

Tribunal Superior de Justicia¹

I. ACTO ADMINISTRATIVO

Suspensión de acto de autorización. Recurso de apelación, formulado contra auto dictado en procedimiento de medidas cautelares previas.

En los supuestos de actividad realizada sin licencia o excediéndose de los términos de la concedida, no procede suspender la ejecutividad del acuerdo municipal impugnado ya que, en caso de acordarla, se produciría una declaración de naturaleza positiva, accediendo al otorgamiento de una licencia inexistente por el tiempo que durara la tramitación del recurso.

PRIMERO: Hemos señalado en distintas ocasiones que el principio general de ejecutividad de los actos administrativos no se ha visto alterado por el nuevo sistema de justicia cautelar implantado por la Ley 29/98 (RCL 1998, 1741) , y siendo, por tanto, la adopción de medidas cautelares la excepción, resulta necesaria la concurrencia del requisito exigido en el art 130, concretado en "hacer perder su finalidad legítima al recurso". Ciertamente que puede servir de criterio interpretativo de dicha expresión el alcance y extensión que la doctrina del Tribunal Constitucional ha otorgado al art 56 de la LOTC (RCL 1979, 2383) , por su similitud con el expresado art 130, y que en dicho sentido se entiende que se hace perder la finalidad legítima cuando, de ejecutarse el acto recurrido, se impide la efectividad de la sentencia o se crean situaciones irreversibles; pero, desde luego, no es la única interpretación posible, siendo preciso poner en relación dicho mandato legal con el caso concreto que se enjuicia.

SEGUNDO: En el presente caso, no está de más recordar que en los supuestos de una actividad realizada sin licencia o excediéndose de los términos de la concedida, como parece ser el supuesto, esta Sala tiene reiteradamente declarado que no procede suspender la ejecutividad del acuerdo municipal impugnado ya que, en caso de acordarla, haríamos una declaración de naturaleza positiva, accediendo al otorgamiento de una licencia inexistente por el tiempo que durara la tramitación del recurso.

Es por ello de aplicación en este caso el principio general de la no suspensión de la ejecución de los actos administrativos impugnados, máxime cuando la

¹ Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.

adopción de la suspensión requiere la pérdida de la finalidad del recurso, y no de cualquier finalidad sino de la finalidad "legítima".

Además, de la propia pieza debería derivarse la existencia de datos objetivos de tal relevancia que por sí mismos determinen la necesidad de suspender la ejecución del acto, so pena de producirse unos daños o perjuicios de difícil o imposible reparación, siendo así que en el presente los intereses públicos en juego son de una importancia evidente, mientras que los privados, de importancia también, no son de imposible o difícil reparación, en tanto que son susceptibles de ser indemnizables por su equivalente económico.

Por último, la parte apelante ha presentado en esta segunda instancia un documento del que parece desprenderse que el Ayuntamiento actuante ha admitido un cambio de titularidad de una licencia de la que gozaba el establecimiento en cuestión. Ello revela que la entidad apelante no tenía concedida licencia al tiempo de la actuación administrativa y, además, la licencia en cuestión cuya titularidad al parecer se ha cambiado lo era para bar sin música, cuando la actividad que se desarrollaba en él era la de bar con música, como expresamente se admite, actividad, pues, contraria a derecho.

(St .1420/2022 de 9 de septiembre de 2022.Sala de Sevilla. Ponente Ángel. Salas Gallego)

I. ACTO ADMINISTRATIVO

Revisión de actos de la Seguridad Social.

La revisión de actos declarativos de la Seguridad Social no puede llevarse a cabo por vía administrativa, sino que habrá de ser instada en vía jurisdiccional presentando la oportuna demanda -debe entenderse que frente al beneficiario del acto- ante el Juzgado de lo Social competente. Relación laboral ficticia.

"Resulta preciso examinar en primer lugar, la nulidad invocada del expediente de revisión de oficio por vulneración del art. 146 de la LJS y 56.1 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social. Dispone este último precepto "Podrá ser iniciado de oficio o a solicitud de persona interesada el procedimiento de revisión de los actos a que se refiere el apartado 1 del artículo anterior, siempre que no se afecte a los actos declarativos de derechos, así como de los que sean debidos a omisiones o inexactitudes en

las solicitudes y demás declaraciones del beneficiario, incluso si los mismos fueran declarativos de derechos"

Por su parte el art. 146 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social tras señalar en su apartado primero que "Las Entidades, órganos u Organismos gestores, o el Fondo de Garantía Salarial no podrán revisar por sí mismos sus actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios, debiendo, en su caso, solicitar la revisión ante el Juzgado de lo Social competente, mediante la oportuna demanda que se dirigirá contra el beneficiario del derecho reconocido" dispone en su apartado segundo que "Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior: a) La rectificación de errores materiales o de hecho y los aritméticos, así como las revisiones motivadas por la constatación de omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario, así como la reclamación de las cantidades que, en su caso, se hubieran percibido indebidamente por tal motivo."

En la interpretación de esta normativa debe atenderse el tenor de La Sentencia del TS de 11 de octubre de 2016 (RJ 2016, 5352) rec. 673/2015 en la que se remitiéndose a la sentencia de fecha 8 de julio de 2014 (rec. cas. núm. 3416/2012), en la que también se basaba la sentencia recurrida, señalando: "que dice así: "QUINTO.- (...), tiene razón la sentencia impugnada cuando dice que la revisión de los actos de la Seguridad Social no se rige por el art. 103 LRJ-PAC, sino por su legislación específica, tal como ordena la disposición adicional 6ª de la propia LRJ-PAC. Y es igualmente exacto que dicha legislación específica viene dada por el art. 145 de la Ley de Procedimiento Laboral -que estaba en vigor cuando se dictaron las resoluciones administrativas recurridas y, por consiguiente, es *ratione temporis* aplicable al presente caso- y por los arts. 54 y siguientes del Real Decreto 84/1996.

Una vez sentado lo anterior, sin embargo, esta Sala no puede estar de acuerdo con el modo en que la sentencia impugnada interpreta y aplica las citadas normas. El art. 145 de la Ley de Procedimiento Laboral comenzaba estableciendo: "Las entidades gestoras o los servicios comunes no podrán revisar por sí mismos sus actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios, debiendo, en su caso, solicitar la revisión ante el Juzgado Social competente, mediante la oportuna demanda que se dirigirá contra el beneficiario del derecho reconocido." Y a renglón seguido añadía: "Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior la rectificación de errores materiales o de hecho y los aritméticos, así como las revisiones motivadas

por la constatación de omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario".

