a la luz de las disposiciones de la Directiva, los Estados no pueden establecer excepciones más favorables cuando estas desvirtúen el objetivo principal de la norma⁶³, ni imponer sus propias excepciones diferentes a las señaladas en la Directiva⁶⁴.

Por todo ello, el TJUE afirmaba que el sistema arbitrado por la Ley de extranjería -la imposición de una sanción de multa o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí, dependiendo de las circunstancias-, no estaba en consonancia con la Directiva 2008/115⁶⁵.

28. En mi opinión, el fundamento de esa interpretación reside en el hecho de que la normativa española, al contrario de lo que sucede con la italiana previamente analizada en el asunto *Md Sagor*, prevé que la situación irregular de ciudadanos de terceros estados sea sancionada exclusivamente mediante una multa que es incompatible con la expulsión Y, solamente, en el caso de existir circunstancias agravantes adicionales, permite aplicar la medida de expulsión. Situación que choca frontalmente con el objetivo que persigue la Directiva cuando establece la obligación de adoptar una decisión de retorno en esas circunstancias, salvo que puedan aplicarse las excepciones previstas en la propia norma.

29. Por consiguiente, si asumimos que aplicando la normativa española se puede privar a la Directiva 2008/115 de su efecto útil⁶⁶, únicamente se pueden plantear dos vías de actuación: en primer lugar, la modificación de la Ley de extranjería adaptando su contenido a la Directiva; en segundo lugar, la interpretación por parte de los jueces y tribunales españoles de la normativa española, en la medida en que sea posible, a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva para llegar a una solución conforme al objetivo perseguido por la mencionada norma⁶⁷. Si bien, esta última opción presenta problemas jurídicos de gran calado a los que me referiré más adelante, entre ellos, el conflicto que plantea la interpretación de la normativa nacional a la luz de la Directiva con la doctrina del efecto directo vertical establecida por el TJUE cuando se invoque desde la administración frente a los administrados.

⁶⁰ STJUE *Zaizoune*, *cit.*, apartados 30 y 31.

⁶¹ *Vid.*, el artículo 6.1 de la Directiva 2008/115.

⁶² STJUE *Zaizoune*, *cit.*, apartado 39.

⁶³ *Ibidem*, apartado 36. *Vid.* el artículo 4, apartados 2 y 3 de la Directiva 2008/115.

⁶⁴ STJUE *Zaizoune*, *cit.*, apartados 29, 31, 32 y 36. *Vid.*, el artículo 6, apartados 2 al 5 de la Directiva 2008/115.

⁶⁵ Así, el fallo del TJUE en el asunto *Zaizoune*, *cit.* dispone: “La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular; en particular sus artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, en relación con su artículo 4, apartados 2 y 3, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho Estado, impone, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí”.

⁶⁶ Tal y como dispone la STJUE *MD Sagor*, *cit.*, en su apartado 32: “... un Estado miembro no puede aplicar una normativa penal que pueda menoscabar la aplicación de las normas y de los procedimientos comunes establecidos por la Directiva 2008/115 y privar a ésta de su efecto útil...”.

⁶⁷ Así lo manifestó el TJUE en su Sentencia de 13 noviembre 1990, asunto C-106/89, *Marleasing*, Rec. 1990, p. I-4135.

V. Aplicación de la doctrina *Zaizoune* por los tribunales españoles

30. A raíz de esta Sentencia, la doctrina *Zaizoune* ha sido acogida por la mayoría de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo; de los Tribunales Superiores de Justicia; y del Tribunal Supremo, con un resultado dispar⁶⁸. En unos casos, orillando la aplicación de la Ley de extranjería en favor de la aplicación de la Directiva, al amparo de la doctrina de la primacía del Derecho de la Unión Europea sobre las legislaciones nacionales desarrollada por el TJUE⁶⁹ y del efecto directo de las directivas cuando contengan disposiciones directamente aplicables, siempre que sus disposiciones sean claras, precisas e incondicionales. Esta sería la posición que ha venido manteniendo nuestro Tribunal Supremo.

31. En otros, manteniendo la aplicación de la Ley de extranjería al considerar que no procedía aplicar el efecto directo de la norma comunitaria, ni tampoco la interpretación de la mencionada Ley de conformidad con la Directiva cuando perjudique a los derechos de los extranjeros. Esta ha sido la línea seguida por las decisiones de algunos de nuestros Tribunales Superiores de Justicia.

1. La controvertida interpretación defendida por el Tribunal Supremo

32. A medida que los recursos planteados frente a las decisiones de los TSJ iban llegando al TS, este fue aplicando la doctrina *Zaizoune* provocando un cambio radical en lo que hasta ese momento había venido siendo su línea jurisprudencial en esta materia.

33. El TS, haciéndose eco de la supuesta incompatibilidad de la Ley de extranjería con la Directiva 2008/115, ha manifestado en estos recursos que, a la luz del efecto directo de la Directiva, lo procedente es la expulsión de los ciudadanos que se encuentren en situación irregular en España salvo que concurra la aplicación de alguna de las excepciones previstas en la propia norma. Descartando, de este modo, sancionar la permanencia irregular en España con la imposición de la sanción de multa prevista en la norma nacional que resulta más favorable para el extranjero. Y lo ha hecho de diferentes formas, si bien todas ellas confluyen en la idea de no aceptar la alternativa entre multa o expulsión, contemplando únicamente esta última.