En parecido sentido, el apartado segundo del art. 55 del Real Decreto 84/1996 dispone: "Las facultades de la Tesorería General de la Seguridad Social para revisar, de oficio o a instancia de parte, sus propios actos de inscripción, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal, tarificación, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos no podrán afectar a los actos declarativos de derechos, en perjuicio de los beneficiarios de los mismos, salvo que se trate de revisión motivada por la constatación de omisiones o inexactitudes en las solicitudes y demás declaraciones del beneficiario".

De los preceptos que se acaban de reproducir resulta que la revisión de actos declarativos de derechos de la Seguridad Social no puede llevarse a cabo por vía administrativa, sino que habrá de ser instada en vía jurisdiccional presentando la oportuna demanda -debe entenderse que frente al beneficiario del acto- ante el Juzgado de lo Social competente. Obsérvese que esto no es algo radicalmente diferente de lo que, como regla general para la revisión de los actos administrativos anulables, establece el art. 103 LRJ-PAC, donde se exige que sea la Administración quien -previa declaración de lesividad del acto- interponga demanda contra el particular. Nuestro derecho se funda, así, en la idea de que la Administración no puede por su sola autoridad dejar sin efecto sus actos declarativos de derechos: precisamente porque se trata de privar a un particular de derechos que previamente le ha reconocido la Administración, se impone a ésta la carga de acudir ante el correspondiente órgano jurisdiccional y demostrar la ilegalidad del acto.

Las únicas dos excepciones a dicha regla general, de conformidad con el art. 145 de la Ley de Procedimiento Laboral (hoy art. 146 de la LRJS) y el art. 55 del Real Decreto 84/1996, son: primera, que se trate de una mera rectificación de errores de hecho, materiales y aritméticos, de manera similar a lo permitido con alcance general por el art. 105.2 LRJ-PAC; y segunda, que la revisión venga ocasionada por omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario. Esta última excepción tiene pleno sentido en aquellos procedimientos en que, tal como ocurre con la inclusión de un trabajador en un determinado régimen de la Seguridad Social, el acto se apoya en gran medida -cuando no totalmente- en datos declarados por los particulares: si es el propio beneficiario del acto declarativo de derechos quien, con sus omisiones o inexactitudes, ha ocasionado que dicho acto esté

legalmente viciado, deja de darse la ratio por la que la Administración debe acudir a la jurisdicción para remediar tal ilegalidad.

Trasladando las anteriores consideraciones a la circunstancias del presente caso, significa que la Seguridad Social ha procedido por sí sola, sin presentar la correspondiente demanda ante el Juzgado de lo Social, a revisar un propio acto declarativo de derechos; algo que, según se ha expuesto, resulta contrario a lo ordenado por el art. 145 de la Ley de Procedimiento Laboral (hoy art. 146 de la LRJS) y el art. 55 del Real Decreto 84/1996. Debe señalarse, en este orden de consideraciones, que ni en vía administrativa ni en vía contencioso- administrativo se ha tratado de justificar las resoluciones administrativas recurridas sobre la base de que tuvieran por objeto la simple rectificación de errores materiales o que hubiesen sido ocasionadas por omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario; es decir, no se ha alegado -ni menos aún demostrado- que el presente caso sea subsumible en alguna de las dos excepciones a la regla general que exige acudir a la jurisdicción para la revisión de los actos declarativos de derechos de la Seguridad Social.

La consecuencia de todo ello es que, al dar por buena la actuación de la Seguridad Social, la sentencia impugnada efectivamente infringe el art. 145 de la Ley de Procedimiento Laboral (hoy art. 146 de la LRJS) y el art. 55 del Real Decreto 84/1996."

Doctrina que es, asimismo, reiterada en la más reciente Sentencia del TS de fecha 29 de enero de 2019 (RJ 2019, 373)rec. 2972/2016, en la que se señala, tras indicar la aplicación por la sentencia impugnada de "la jurisprudencia de esta Sala y Sección, en concreto la sentencia de 8 de julio de 2014 (recurso de casación 3416/2012), reproducida por otras dos sentencias de la misma fecha dictadas en los recursos de casación 2628 , y 3540/2012; esta jurisprudencia ha sido reiterada por la sentencia de 11 de octubre de 2016 (recurso de casación 673/2015) que cita la parte recurrida en su escrito de oposición al recurso de casación de la TGSS" que:

"En dichas sentencias esta Sala declaró que la Administración de la Seguridad Social no podía revisar por vía administrativa sus actos declarativos de derechos, sino que debía acudir a la jurisdiccional social y demostrar ante ella la ilegalidad del acto. Esta regla se exceptúa en dos casos: cuando se trate de una mera rectificación de errores de hecho, materiales y aritméticos o cuando la revisión venga ocasionada por omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario (artículo 146 LRJS). Tales excepciones no concurrían en ninguno de los tres supuestos a los que se referían las

tres sentencias de 8 de julio de 2014 antes referidas, que constituyen una jurisprudencia que se resume en estos términos:

1º Parte del citado artículo 146 de la LRJS y de lo previsto en el artículo 55 del Reglamento de Inscripción, Afiliación, Altas y Bajas conforme al cual y en lo que ahora interesa, las facultades de la TGSS para revisar, de oficio o a instancia de parte, sus propios actos de altas, bajas -casos a los que se refieren esas sentencias- "no podrán afectar a los actos declarativos de derechos, en perjuicio de los beneficiarios de los mismos, salvo que se trate de revisión motivada" a propósito de las excepciones antes expuestas y que no son del caso.

2º Que para esa revisión de actos declarativos de derechos la Seguridad Social deba instarlos ante la jurisdicción Social y frente al beneficiario del acto, "no es algo radicalmente diferente de lo que, como regla general para la revisión de los actos administrativos anulables, establece el art. 103 LRJ-PAC [Ley 30/1992], donde se exige que sea la Administración quien -previa declaración de lesividad del acto- interponga demanda contra el particular".

3º Tal exigencia "se funda, así, en la idea de que la Administración no puede por su sola autoridad dejar sin efecto sus actos declarativos de derechos: precisamente porque se trata de privar a un particular de derechos que previamente le ha reconocido la Administración, se impone a ésta la carga de acudir ante el correspondiente órgano jurisdiccional y demostrar la ilegalidad del acto".

4º Insiste esa jurisprudencia en las dos excepciones a esa regla general antes citada, asimilable la primera a la prevista en el artículo 105.2 de la Ley 30/1992 LRJ-PAC y la segunda -que la revisión venga ocasionada por omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario- se explica en los procedimientos en los que el acto se apoya en todo o en gran medida en datos declarados por los particulares, lo que ocurre con la inclusión de un trabajador en un determinado régimen de la Seguridad Social. Esas sentencias exponen que los actos impugnados en los respectivos procedimientos seguidos en la instancia no razonan que respondiesen a alguna de esas excepciones.

5º En aquellos casos afirman las tres sentencias de 8 de julio de 2014 que no era controvertido que las resoluciones impugnadas se dictaron en un procedimiento expresamente calificado de "revisión de oficio"; tampoco era controvertido que al dejar sin efecto el alta de los allí recurrentes en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, se les privaba de las facultades y ventajas que tal régimen especial comporta.

6º Añade en especial la sentencia con la que se inicia esa jurisprudencia -la dictada en el recurso de casación 3416/2012 - que en aquellos recursos la defensa de la Administración de la Seguridad Social -en concreto y esos casos, el Instituto Social de la Marina- sostuvo que en el ámbito de la Seguridad Social no es aplicable el artículo 103 de la Ley 30/1992 por razón de lo previsto en su disposición adicional sexta, lo que se acepta, ahora bien que esto sea así no impide la aplicación del ya citado artículo 146 de la LRJS en relación con el también citado artículo 55 del Reglamento de Inscripción, Afiliación, Altas y Bajas.

7º Respecto de este último precepto se dice que el artículo 55.1 atribuye a la Administración la potestad de revisión y control sobre los actos que enumera y en concreto los que se denominan "actos de encuadramiento", lo que incluye su revisión de oficio en la forma y con el alcance que señala; se añade que en el párrafo 2 del citado artículo 55 se regulan los límites para el ejercicio de esa potestad de revisión de oficio, en particular que su ejercicio no puede afectar a los actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios, salvo las excepciones que la propia norma indica.

8º La Administración sostuvo que los actos de "encuadramiento" no son actos declarativos de derechos, sino actos instrumentales constitutivos de una relación jurídica, en el desenvolvimiento de la cual se adquirirán derechos y obligaciones por las partes de la misma, de lo que dedujo la procedencia del procedimiento de revisión de oficio regulado en el artículo 56 del Reglamento de Inscripción, Afiliación, Altas y Bajas.

9º Frente a tal planteamiento la jurisprudencia que se está glosando sostiene respecto de los llamados actos de "encuadramiento" que al margen de cómo los órganos jurisdiccionales del orden social interpreten y apliquen la legislación sobre Seguridad Social, en este orden contencioso-administrativo "hay que estar indefectiblemente al significado que los conceptos tienen en el Derecho Administrativo" en el que "la noción de "acto declarativo de derechos " o, en una terminología más moderna, su perfecto equivalente de " actos favorables" tienen un significado muy preciso y profundamente arraigado. Un acto declarativo de derechos o acto favorable es todo aquel acto administrativo -cualquiera que sea su naturaleza a otros efectos- del que su destinatario obtiene derechos, facultades u otras situaciones jurídicas ventajosas".

10º Dicho lo anterior se ha considerado que en nuestra legislación administrativa la distinción entre actos declarativos de derechos o favorables y los que no lo son, esto es, desfavorables o de gravamen, es una distinción

"relevante fundamentalmente para trazar dos regímenes jurídicos distintos de revisión, tal como se puede ver claramente en los actuales arts. 102 y siguientes de la LRJ-PAC [Ley 30/1992]". La consecuencia es que "todo acto de la Seguridad Social o es declarativo de derechos o no lo es: tertium non datur. Que determinados actos de la Seguridad Social deban ser caracterizados como "actos de encuadramiento", teniendo una naturaleza constitutiva, seguramente será relevante en determinados supuestos; pero, a la hora de determinar cuál es el procedimiento (administrativo o jurisdiccional) a seguir para su revisión, lo decisivo en el orden contencioso-administrativo es si se trata de un acto declarativo de derechos o no".

11º Y concluye esta jurisprudencia -siguiendo con la cita de la sentencia de cabecera- que "ni que decir tiene que la respuesta a este interrogante depende del contenido de cada concreto acto administrativo y, en particular, de que efectivamente amplíe el patrimonio o la esfera jurídica de su destinatario".

12º Con ese razonamiento conclusivo, en esos casos concretos se declaró lo siguiente: "En el presente caso, no cabe duda que la inclusión en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar presenta ventajas comparativas con respecto al Régimen General de la Seguridad Social, de manera que el acto de inclusión que las resoluciones administrativas recurridas trataban de corregir era indudablemente un acto declarativo de derechos a efectos del Derecho Administrativo".

QUINTO.- Siendo la regla general establecida por el legislador la necesidad de que se solicite la revisión ante la Jurisdicción Social competente mediante la oportuna demanda las excepciones establecidas han de interpretarse de forma restrictiva y comprendiendo, de una parte, mera rectificación de errores materiales, de hecho y aritméticos, que por lo tanto son directa, palmaria y manifiestamente apreciables y, de otra, la constatación, lo que comporta una precisa labor de motivación, de omisiones o inexactitudes (disyuntiva que exige igualmente una precisa determinación) que han de corresponderse a las declaraciones del beneficiario, lo que comporta igualmente una apreciación directa que no se corresponde a cuestiones precisadas de calificación que deberán, en tal caso, ser sometidas a la decisión jurisdiccional.

En este sentido la Sentencia del TSJ de Galicia de fecha 9 de febrero de 2017, nº 52/2017, rec. 4306/2016, con relación a un supuesto en que se apreciaba la existencia de simulación de la relación laboral y la inexistencia de prestación de servicios real, con el fin de obtener la renovación de la autorización de residencia, señalaba "A ello ha de añadirse que no se puede considerar que

se trate de meras inexactitudes u omisiones puesto que la determinación de los hechos que pueden considerarse acreditados en orden a la procedencia de anular el alta precisan de una interpretación que excede de lo que se puede entender por mera inexactitud u omisión, y que no hay justificación ni de que fuera la simple rectificación de errores materiales -que no se aprecia en este caso-, o que hubiesen sido ocasionadas por omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario; por lo que no se pueden aplicar las referidas excepciones a la regla general que exige acudir a la jurisdicción social para la revisión de los actos declarativos de derechos de la Seguridad Social. Es significativo que el propio expediente en que se dicta la resolución recurrida se denomina de "revisión alta en empresa".