De esta manera, el TS considera que “... según la interpretación del Tribunal de Justicia, la Directiva 2008/115/CE impone a los Estados miembros, ante la constatación de la situación de estancia irregular de un nacional de un tercer estado, la adopción de una decisión de retorno [...] sin que tales consecuencias puedan ser sustituidas por una sanción de multa excluyente de la decisión de retorno y sin perjuicio de aplicar las excepciones que el propio artículo 6 de la Directiva contempla en sus apartados 2 a 5.”⁷⁰

Y aboga por imponer, a partir de ese momento, la sanción de expulsión, pues según su parecer la Sentencia del TJUE impide la aplicación de la Ley de extranjería y, en particular, el artículo 53.1º. a), en relación con los artículos 55.1º. b) y 57. 1º, que permiten optar entre la sanción de multa o expulsión⁷¹.

34. Asimismo, el TS rechaza la posibilidad de que los supuestos de excepción que prevé la propia Directiva puedan tomarse en consideración con el fin de aplicar alternativamente la sanción de

⁶⁸ *Vid.*, a modo de ejemplo, las siguientes STSJ, Sala de lo Contencioso, de Madrid, 5 junio 2017 (RJ 2017/7559); de Granada, 16 enero 2018 (RJ 2018/1311); y de Santander, 15 de marzo 2019 (RJ 2019/190).

⁶⁹ STJUE de 15 julio 1964, asunto 6/64, *Costa c. ENEL*, Rec. 1964, p. 585; y de 9 marzo 1978, asunto 106/77, *Simmenthal*, Rec. 1978, p. 629.

⁷⁰ *Vid.*, al respecto, las STS, Sala de lo Contencioso, 12 junio 2018 (RJ 2018/252); 3 julio 2018 (RJ 2018/2772); 4 diciembre 2018 (RJ 2018/4270); 19 diciembre 2018 (RJ 2018/4387); 21 enero 2019 (RJ 2019:250); 8 febrero 2019 (RJ 2019:479); 30 mayo 2019 (RJ 2019/1813); y 3 junio 2019 (RJ 2019/1813).

⁷¹ *Vid.*, las numerosas decisiones de la Sala de lo Contencioso del TS en las que ha ido ratificando esta doctrina: 19 diciembre 2018 (RJ 2018/4387 y RJ 2018/4386); 17 julio 2019 (RJ 2019/2715 y RJ 2019/2713); 18 julio 2019 (RJ 2019/2712, RJ 2019/2711 y RJ 2019/2709); 19 septiembre 2019 (RJ 2019/2872); 26 septiembre 2019 (RJ 2019/3062); 24 octubre 2019 (RJ 2019/3413); 20 noviembre 2019 (RJ 2019/3781); 24 septiembre 2019 (RJ 2019/3274 y RJ 2019/3273); 22 octubre 2019 (RJ 2019/3417); y 24 octubre 2019 (RJ 2019:3416).

multa, pues la interpretación de la Directiva 2008/115 a la luz de la Sentencia *Zizoune* “... *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 44/2000 consiste en decretar la expulsión ...*”⁷², salvo que concurra alguno de los supuestos de excepción⁷³.

35. Por último, es importante señalar que el TS ha considerado la aplicación de esta doctrina con carácter retroactivo, es decir, a hechos acaecidos y a procedimientos iniciados con anterioridad a la Sentencia *Zaizoune*⁷⁴.

36. En definitiva, el TS recurre a los principios de primacía del Derecho comunitario sobre el derecho interno y efecto directo de las directivas consagrado en la jurisprudencia del TJUE. Si bien, la aplicación de estos principios ha de ser matizada ya que, en mi opinión, la doctrina del TS choca frontalmente con el sistema de aplicación del Derecho de la Unión Europea que el TJUE ha pergeñado en su doctrina a lo largo de los años. De una parte, respecto al efecto directo vertical que puede atribuirse a las Directivas cuando, transcurrido el plazo previsto para su incorporación en los ordenamientos jurídicos nacionales, un Estado miembro no las haya incorporado o lo hubiese hecho de forma incorrecta; y, de otra, por lo que se refiere a la legitimación de la administración y los administrados en ese escenario para instar la aplicación directa de una directiva, o para solicitar de los tribunales nacionales la interpretación de la legislación nacional conforme a la misma.

37. Y, de esta manera, bendiciendo la imposición de la sanción de expulsión con prohibición de entrada en territorio español, el TS niega la posibilidad de que los extranjeros puedan regularizar su situación a partir de la imposición de la sanción de multa. Y con ello, cambia la línea doctrinal que había venido aplicando hasta ese momento propiciando la anulación de las sentencias de los TSJ recurridas en las que estos últimos mantenían la tesis contraria, es decir, la improcedencia de aplicar el efecto directo de la Directiva 2008/115 frente a la normativa nacional en los supuestos de expulsión del territorio español de ciudadanos de terceros estados por estancia irregular. Las consecuencias prácticas resultan evidentes: se han producido situaciones injustas que hubiesen podido evitarse con la aplicación de la Ley de extranjería.

2. El análisis llevado a cabo por los Tribunales Superiores de Justicia

38. Si bien es cierto que en la doctrina de nuestros TSJ no existe unanimidad en esta materia, algunos de ellos han venido aplicando la doctrina *Zaizoune* de manera acertada, según mi parecer.