En este mismo sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 7 de marzo de 2019, rec. 29/17 (y acumulado 31/17) en la que tras referirse a la STS de 11 de octubre de 2016 (RJ 2016, 5352) señalaba: "La cuestión es si puede considerarse integrado dentro del concepto "omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario "la constatación de una simulación contractual, que es lo que se sostiene en la resolución administrativa que anula el alta del empleado de hogar, y su correlativo, el de la cuenta de cotización del empleador. Para la validez jurídica del alta el presupuesto necesario es la propia realidad de la relación laboral, cuestión sobre la que los pronunciamientos de los órganos de este Orden jurisdiccional es meramente prejudicial (art. 10.1 LOPJ y art. 4.1 LJCA, por ser la Jurisdicción Social el orden genuino que ha de conocer de la existencia o no de una relación laboral por cuenta ajena (art. 9.5 LOPJ y arts. 1 y 2 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre). El art. 146.2.a) cuando posibilita la autotutela para que la Administración actúe revisando sus propios actos, sin necesidad de solicitar la revisión ante la Jurisdicción Social, se refiere a "omisiones o inexactitudes" en las declaraciones de los beneficiarios, lo que no permite incluir dentro de este concepto la "simulación" de la propia relación laboral, que es la base misma del alta. La decisión administrativa se sustenta en la afirmación de que no existía la relación laboral presupuesto del alta; y no en que se habían facilitado datos incorrectos o inexactos, o que se hubieran omitido otros, que permiten revisar de oficio aspectos circunstanciales por el principio de autotutela administrativa. (...) Estima la Sala, en conclusión, que la Administración debió acudir a interesar la revisión de oficio ante el Juzgado de lo Social competente, que es quien tiene la competencia genuina para determinar si existe o no relación laboral, sin que pudiera acudir a la revisión de oficio, por estar en la excepción del art. 146.2.a) de la Ley 36/2011, como se propugna."

Por otra parte, y a mayor abundamiento, con la salvedad de referirse a materia sancionadora, no podemos desatender las previsiones del art. 19.1 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social - "Cuando el acta de infracción haya sido objeto de alegaciones por el sujeto responsable con base en alegaciones o pruebas que puedan desvirtuar la naturaleza laboral de la relación jurídica objeto de la actuación inspectora, el órgano instructor podrá proponer que se formalice demanda de oficio ante la Jurisdicción de lo Social que, de formalizarse, motivará la suspensión del procedimiento con notificación al interesado" - y 148. d - "El proceso podrá iniciarse de oficio como consecuencia: d) De las comunicaciones de la autoridad laboral cuando cualquier acta de infracción o de liquidación levantada por la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, relativa a las materias de Seguridad Social excluidas del conocimiento del orden social en la letra f) del artículo 3, haya sido impugnada por el sujeto responsable con base en alegaciones y pruebas que, a juicio de la autoridad laboral, puedan desvirtuar la naturaleza laboral de la relación jurídica objeto de la actuación inspectora" - a cuyo amparo debe apreciarse que si en materia de liquidaciones e infracciones administrativas la Administración, ante controversias jurídicas que conciernen a la naturaleza laboral de la relación jurídica objeto de la actuación inspectora, se prevé podrá acudir a la demanda de oficio, con más razón habrá de acudir a la jurisdicción social cuando esa actuación inspectora es precisamente la determinante de la incoación de un procedimiento de revisión de altas, con su relevancia a efectos de cotización, en la Seguridad Social y, en todo caso, la interpretación de las exclusiones a la regla general de la necesidad de acudir a la misma deberá realizarse de forma muy estricta, en cuanto a sus excepciones.

SEXTO.- No está de más la cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2021 (RJ 2021, 4372) (rec. 3043/2020) que expresa lo siguiente

" Esta doctrina es plenamente confirmada en la STS nº 74/2019, de 29 de enero (RJ 2019, 373) (recurso de casación 2972/2016), que reproduce fragmentos de la fundamentación de la sentencia anterior. Y en fin, abunda en la misma línea de razonamiento la reciente sentencia nº 1133/2021, de 15 de septiembre (JUR 2021, 301690) (casación 4068/2019), a la que antes nos hemos referido, en cuyo F.J. 4º se recoge la siguiente doctrina:

"El supuesto de excepción a la aplicabilidad del Régimen General de revisión de los actos declarativos de derechos contemplado en el primer inciso del artículo 146.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, debe interpretarse en el sentido de que solo exige a las Entidades, órganos u Organismos gestores de la Seguridad Social de instar el correspondiente proceso judicial ante el Juzgado de lo Social competente, cuando la revisión tenga por objeto la rectificación de errores materiales o de hecho ostensibles, manifiestos o indiscutibles y los aritméticos, así como las revisiones motivadas por la constatación de omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario, sin necesidad de acreditar que concorra animo defraudatorio en el mismo".

Reiteración de la doctrina jurisprudencial expuesta, sin necesidad de corregirla, matizarla ni aclararla.

Visto lo argumentado por las partes en el presente recurso de casación, no apreciamos razones que nos lleven a corregir, matizar ni aclarar la jurisprudencia que hemos dejado reseñada en el apartado anterior.

Como hemos visto en el antecedente cuarto, la representación de la Tesorería General de la Seguridad Social considera necesario que esta Sala matice esa jurisprudencia al objeto de delimitar los supuestos en que las omisiones e inexactitudes permiten la revisión de oficio, particularmente en aquellos casos de simulación de relaciones laborales, debiendo admitirse, según la recurrente, que esta simulación pueda subsumirse en el concepto de omisión e inexactitud. Pues bien, entendemos que este planteamiento de la recurrente no debe ser asumido.

La cuestión de si la apreciación de la Tesorería General de la Seguridad Social de que concurre una simulación contractual puede o no considerarse comprendida dentro del concepto "omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario" es expresamente abordada en la parte final del fundamento quinto de la sentencia ahora recurrida. Allí la Sala de instancia cita un pronunciamiento suyo anterior en el que se examina la cuestión a la vista de la doctrina jurisprudencial antes reseñada y de la regulación contenida en el artículo 146 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre (RCL 2011, 1845), reguladora de la jurisdicción social, y el artículo 55 del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 84/1996 de 26 de enero (RCL 1996, 673, 1442).

El razonamiento que expone la sentencia recurrida comienza señalando que para la validez jurídica del alta del trabajador en la Seguridad Social es

presupuesto necesario la propia existencia y realidad de la relación laboral; siendo ésta una cuestión sobre la que los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo tienen un alcance meramente prejudicial (artículo 10.1 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) y artículo 4.1 LJCA (RCL 1998, 1741)), por ser la Jurisdicción Social la que tiene la competencia genuina para conocer de la existencia o no de una relación laboral por cuenta ajena (artículo 9.5 LOPJ y artículos 1 y 2 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre).