39. De esta manera, encontramos decisiones en las que los TSJ aluden a la primacía y el efecto directo del Derecho de la Unión para aplicar la Directiva 2008/115 desplazando la aplicación de la Ley de extranjería⁷⁵. En otras ocasiones, los TSJ han defendido la interpretación de la normativa española a la luz de la Directiva y, de no ser posible, aplican directamente la propia Directiva, de nuevo, en detrimento de la Ley de extranjería⁷⁶. En definitiva, no son pocas las decisiones de los TSJ en los que estos han dejado de aplicar la sanción de multa prevista en el artículo 57 de la Ley de extranjería acordando la expulsión del territorio nacional de los ciudadanos que se encontraban en situación irregular⁷⁷.

40. Sin embargo, algunos TSJ comenzaron a cuestionarse el efecto directo de la Directiva 2008/115 y a fundamentar en sus decisiones que no era posible cuando fuese en perjuicio de los nacio-

⁷² STS, Sala de lo Contencioso, 15 octubre 2019 (RJ 2019/3317).

⁷³ STS, Sala de lo Contencioso, 4 diciembre 2018 (RJ 2018/4270).

⁷⁴ STS, Sala de lo Contencioso, 19 diciembre 2018 (RJ 2018/4387).

⁷⁵ *Id.*, la STSJ de Cantabria, 15 marzo 2019 (RJ 2019/190); y la STSJ de Andalucía, Granada, 16 enero 2018 (RJ 2018/1311).

⁷⁶ *Id.*, la STSJ de Madrid, 5 junio 2017 (RJ 2017/7559).

⁷⁷ J.L. RODRIGUEZ CANDELA, “Interpretación y seguimiento de la STJUE de 23 de abril de 2015 (*Zaizoune*)”, *Revista Crítica Penal y Poder*, nº 18, 2019, pp. 73-74.

nales de terceros estados. En consecuencia, siguieron aplicando la Ley de extranjería e imponiendo la sanción de multa cuando se daban los requisitos establecidos en esa norma, invocando, entre otros, los siguientes argumentos: la inaplicabilidad directa de la Directiva 2008/115 en perjuicio de los nacionales de terceros estados⁷⁸; que la administración no puede aplicar una directiva comunitaria cuando haya sido incorporada de forma incorrecta en su ordenamiento jurídico interno⁷⁹; que la interpretación de la normativa nacional a la luz de una directiva tiene un límite cuando ello conduce a agravar la responsabilidad administrativa sancionadora⁸⁰; que la eficacia directa de las directivas únicamente puede generar derechos que pueden invocar los particulares frente al Estado⁸¹, pero no al contrario⁸²; que un Estado no puede exigir el cumplimiento de las obligaciones que impone una directiva no transpuesta⁸³; o que la Sentencia *Zaizoune* no altera el marco de la resolución sancionadora dictada con base a lo previsto en la Ley de extranjería⁸⁴.

En definitiva, aplicando de forma correcta la doctrina del TJUE respecto al efecto directo de las directivas y apartándose de la línea jurisprudencial instaurada por el TS en sus decisiones a raíz de la Sentencia *Zaizoune*⁸⁵.

41. De esta manera, en la práctica totalidad de los recursos de casación resueltos por el TS en los dos últimos años, las sentencias de apelación dictadas por los TSJ que eran objeto de casación anulaban la resolución administrativa dictada en primera instancia en la que se acordaba la expulsión sustituyéndola por la imposición de una multa. Seguían aplicando, de este modo, la Ley de extranjería, frente a la Directiva al considerar que no era de aplicación su efecto directo.

VI. ¿El desenlace esperado?

42. Como colofón a todo este proceso, la Sentencia del TJUE en el asunto *MO*, dictada a raíz de una petición de decisión prejudicial planteada por el TSJ de Castilla-La Mancha ha venido a aportar algo de luz en este entramado de resoluciones divergentes que han venido adoptando nuestros tribunales hasta la fecha. En este sentido, la mencionada decisión, que trata de clarificar las consecuencias de la Sentencia *Zaizoune*, ponía de manifiesto la incorrecta aplicación que se ha venido haciendo de la Directiva 2008/115, al socaire de su efecto directo, por parte del TS a raíz de la Sentencia *Zaizoune*.

1. El asunto *MO*⁸⁶ y la ausencia de efecto directo vertical de la Directiva 2008/115

43. Esta Sentencia trae causa de un procedimiento instado por las autoridades españolas, en concreto, la Subdelegación del Gobierno de Toledo, en el que, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Extranjería⁸⁷, dictó una decisión de expulsión contra un ciudadano colombiano con prohibición de rein-

⁷⁸ STSJ Sala de lo Contencioso de Madrid, 11 abril 2018, (RJ 2018/4110Id); y 4 julio 2018 (RJ 2018/6034Id).

⁷⁹ STSJ Sala de lo Contencioso de Madrid, 30 mayo 2018 (RJ 2018/6598Id).

⁸⁰ STSJ Sala de lo Contencioso de Madrid, 5 febrero 2018 (RJ 2018/1493Id).

⁸¹ STSJ Sala de lo Contencioso de Madrid, 26 abril 2017 (RJ 2017/4515Id); y 8 noviembre 2017 (RJ 2017/13047Id).

⁸² STSJ Sala de lo Contencioso de Madrid, 26 abril 2017 (RJ 2017/4515Id); 8 noviembre 2017 (RJ 2017/13047Id); y 22 diciembre 2017 (RJ 2017/14132Id).

⁸³ STSJ Sala de lo Contencioso, de Madrid, 16 mayo 2018 (RJ 2018/4580Id).

⁸⁴ STSJ Sala de lo Contencioso del País Vasco, 18 abril 2018 (RJ 2018/1207Id); 28 febrero 2018 (RJ 2018/624Id); y 5 junio 2018 (RJ 2018/2198Id).

⁸⁵ *Vid.*, por todas, las STSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo de Madrid, 22 diciembre 2017 (RJ 2017/14132); 11 abril 2018 (RJ 2018/4110); 5 febrero 2018 (RJ 2018/1493); 26 abril 2017 (RJ 2017/4515); 4 julio 2018 (RJ 2018/6034); 8 noviembre 2017 (RJ 2017/13047); 22 diciembre 2017 (RJ 2017/14118); 7 marzo 2018 (RJ 2018/2171); 16 mayo 2018 (RJ 2018/4580). Así como las STSJ del País Vasco, sección segunda, 18 abril 2018 (RJ 2018/1207); 28 febrero 2018 (RJ 2018/624); 5 junio 2018 (RJ 2018/2198); y 29 mayo 2018 (RJ 2018/1640).

⁸⁶ STJUE de 8 octubre 2020, asunto C-568/19, *MO*, (no publicado aún).

⁸⁷ Artículo 53.1, a) de la Ley de extranjería.

greso en territorio nacional durante cinco años por encontrarse de forma irregular en nuestro país, pues se encontraba indocumentado. Para ello, el subdelegado del gobierno invocaba la doctrina de nuestro TS con el fin de justificar su expulsión, alegando la existencia de un elemento negativo de la conducta del interesado, a saber, la ausencia de justificación de su entrada en España por puesto habilitado, así como el tiempo que llevaba en nuestro país.

Contra esta decisión, el interesado interpuso recurso ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Toledo, recurso que fue desestimado y, posteriormente, recurso de apelación contra esta sentencia ante el TSJ de Castilla-La Mancha.

44. El TSJ, sin embargo, albergaba dudas acerca de la doctrina que venía aplicando el TS a raíz de la Sentencia *Zaizoune*, en la que respaldaba la práctica de las autoridades administrativas y judiciales que aplicaban la Directiva 2008/111 en lugar de las disposiciones de la Ley de extranjería, contraviniendo, así, la doctrina del TJUE que no reconoce la aplicación directa de las directivas cuando sea en perjuicio de los particulares.

Por todo ello, solicitó una decisión acerca de los límites del efecto directo de las directivas y, en particular, respecto a la compatibilidad de la Directiva 2008/115 con la Ley de extranjería cuya aplicación, tal y como ya había manifestado en su decisión *Zaizoune*, podía “... frustrar la aplicación de las normas y procedimientos comunes establecidos por la Directiva 2008/115...”⁸⁸.

45. El TJUE, invocando su doctrina, recuerda en esta Sentencia que la aplicación del derecho interno a la luz de la letra y finalidad de las directivas tiene como finalidad alcanzar el resultado que las mismas persiguen⁸⁹.

Empero, ello no será posible cuando esa interpretación vaya en perjuicio de los interesados porque las directivas, al contrario de lo que sucede con otras normas de derecho derivado como los Reglamentos, no crean obligaciones a cargo de los particulares porque las mismas van dirigidas a los Estados miembros que son los encargados de incorporar su contenido en los derechos nacionales. Y en el supuesto de no hacerlo, o hacerlo de forma incorrecta, los Estados miembros, tal y como ha declarado el TJUE de manera reiterada, no podrán invocar las disposiciones de las directivas contra los particulares⁹⁰. De esta manera, se garantiza que los Estados miembros no puedan obtener ventajas de su propio incumplimiento, a saber, la no incorporación de las normas de derecho comunitario en sus ordenamientos jurídicos internos⁹¹.

46. La consecuencia práctica de esta Sentencia del TJUE es la siguiente: si el órgano jurisdiccional nacional, en este caso el TS, no puede interpretar la Ley de extranjería a la luz de la Directiva 2008/115, y hemos de concluir que no puede porque ello significaría perjudicar a los interesados –recordemos que la aplicación de la legislación nacional resulta más beneficiosa que la mencionada Directiva–, el Estado español no puede basarse directamente en esa Directiva al objeto de ordenar las decisiones de retorno de los nacionales de terceros estados que se encuentren de forma irregular en España⁹².

Por consiguiente, esta decisión ha resultado muy esclarecedora a la luz del importante número de sentencias adoptadas por el TS en las que ha venido anulando, a raíz de los recursos de casación planteados por la Abogacía del Estado, las decisiones de los TSJ que venían aplicando la Ley de extranjería en lugar de la Directiva 2008/115.

⁸⁸ STJUE asunto *Zaizoune*, *cit.*, apartados 40 y 41.

⁸⁹ STJUE asunto *MO*, *cit.*, apartado 33, citando la Sentencia de 19 de marzo de 2020, *Sánchez Ruiz y otros*, C103/18 y C429/18, EU:C:2020:219, apartado 121.