Partiendo de lo anterior, compartimos el parecer de la Sala de instancia cuando señala que el artículo 146.2.a) de la Ley reguladora de la jurisdicción social, que posibilita la autotutela para que la Administración revise sus propios actos sin necesidad de solicitar la revisión ante la Jurisdicción Social, se refiere al caso en que se hayan producido "omisiones o inexactitudes en las declaraciones de los beneficiarios", expresión ésta en la que no cabe considerar incluido el supuesto de "simulación" de la propia relación laboral, que, como acabamos de señalar, es la base y el presupuesto mismo del alta del trabajador en la Seguridad Social.

En efecto, la decisión de la Tesorería General de la Seguridad Social de anular el alta como trabajador en el Sistema Especial de Empleados de Hogar se sustentaba en la afirmación de que no existía en realidad la relación laboral presupuesto del alta; y aquella decisión no se basaba en que en la declaración del beneficiario se hubiesen facilitado datos incorrectos o inexactos, o se hubieran omitido otros, que son los casos en los que tiene cabida la revisión de oficio. Además, destaca la sentencia recurrida, en este caso el "beneficiario" del alta sería el empleado de hogar; y sucede que no es éste quien suscribe el formulario de alta en la Seguridad Social ya que es el empleador quien está obligado a ello. Por tanto, no puede sostenerse que la revisión de oficio, sin necesidad de acudir a la Jurisdicción Social, se justifica por las inexactitudes u omisiones contenidas en la declaración del beneficiario.

En definitiva, compartimos el parecer de la Sala del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco cuando concluye que estamos ante un supuesto en el que la Tesorería General de la Seguridad Social debió interesar la revisión de oficio ante la jurisdicción social, porque es la que detenta la competencia genuina para determinar si existía o no relación laboral, no pudiéndose acudir a la revisión de oficio porque no concurría la excepción prevista en el artículo 146.2.a) de la Ley de la Jurisdicción Social, al no tratarse aquí de

un caso de omisiones o inexactitudes constatadas en las declaraciones del beneficiario.

Y respondiendo, en fin, a la concreta cuestión señalada en el auto de admisión del presente recurso de casación, entendemos que, como regla general, cuando la Tesorería General de la Seguridad Social considere que una relación laboral es simulada la vía para anular el alta del trabajador no es la revisión de oficio sino la formulación de la correspondiente demanda ante el órgano competente de la Jurisdicción Social."

Por lo expuesto procede la estimación del recurso sin necesidad de enjuiciamiento de las cuestiones de fondo vertidas en la demanda".

(St de 30 de septiembre de 2022 Sala de Sevilla. Ponente Ángel Salas Gallego)

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES. EXTRANJEROS EN ESPAÑA. SUFICIENCIA DE RECURSOS

Sería una incongruencia que el reconocimiento de 400 euros mensuales, que se le ha concedido a una persona por carecer de rentas o ingresos suficientes, sirva al propio tiempo para justificar la disponibilidad de recursos suficientes en aras a la concesión de un permiso de residencia en favor de otra persona, del apelado, por lo que, con independencia de la existencia del seguro de enfermedad, cuyas primas han de abonarse, o de los envíos de dinero a familiares en Colombia, es improcedente el reconocimiento de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la UE.

Primero.- En esta segunda instancia la cuestión polémica ha quedado reducida a determinar el acierto o no de la Sentencia dictada en lo que respecta a la consideración de que el Sr. Arsenio no representa una carga para la asistencia social en España durante su período de residencia, ya que, razona el Magistrado y difiere la parte apelante, el Sr. Arsenio cuenta con un seguro de enfermedad y convive con su abuelo, que cobra una pensión no contributiva y, además, envía periódicamente dinero a sus familiares de Colombia, de donde procede el apelado. Segundo.- De conformidad con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 de julio de 2017, la norma aplicable al supuesto enjuiciado es el art 7 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que en sus dos primeros párrafos dispone lo siguiente: "Artículo 7. Residencia superior a tres meses de ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico

Europeo. 1. Todo ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo tiene derecho de residencia en el territorio del Estado Español por un período superior a tres meses si: a) Es un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en España, o b) Dispone, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España, o c) Está matriculado en un centro público o privado, reconocido o financiado por la administración educativa competente con arreglo a la legislación aplicable, con la finalidad principal de cursar estudios, inclusive de formación profesional; y cuenta con un seguro de enfermedad que cubre todos los riesgos en España y garantiza a la autoridad nacional competente, mediante una declaración o por cualquier otro medio equivalente de su elección, que posee recursos suficientes para sí y los miembros de su familia para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado español durante su período de residencia, o d) Es un miembro de la familia que acompaña a un ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o va a reunirse con él, y que cumple las condiciones contempladas en las letras a), b) o c). 2. El derecho de residencia establecido en el apartado 1 se ampliará a los miembros de la familia que no sean nacionales de un Estado miembro cuando acompañen al ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o se reúnan con él en el Estado español, siempre que dicho ciudadano cumpla las condiciones contempladas en las letras a), b) o c) de dicho apartado 1". Tercero.- Como vimos, el Abogado del Estado entiende que la Sentencia no aplica correctamente la normativa ya que estima que la percepción por parte del abuelo del ciudadano extranjero de una pensión no contributiva, unida al envío de dinero a los familiares colombianos y a la suscripción de un seguro de enfermedad para el apelado enervan la exigencia reglamentaria de no constituirse en carga para la asistencia social en España durante el período de residencia al ser esas circunstancias, en definitiva, determinantes de la constancia de "recursos suficientes". Las pensiones no contributivas, como la que disfruta el abuelo del apelado, son una manifestación de la acción protectora del sistema de Seguridad Social consistiendo en prestaciones económicas que se reconocen a aquellos ciudadanos que, encontrándose en situación de necesidad protegible, carezcan de recursos suficientes para su subsistencia en los términos legalmente establecidos, aun cuando no hayan cotizado nunca o el tiempo suficiente para alcanzar las prestaciones del nivel contributivo. Así lo dispone el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de

octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, cuyos arts 363.l.d) y 369 exigen que el beneficiario de tal pensión (de invalidez o de jubilación) carezca "de rentas o ingresos suficientes", añadiendo que "se considerará que existen rentas o ingresos insuficientes cuando la suma, en cómputo anual, de los mismos sea inferior al importe, también en cómputo anual, de la prestación a que se refiere el apartado 1 del artículo siguiente". Por ello, es un contrasentido que la percepción por el abuelo de una pensión no contributiva, de algo más de 400 euros mensuales, que se le ha concedido para esa persona por carecer de rentas o ingresos suficientes, sirva al propio tiempo para justificar la disponibilidad de recursos suficientes en aras a la concesión de un permiso de residencia en favor de otra persona, del apelado, por lo que, con independencia de la existencia del seguro de enfermedad, cuyas primas han de abonarse, o de los envíos de dinero a familiares en Colombia, cuya periodicidad e importe no se describen y que, en cualquier caso, pueden variar e incluso suspenderse, el recurso del Abogado del Estado ha de ser estimado, revocando así la Sentencia dictada.