⁹⁰ STJUE asunto *MO*, *cit.*, apartado 35, donde se citan las Sentencias de 26 febrero 1986, *Marshall*, 152/84, EU:C:1986:84, apartado 48, y de 12 diciembre 2013, *Portgás*, C-425/12, EU:C:2013:829, apartado 22). En el mismo sentido, *Vid.*, la STJUE, de 14 julio 1994, *Faccini Dori*, C-91/92, Rec. p. I-3325, apartado 20.

⁹¹ STJUE, de 14 julio 1994, *Faccini Dori*, C-91/92, Rec. p. I-3325, apartado 22, y de 7 marzo 1996, *El Corte Inglés*, C-192/94, Rec. p. I-1281, apartado 16

⁹² STJUE asunto *MO*, *cit.*, apartado 36

47. En mi opinión, hace tiempo que el TS debió asumir esta responsabilidad y plantear una cuestión prejudicial⁹³, ya fuese de oficio o a instancia de alguna de las partes intervinientes en los recursos de casación, pues si bien es cierto que la necesidad de elevar una cuestión prejudicial, así como la delimitación de las cuestiones que en ella se planteen recae, en última instancia, en el órgano jurisdiccional nacional que resulte competente para dictar sentencia en el litigio principal, cuando la cuestión se plantee ante un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal⁹⁴. Con esta medida se persigue evitar que se consolide en un Estado miembro una jurisprudencia nacional que no se atenga a las normas del Derecho de la Unión⁹⁵.

Ahora bien, puede que el TS no lo haya considerado conveniente ni oportuno por entender que la correcta aplicación del Derecho de la Unión era clara y no dejaba lugar a duda razonable alguna (doctrina del “*acte clair*”). Cuestión que, en todo caso, debía apreciar el propio tribunal en función de las dificultades que pueda plantear la interpretación del Derecho de la Unión y del riesgo de divergencias de jurisprudencia en la Unión Europea⁹⁶.

2. Cuestiones prácticas derivadas de la Sentencia *MO*

A) ¿Se puede invocar ante los tribunales españoles la aplicación de la Directiva 2008/115?

48. Tras la Sentencia *Zaizoune*, que ponía de manifiesto la incorrecta incorporación de la Directiva 2008/115 en nuestro ordenamiento jurídico interno, resulta incuestionable la actuación del legislador español con el fin de adaptar la ley de extranjería a la misma. Sin embargo, en ausencia de esta adaptación que no se ha producido hasta la fecha, nuestros tribunales no pueden seguir invocando el efecto directo de la Directiva aun cuando sus disposiciones sean claras, precisas e incondicionales, por los siguientes motivos:

49. En primer lugar, porque el Estado incumplidor tiene en su mano la posibilidad de aplicar el contenido de la Directiva si bien para ello ha de seguir el proceso dispuesto en el TFUE poniendo en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para incorporar previamente en su ordenamiento jurídico interno de manera correcta lo establecido en esa norma⁹⁷.

50. En segundo lugar, porque un Estado no puede oponer frente a los particulares su propio incumplimiento de las obligaciones que la Directiva implica, tal y como se deduce de la reiterada jurisprudencia del TJUE⁹⁸.

Sensu contrario, cuando una Directiva no haya sido incorporada en el derecho nacional dentro del plazo previsto, o lo haya sido de manera incorrecta, los particulares podrán invocar los derechos

⁹³ Recordemos que la decisión de petición prejudicial en el asunto *MO* fue recibida en el Tribunal de Justicia el 25 de julio de 2019, cuatro años después de la Sentencia *Zaizoune*, en abril de 2015, durante los cuales el TS ha venido aplicando su particular interpretación en esta materia.

⁹⁴ *Vid.*, el artículo 267 del TFUE.

⁹⁵ STJUE de 15 de marzo de 2017, asunto C-3/16, *Aquino*, ECLI:EU:C:2017:209.

⁹⁶ STJUE, asunto de 6 octubre 1982, asunto C-283/81, *CILFIT y otros*, Rec. 1982, p. 03415; de 9 septiembre 2015, asunto C-160/14, *Ferreira da Silva e Brito y otros*, Rec. ECLI:EU:C:2015:565; y de 28 julio 2016, asunto C-379/15, *Association France Nature Environnement* (aun sin publicar).

⁹⁷ *Vid.*, el artículo 288 del TFUE: “La directiva 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”. Y para alcanzar este resultado, la Directiva 2008/115 indicaba, en su artículo 20, que los Estados miembros debían incorporar sus disposiciones al Derecho nacional “... a más tardar; el 24 de diciembre de 2010”.

⁹⁸ Así, dispone el TJUE: “... el Estado miembro que no haya adoptado, en el plazo señalado, las medidas de ejecución impuestas por una Directiva no puede invocar frente a los particulares el incumplimiento, en que él mismo ha incurrido, de las obligaciones que implica la Directiva”. *Vid.*, al respecto las STJUE, 19 enero 1982, asunto 8/81, *Becker*, Rec. 1982, p. 53, apartados 24 y 25); y 19 noviembre 1991, asuntos acumulados C-6/90 y 9/90, *Francovich Bonifaci*, Rec. 1991 I-05357.

que la misma les confiere frente al Estado ante los tribunales nacionales, siempre que no estén sujetas a condición alguna y sean suficientemente precisas. Esto permitirá al particular invocar los derechos que le reconoce la directiva frente al Estado incumplidor⁹⁹ en virtud del efecto directo vertical reconocido por el TJUE a las directivas¹⁰⁰.

51. En definitiva, hay que distinguir entre el efecto directo vertical invocado por los particulares frente al Estado reconocido por la doctrina del TJUE, y el hipotético efecto directo vertical (inverso) que podría beneficiar al Estado incumplidor en perjuicio del administrado que el TJUE ha rechazado de manera taxativa.

Por consiguiente, puede afirmarse que el efecto directo de las directivas tiene como límite su no aplicación en las denominadas “relaciones verticales inversas”¹⁰¹, pues su aplicación no puede, en ningún caso, perjudicar a los particulares.

52. Concluyendo, habrá que seguir aplicando la Ley de extranjería y la sanción de multa como sanción principal y la de expulsión en casos agravados en tanto siga en vigor esta norma más favorable para los extranjeros.

B) En su defecto, ¿pueden interpretar los tribunales españoles la Ley de extranjería a la luz de la Directiva 2008/115?

53. En este punto, hay que recordar que la doctrina del TJUE ha arbitrado esta solución para aquellos supuestos en los que no ha reconocido el efecto directo (horizontal) de las directivas, es decir, en los conflictos planteados entre particulares. Considera el TJUE que una directiva no puede ser invocada contra un particular porque el carácter obligatorio de esta norma solo existe respecto a los Estados miembros destinatarios pero no puede crear obligaciones a cargo de los particulares¹⁰².

Y si un particular no puede invocar los derechos derivados de una directiva frente a otro individuo o empresa, esta situación no concuerda con la obligación de los Estados de alcanzar el resultado previsto en la norma europea. Por ello, y con el fin de evitar que un particular pueda sufrir un perjuicio por su inaplicación, el TJUE ha declarado que al aplicar su Derecho nacional los jueces y tribunales están obligados, siempre que ello sea posible, a interpretarlo a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva con el fin de alcanzar el resultado en ella previsto¹⁰³.

54. Sin embargo, no es este el escenario que se plantea en la aplicación de la Ley de extranjería, ya que no se trata de una situación horizontal sino vertical por la intervención de la administración frente a los administrados. Por este motivo, admitir la interpretación de la mencionada norma a la luz de la Directiva 2008/115 supondría generar los mismos efectos ya señalados en el apartado anterior, es decir, el beneficio del Estado incumplidor frente al administrado.

55. En definitiva, de la jurisprudencia del TJUE cabe inferir que la interpretación de las disposiciones nacionales a la luz de una Directiva tiene unos lindes que vendrán determinados por los prin-

⁹⁹ El TJUE ha señalado que “... en todos los casos en que las disposiciones de una Directiva resultan, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, dichas disposiciones pueden ser invocadas, a falta de medidas de ejecución adoptadas en el plazo señalado, en contra de cualquier disposición nacional no conforme a la Directiva, o también si son de tal naturaleza que definen derechos que los particulares pueden invocar frente al Estado”. *Vid.*, entre otras, las STJUE, 5 abril 1979, asunto 147/78, *Ratti*, Rec. 1979, p. 1629; 19 enero 1982, asunto 8/81, *Becker*, Rec. 1982, p. 53; y 19 noviembre 1991, asunto *Franovich Bonifaci*, asuntos acumulados C-6/90 y 9/90, Rec. 1991, p. I-5357.

¹⁰⁰ STJUE, de 5 abril 1979, asunto 148/78, *Ratti*, Rec. 1979, p. 1629; y de 19 enero 1982, asunto 8/81, *Becker*, Rec. 1982, p.53.

¹⁰¹ *Vid.*, STJUE, 11 junio 1987, asunto C-14/86, *Pretore de Salò/X*, Rec.1987, p. 2545; 12 diciembre 1996, asuntos acumulados C-74/95 y C-129/95, *X*, Rec. 1996, p. I-06609; y 3 mayo 2005, asuntos acumulados C387/02, C391/02 y C403/02, *Berlusconi y otros*, Rec. 2005, p. I-03565.

¹⁰² STJUE, 26 febrero 1986, asunto 152/84, *Marshall*, Rec. 1986, p. 723.

¹⁰³ STJUE, 13 noviembre 1990, asunto C-106/89, *Marleasing*, Re. 1990, p. I-4135.

cipios generales que forman parte del Derecho comunitario y, en particular, el principio de la seguridad jurídica y la irretroactividad. Por lo tanto, tal y como el TJUE ha declarado una directiva no puede, por sí sola y con independencia de una ley interna adoptada por un Estado miembro para su aplicación, dar lugar a responsabilidad penal, o agravarla, de quienes la contravengan¹⁰⁴.

56. En el caso que nos ocupa, aplicar a los nacionales de terceros estados que se encuentren en situación irregular en España la Ley de extranjería, interpretada de conformidad con la Directiva, implicaría dejar de imponer la sanción de multa y pasar directamente a la de expulsión. Imponiendo, de este modo, la sanción prevista en la Directiva en lugar de la establecida en la norma española son el consiguiente perjuicio para el administrado a causa del uso inadecuado de los mecanismos previstos por el Derecho de la Unión Europea que permiten incorporar de manera correcta en una ley nacional las disposiciones previstas en la Directiva¹⁰⁵.