(St de 9 de septiembre de 2022 Sala de Sevilla Ponente Angel Salas Gallego)

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES. DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

En los supuestos de estancia irregular, lo procedente es decretar la expulsión del extranjero, salvo que concurra alguno de los supuestos de excepción previstos en los apartados 2 a 5 del 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, sin que dicha decisión de expulsión pueda sustituirse por la sanción de multa. Los pronunciamientos judiciales ponen de manifiesto la existencia de una norma de derecho interno incompatible con la Directiva, en cuanto permite eludir la única respuesta de retorno, prevista para la situación de estancia irregular, mediante la imposición de una sanción de multa, incompatibilidad de la norma interna que, ya sea debida a su preexistencia a la Directiva o consecuencia de una deficiente transposición por el Estado miembro, no puede desconocerse por el juzgador en su función de interpretación del ordenamiento jurídico y elección de la norma aplicable. La Sentencia se transcribe completa pese a su extensión por su trascendencia en la materia

PRIMERO .- Se alega en síntesis en la apelación: 1º) Vulneración del artículo 24 CE. De acuerdo con la normativa y jurisprudencia que cita la Administración ha de motivar de forma expresa por qué acude a la sanción

de expulsión, pues la permanencia ilegal en principio se sanciona con multa, circunstancia que ha de consignarse en la resolución sancionadora y no cabe sanar en sede jurisdiccional. En este caso se alude a una condena penal pero sin motivar la trascendencia de la misma en la justificación de la sanción de expulsión, por lo que se infringe el principio de proporcionalidad al no constar elementos negativos a la mera instancia irregular que la avalen. 2º) Vulneración del artículo 49 de la Carta de los DDF de la Unión Europea y el artículo 25 CE. De acuerdo con la jurisprudencia comunitaria y la Sentencia que cita no cabe aplicar directamente la Directiva 2008/115/CE de retorno en perjuicio de los nacionales de Estados terceros en situación irregular por ser más favorable la normativa española que en determinados supuestos de estancia irregular contempla la imposición de multa a la que ha de estarse conforme a los principios de seguridad jurídica y de legalidad sancionadora, recogido este último en los artículos que considera vulnerados; ello sin perjuicio, además, de lo dicho sobre la falta de proporcionalidad de la sanción. La Abogacía del Estado opone que de acuerdo con la normativa que cita de la LO 4/2000 y la jurisprudencia nacional y comunitaria la situación de estancia irregular entraña necesariamente la obligación de adoptar una decisión de expulsión y/o retorno salvo que concurran las causas previstas en los apartados 2 a 5 del artículo 6 de la Directiva 2008/115/CE, lo que aquí no sucede al no demostrarse que otro Estado miembros de la Unión europea se haga cargo del recurrente, ni que éste sea titular de un permiso o autorización que se le haya dado o intente dar por alguno de esos Estados que otorgue derecho de estancia o residencia, ni que esté pendiente algún procedimiento de renovación de permiso de residencia o de autorización para permanecer en nuestro país; no siendo la expulsión desproporcionada pues en el supuesto de estancia irregular la única opción posible es la expulsión o retorno al país de origen cuando no se aprecie alguno de los supuestos de los apartados 2 a 5 del artículo 6 de la Directiva 2008/115/CE. SEGUNDO .- Se sanciona al recurrente como responsable de una infracción tipificada en el artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, en cuya virtud constituye infracción grave "Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente". El artículo 55.1.b) de dicha Ley prevé que las infracciones graves serán sancionadas " con multa de 501 hasta 10.000 euros". Disponiendo por su parte el artículo 57.1 que " 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". Siendo indiscutida la comisión por la demandante de la infracción descrita en el artículo 53.1.a), el debate litigioso se circunscribe únicamente a evaluar la procedencia de la sanción de expulsión que le fue impuesta y que la parte actora estima desproporcionada por las razones indicadas. TERCERO.- Para resolver la controversia que se nos plantea, debemos tomar como punto de partida la Sentencia de 23 de abril de 2015, nº C-38/2014, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, aplicada por numerosas Sentencias de esta Sala, y también por la que aquí se apela, que en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco concluyó, en relación con la alternativa multa-expulsión como posibles sanciones previstas respecto a infracciones por estancia irregular, que " La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, 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.". Razonaba a tal efecto: "31. Como indica el apartado 35 de la sentencia El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268), el artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva prevé ante todo, con carácter principal, la obligación de los Estados miembros de dictar una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio. 32. En efecto, una vez comprobada la irregularidad de la situación, las autoridades nacionales competentes deben, en virtud de dicho precepto y sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5 del mismo artículo, adoptar una decisión de retorno (sentencia Achughbadian, C-329/11, EU:C:2011:807, apartado 31). A este respecto, ningún dato del expediente remitido al Tribunal de Justicia permite suponer que el Sr. Carlos se encuentre en una de las situaciones contempladas en dichos apartados. 36. La facultad de los Estados miembros de establecer

excepciones, en virtud del artículo 4, apartados 2 y 3, de la Directiva 2008/115 , a las normas y procedimientos regulados en ésta no puede desvirtuar dicha conclusión. 37. Así, respecto a las disposiciones pertenecientes al acervo comunitario en materia de inmigración y de asilo que resulten más favorables para el nacional de un tercer país, contempladas en el apartado 2 de dicho artículo, es preciso señalar que ningún precepto de dicha Directiva ni ninguna disposición de un acto perteneciente al acervo comunitario permiten establecer un sistema que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de un Estado miembro, imponga, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí. 38. En cuanto al apartado 3 del mismo artículo, debe señalarse que la facultad de establecer excepciones que contiene está supeditada al requisito de que las disposiciones más favorables para las personas incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115 , adoptadas o mantenidas por los Estados miembros, sean compatibles con dicha Directiva. Ahora bien, habida cuenta del objetivo que persigue esta Directiva, recordado en el apartado 30 de la presente sentencia, y de las obligaciones que imponen claramente a los Estados miembros los artículos 6, apartado 1 , y 8, apartado 1, de la misma Directiva, la citada compatibilidad no queda garantizada si la normativa nacional establece un sistema como el descrito en el apartado anterior de esta sentencia. 39. A este respecto, cabe recordar que los Estados miembros no pueden aplicar una normativa que pueda poner en peligro la realización de los objetivos perseguidos por una directiva y, como consecuencia de ello, privarla de su efecto útil (véase, en este sentido, la sentencia *Achughbabian*, C-329/11, EU:C:2011:807, apartado 33 y jurisprudencia citada). 40. De lo anterior se desprende que una normativa nacional como la controvertida en el procedimiento principal puede frustrar la aplicación de las normas y de los procedimientos comunes establecidos por la Directiva 2008/115 y, en su caso, demorar el retorno, menoscabando de este modo el efecto útil de dicha Directiva (véase, en este sentido, la sentencia *Achughbabian*, C-329/11, EU:C:2011:807, apartado 39)". Conforme a lo dispuesto en el apartado primero del artículo 6 de la Directiva 2008/115 determina el dictado de la decisión de retorno, " 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."". A la luz de esta jurisprudencia comunitaria la Sala 3ª del Tribunal Supremo (Sección 5ª) se pronunció repetidamente sobre la cuestión aquí debatida en el sentido de que ante supuestos como el de autos de estancia irregular debía imponerse

preceptivamente la expulsión. Así se establecía en la Sentencia núm. 1117/2019, de 18 julio, dictada en recurso de casación núm. 3501/2018, y en las que en ella se citan (número 1716/2018, de 4 de diciembre, dictada en el recurso de casación núm. 5819/2017, o número 980/2018, de 12 de junio, dictada en el recurso de casación núm. 2958/2017), expresando que " en aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta, el recurso de casación debe estimarse, concluyendo, como concluíamos en el fundamento de derecho tercero de la sentencia dictada en el recurso 5248/2018 , que tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión a que se ha hecho referencia, no es posible, en aplicación de los artículos 53.1º.a), en relación con los artículos 55.1º.b) y 57.1º, todos ellos de la Ley Orgánica de Extranjería , optar entre la sanción de multa o expulsión, sino que ha de imponerse preceptivamente la de expulsión.". CUARTO .- Sin embargo, la enunciada jurisprudencia comunitaria fue modificada en Sentencia de 8 de octubre de 2020 de la Sala Sexta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictada en el asunto C-568/19, en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, mediante auto de 11 de julio de 2019, del siguiente tenor: " Si es compatible con la doctrina de ese Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a los límites del efecto directo de las Directivas, la interpretación de su sentencia de 23 de abril de 2015 (asunto C-38/14 , Zaizoune) en el sentido de que la Administración y los Tribunales españoles pueden hacer una aplicación directa de la Directiva 2008/115/CE (LCEur 2008, 2157) en perjuicio del nacional del tercer Estado, con omisión e inaplicación de disposiciones internas más beneficiosas en materia sancionadora, con agravamiento de su responsabilidad sancionadora y posible omisión del principio de legalidad penal; y si la solución a la inadecuación de la normativa española a la Directiva no debe hacerse por esa vía, sino por la de una reforma legal, o por las vías previstas en el Derecho comunitario para imponer a un Estado la debida transposición de las Directivas.". Tras recordar lo razonado en su anterior Sentencia de 23 de abril de 2015 (en el sentido de que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115 prevé ante todo, con carácter principal, la obligación de los Estados miembros de dictar una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio -sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5 del mismo artículo- y de que la legislación española que, en estos casos impone, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí, 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), la referida Sentencia de 8 de octubre de 2020 expresa lo que sigue en sus fundamentos 35 y 36: " 35 A este respecto, es preciso recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las directivas no pueden, por sí solas, crear obligaciones a cargo de los particulares, pues los Estados miembros no pueden invocar las disposiciones de las directivas, en su calidad de tales, contra dichas personas (véanse, en ese sentido, las sentencias de 26 de febrero de 1986, Marshall, 152/84, EU:C:1986:84, apartado 48, y de 12 de diciembre de 2013, Portugás, C-425/12, EU:C:2013:829, apartado 22). 36 Por lo tanto, si la normativa nacional que es de aplicación a MO en el litigio principal establece que, a los efectos de dicha normativa, la expulsión de los nacionales de terceros países que se encuentren en territorio español solo puede ordenarse si existen circunstancias agravantes en la persona de dichos nacionales, adicionales a su situación irregular, y esa misma normativa no puede interpretarse de conformidad con la Directiva 2008/115 (LCEur 2008, 2157), extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, el Estado miembro no podrá basarse directamente en dicha Directiva para, a los efectos de lo dispuesto en ella, adoptar una decisión de retorno respecto de MO y hacer cumplir esta aun cuando no existan circunstancias agravantes.". A partir de lo anterior, la conclusión alcanzada por el TJUE en el fundamento núm. 37 de su Sentencia, y trasladada al Fallo de la misma, es la de que " La Directiva 2008/115/CE (LCEur 2008, 2157) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, debe interpretarse en el sentido de que, cuando la normativa nacional, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de un Estado miembro, imponga, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, teniendo en cuenta que la segunda medida solo puede adoptarse si existen circunstancias agravantes en la persona de dichos nacionales, adicionales a su situación irregular, la autoridad nacional competente no podrá basarse directamente en lo dispuesto en la Directiva para adoptar una decisión de retorno y hacer cumplir dicha decisión aun cuando no existan circunstancias agravantes". La Sala 3ª del Tribunal Supremo (Sección 5ª), en Sentencia de 17 de marzo de 2021 recaída en recurso de casación núm. 2870/2020 se ha pronunciado sobre el alcance de la jurisprudencia comunitaria que se acaba de transcribir. Razona nuestro Alto Tribunal: " TERCERO. Examen de la cuestión que suscita interés casacional objetivo. Se ha querido hacer una exposición del panorama jurisprudencial existente en relación a la interpretación del polémico artículo 57.1º de nuestra LOEX, que es lo que subyace en la