VII. A modo de conclusión

1. Consecuencias jurídicas que puede provocar la incorrecta incorporación de la Directiva 2008/115 en el ordenamiento jurídico español

57. En primer lugar, a la luz de la reciente jurisprudencia del TJUE, se pueden constatar algunas discrepancias entre el contenido de la Directiva 2008/115 y la Ley de extranjería. Así parece deducirse de la Sentencia *Zaizoune* que dejaba clara la inconsistencia entre la Directiva y la norma española. Por tal motivo, el Estado español debería proceder a adaptar la normativa interna a la norma europea mediante la modificación de la Ley de extranjería. Hasta que llegue ese momento, parece evidente que el Estado español estaría incumpliendo las obligaciones que le incumben en virtud del TFUE.

De confirmarse este extremo, la Comisión Europea podría plantear un recurso de incumplimiento contra España ante el TJUE por la incorrecta incorporación de la Directiva 2008/115 en el ordenamiento jurídico español dentro del plazo concedido al efecto¹⁰⁶.

58. En segundo lugar, hasta que se produzca la adecuación de la normativa española a la Directiva 2008/115, los tribunales españoles y, en particular el TS, no van a poder seguir manteniendo su doctrina en esta materia; al contrario, han de dejar de invocar el efecto directo de la Directiva y volver a la aplicación de la Ley de extranjería y sus disposiciones relativas a la sanción de multa o expulsión a los nacionales de terceros Estados que se encuentren en situación irregular en España. En definitiva, el TS viene obligado a fijar su doctrina casacional de acuerdo a lo manifestado por el TJUE lo que implica el abandono de la línea seguida durante los últimos cinco años para volver a la casilla de salida, es decir, a su jurisprudencia anterior.

59. En tercer lugar, habrá que contemplar la aplicación de la doctrina del TJUE a los expedientes de expulsión ya iniciados, en trámite o en vía de recurso de reposición, con independencia de la instancia judicial y el momento procesal en el que se encuentren.

60. En cuarto lugar, si consideramos los posibles perjuicios sufridos por los nacionales de terceros estados como consecuencia de la incorrecta aplicación de la Directiva 2008/115 por parte de los tribunales españoles, que ha cristalizado en la aplicación de la sanción de expulsión y el consiguiente abandono del territorio español sin opción a una posible regularización de su situación, estos podrían recurrir el acto de expulsión y, en su defecto, accionar frente a la Administración española al objeto de reclamar una indemnización por los daños sufridos.

¹⁰⁴ STJUE asunto *Pretore de Salò/X*, *cit.*

¹⁰⁵ STJUE, 8 octubre 1987, asunto C-80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, Rec. p. 3969, apartados 13 y 14, Rec. 1987, p. 03969.

¹⁰⁶ *Vid.*, el artículo 258 del TFUE.

Para ello, resulta primordial determinar la posible responsabilidad del Estado español en cada uno de estos casos. En este sentido, procede señalar que el principio de la responsabilidad de los Estados se producirá cuando exista una violación de los Tratados¹⁰⁷, ya sea por parte del poder legislativo, ejecutivo o judicial, tal y como señalaba el TJUE en su Sentencia *Francovich y Bonifaci*¹⁰⁸.

2. ¿Y si la Ley de extranjería no fuese incompatible con la Directiva 2008/115?

61. Por otra parte, no cabe desestimar esta opción si tenemos en cuenta que de acuerdo con la Directiva 2008/115 una vez interceptado el ciudadano que se encuentre en situación irregular en España, la resolución administrativa ha de establecer un plazo para su salida voluntaria¹⁰⁹. La cuestión que se plantea en ese caso es la siguiente: esta persona ¿debe abandonar voluntariamente el territorio español de manera inmediata?; o, por el contrario ¿podría optar por regularizar su situación en el plazo concedido para su salida voluntaria siempre que cumpla con los requisitos que establece la normativa española?¹¹⁰.

62. Si consideramos la segunda opción, y aun cuando la Directiva no contempla otro escenario que no sea el de la salida voluntaria en los plazos antes señalados -o en otro momento si se procediese a prorrogar el plazo de salida voluntaria que prevé la Directiva-¹¹¹, podría entenderse que el sistema español es compatible con la Directiva y concluir que la Ley de extranjería, que establece la imposición de multa con orden de salida voluntaria y, de no cumplirse la salida o si el inmigrante no regulariza su situación, la tramitación del expediente de expulsión compulsiva, no difiere de lo que establece la Directiva.

Y ello es así porque la resolución administrativa que impone la sanción de multa no habilita al extranjero para permanecer en España de manera irregular pues en la misma resolución se le advierte de la obligación de abandonar el territorio español en un plazo de quince días y, de no hacerlo en el plazo concedido o si se desestima su solicitud de regularización, se le impondría la sanción de expulsión compulsiva.

En definitiva, en la norma española la imposición de la multa no es incompatible con la orden de expulsión que puede tener lugar en un momento posterior. De hecho, si el ciudadano extranjero no regularizase su situación en el plazo concedido al efecto tras la imposición de la sanción pecuniaria, se procedería a la correspondiente expulsión¹¹². Y, en el mismo sentido, de acuerdo con la Directiva durante el plazo de salida voluntaria el extranjero podría regularizar su situación lo que dejaría sin efecto la orden de expulsión.

63. A mayor abundamiento, la Directiva contempla la posibilidad de conceder un plazo menor para la salida del extranjero cuando exista riesgo de fuga o “... *si se desestimara la solicitud de permanencia legal...*”¹¹³. Significa esto que cabe la opción antes aludida de que el extranjero pueda regularizar su situación en el territorio de la Unión en el que se encuentre durante el periodo que se le otorga para su salida voluntaria, en sentido similar a lo dispuesto en la Ley de extranjería¹¹⁴.

64. De acoger esta interpretación no cabe duda de que podría justificarse la compatibilidad de la Ley de extranjería con los fines y objetivos de la Directiva 2008/115 y, en ese caso, sería cuestionable la afirmación del TJUE en sus decisiones *Zaizoune* y *Md Sagor* de que la norma española puede poner en

¹⁰⁷ *Ibidem*, artículo 189.

¹⁰⁸ *Vid.*, la STJUE, *Francovich Bonifaci*, *cit.*, apartado 37. “... *el Derecho comunitario impone el principio de que los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables*”.

¹⁰⁹ Plazo que la Directiva 2008/115 establece entre siete y treinta días. *Vid.* el artículo 7.1 de la Directiva.

¹¹⁰ En este caso, el Reglamento de extranjería. *Vid.* los artículos 123 y ss.

¹¹¹ *Vid.*, el artículo 7.2 de la Directiva 2008/115.

¹¹² *Vid.*, el artículo 246 del Reglamento de extranjería.

¹¹³ Artículo 7.4 de la Directiva 2008/115.

¹¹⁴ *Vid.*, los artículos 55 y 57 de la Ley de extranjería.

peligro la realización de los objetivos de la Directiva y su “efecto útil”. Esta circunstancia permitiría que los tribunales españoles siguiesen aplicando el derecho sancionador previsto en la Ley de extranjería que resulta más beneficioso para los extranjeros sin menoscabar el efecto útil de la Directiva¹¹⁵.

65. En cualquier caso, si bien esta cuestión ha sido resuelta por las decisiones previas del TJUE –*Zaizoune* y *MO*– no es menos cierto que no se encuentra definitivamente zanjada y sigue planteando dudas razonables la supuesta incompatibilidad de la Ley de extranjería con la Directiva 2008/115. En definitiva, podría afirmarse que las decisiones del TJUE no han resuelto todas las dudas que se plantean respecto a las decisiones de retorno en casos de residencia irregular de extranjeros no comunitarios en territorio español.

66. Precisamente, en la actualidad existen pendientes dos iniciativas que deberían contribuir a clarificar el tema objeto de debate de una forma definitiva. Me refiero la cuestión prejudicial elevada ante el TJUE por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 17 de Barcelona¹¹⁶ en la que se solicita al TJUE que se pronuncie sobre todas las cuestiones objeto de debate, a saber: si la normativa española incorpora correctamente la Directiva 2008/115; si se puede reclamar por parte del Estado español la aplicación directa de la mencionada Directiva aun cuando perjudique al extranjero; si se podría interpretar la Ley de extranjería conforme a la Directiva; y si los tribunales españoles se encuentran obligados aplicar en todos los casos la sanción de expulsión.

En parecidos términos, se plantea la cuestión prejudicial elevada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Pontevedra¹¹⁷ en la que interpela al TJUE sobre la compatibilidad de la Directiva 2008/115 con la Ley de extranjería; y sobre la posibilidad de que la Administración y los tribunales españoles puedan llevar a cabo la aplicación directa de la directiva en perjuicio del particular o si, por el contrario, deben seguir aplicando la normativa nacional hasta que se produzca la reforma de misma para que se encuentre en consonancia con la Directiva.

67. Por todo ello, el pronunciamiento del TJUE en estas cuestiones puede resultar decisivo para conocer la compatibilidad de la norma española con la Directiva comunitaria o, por el contrario, para confirmar que está poniendo en peligro su efecto útil, a pesar de que una interpretación más flexible de la norma comunitaria podría permitir afirmar que no existe inconsistencia entre ambas normas.

En cualquier caso, sea o no compatible la Ley de extranjería con la Directiva 2008/115, la aplicación del efecto directo de esta última tal y como se viene aplicando por el TS contraviene la doctrina del TJUE por lo que considero que ha de abandonarse en favor de la aplicación de la Ley de extranjería, al menos hasta que se produzca la modificación de la norma española o, en su caso, el referendo de su compatibilidad con la Directiva por parte del TJUE.

¹¹⁵ Vid., al respecto, el análisis del Magistrado-Juez F. DE COMINGES CACERES en el Auto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Pontevedra, de 20 agosto 2020, pp. 11-12 (ECLI:ES:JCA:2020:43A).

¹¹⁶ Asunto C-746/19, *UD*. Fecha de presentación del escrito de interposición del recurso: 14 octubre 2019 (asunto archivado mediante Auto del TJUE de 4 diciembre 2020).

¹¹⁷ Vid., el Auto del Juzgado de lo contencioso Administrativo de Pontevedra, de 20 agosto 2020 *ut supra nota 115*. A fecha de hoy, no existe constancia de que la misma haya tenido entrada en el TJUE.