cuestión que suscita interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia en el presente recurso de casación, para pasar a continuación a establecer el criterio que aúne lo declarado en las dos sentencias del TJUE y nuestra jurisprudencia en relación con dicho debate. (...) Referido el debate a la interpretación de las normas nacionales conforme a las Directivas, debe tenerse en cuenta que, como recuerda la sentencia de 14 de mayo de 2020 (asunto C-615/18 ; ECLI: EU:C:2020:376), "el principio de interpretación conforme del Derecho interno, en virtud del cual el órgano jurisdiccional nacional está obligado a dar al Derecho interno, en la medida de lo posible, una interpretación conforme con las exigencias del Derecho de la Unión, es inherente al régimen de los Tratados, en la medida en que permite que el órgano jurisdiccional nacional garantice, en el marco de sus competencias, la plena efectividad del Derecho de la Unión al resolver el litigio de que conozca. Además, cualquier juez nacional que conozca de un asunto, en el marco de su competencia, estará obligado, como órgano de un Estado miembro, a abstenerse de aplicar cualquier disposición nacional contraria a una disposición del Derecho de la Unión con efecto directo en el litigio de que conoce." Ello comporta "obligación del juez nacional de utilizar como referencia el contenido del Derecho de la Unión cuando interpreta y aplica las normas pertinentes del Derecho interno" (sentencia de 7 de agosto de 2018, asunto C-122/17 , EU:C:2018:631); que "incluye la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de modificar, en su caso, una jurisprudencia ya establecida si esta se basa en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de una directiva (sentencia de 4 de junio de 2020; asunto C-495/19 ; ECLI: EU:C:2020:431). Y profundizando en dicha idea "cabe recordar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el órgano jurisdiccional nacional no puede considerar válidamente que se encuentra imposibilitado para interpretar una norma nacional de conformidad con el Derecho de la Unión por el mero hecho de que, de forma reiterada, se haya interpretado esa norma en un sentido que no es compatible con ese Derecho o de que la apliquen así las autoridades nacionales competentes" (sentencia de 4 de marzo de 2020; asunto C-183/18; ECLI:EU:C:2020:153). Y, en esa labor, los Tribunales nacionales han de tomar en consideración no solo "el conjunto de normas del Derecho interno, sino también que aplique métodos de interpretación reconocidos por este, para interpretarlo, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad la directiva en cuestión para alcanzar el resultado que esta persigue y, por lo tanto, atenerse al artículo 288 TFUE , párrafo tercero" (sentencia de 10 de diciembre de 2020; asunto C-735/19 ; ECLI: EU:C:2020:1014). No obstante lo anterior, el principio de interpretación conforme a las normas

comunitarias, pese a los relevantes efectos que supone y la efectividad que comporta de salvaguarda del Derecho comunitario, tiene determinados límites que la jurisprudencia del Tribunal ha señalado reiteradamente, como pone de manifiesto su reciente sentencia de 21 de enero de 2021, asunto C-308/19 (ECLI: EU:C:2021:47), con abundante cita, al declarar que "el principio de interpretación conforme del Derecho nacional tiene determinados límites. Así, la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el contenido del Derecho de la Unión cuando interpreta y aplica las normas pertinentes del Derecho interno está limitada por los principios generales del Derecho, incluido el principio de seguridad jurídica, y no puede servir de base para una interpretación contra legem del Derecho nacional." Y ese límite viene impuesto por el principio de seguridad jurídica y la previsibilidad del Derecho (sentencia de 1 de octubre de 2020, asunto C-526/19; ECLI: EU:C:2020:769); de tal forma que comporta la imposibilidad de "determinar o agravar, basándose en una decisión marco [asimilada a estos efectos a las Directivas] y con independencia de una ley adoptada para la ejecución de esta, la responsabilidad penal de quienes hayan cometido una infracción" (sentencia de 4 de marzo de 2020; asunto C 183/18 ; ECLI: EU:C:2020:153). Ahora bien, esa interpretación se deja al criterio de los Tribunales nacionales, porque "corresponde a dicho tribunal determinar si puede proceder a una interpretación conforme con el Derecho de la Unión de la normativa nacional controvertida en el litigio principal" (sentencia de 8 de mayo de 2019; asunto C-486/18 ; ECLI: EU:C:2019:379). De lo expuesto ha de concluirse que hemos de buscar una interpretación del mencionado artículo 57.1º de la LOEX conforme a los claros términos de la Directiva 2008/115 , sirviéndonos para ello de todo el ordenamiento español y los criterios interpretativos que el mismo impone, con el límite de no realizar una interpretación contra legem. Y en este sentido se debe partir que el precepto cuestionado, nuestro artículo 57.1º de la LOEX, debe ser interpretado para determinar su alcance, tanto en su actual redacción como con anterioridad a la reforma de 2009, la cual, como ya se dijo, no añadió nada nuevo a su contenido. Y esa interpretación, en la medida de lo posible, debe tratar de adaptarse a los dictados de la norma comunitaria. En esa labor debe servir de punto de partida que este Tribunal Supremo ha aplicado la doctrina fijada en la sentencia 2015/260, considerando que la estancia irregular de un extranjero en el territorio nacional debe necesariamente ser objeto de una decisión de retorno, es decir que el artículo 57.1º de la LOEX solo puede interpretarse en el sentido de considerar que la estancia irregular de un extranjero en España, solo puede ser "sancionada" con expulsión. Bien claro ha establecido el Tribunal de Justicia en las dos sentencias referidas, que

una "sanción" de multa, que excluye la expulsión, es contrario a la Directiva. Ello supone que debe rechazarse, en la opción que se contiene en el precepto, la posibilidad de la sanción de multa, que no procede en ningún caso. Esa primera conclusión requiere una mayor explicación. En primer lugar, que al suponer un efecto favorable de la Directiva para los ciudadanos, debe ser de aplicación directa. En efecto, para los extranjeros en situación irregular en España, la Directiva impone su obligación de retorno, pero, implícitamente, les está reconociendo que, si no procede esa decisión de retorno, no se le puede imponer una sanción de otra naturaleza que le autorice a permanecer en España. Así pues, y en segundo lugar, no es admisible interpretar el artículo 57.1º en el sentido de poder aplicar la pretendida opción de multa o expulsión al extranjero en situación irregular, porque; o procede su expulsión o la acción debe quedar al margen del ámbito sancionador, en el criterio que establece el mencionado precepto. La sanción de multa a la estancia irregular es una opción que ya la Directiva 2008/115 excluye de manera taxativa y lo vino a declarar de manera concreta la sentencia del TJUE de 2015; porque para la norma comunitaria, y al margen de consideraciones punitivas, la finalidad es la salida de todos aquellos extranjeros que se encuentren de manera irregular en alguno de los Estados de la Unión, lo cual es contrario a la posibilidad de imponer una sanción de multa sin dicha salida. Porque la finalidad de la Directiva es establecer las normas comunes de procedimiento sobre la salida de los extranjeros irregulares en el territorio de la Unión, sin otra opción admisible que los extranjeros pueden invocar directamente (sentencia de 26 de septiembre de 2013, asunto C-476/11; ECLI:UE:C:2013:590). Y nada opta a ese razonamiento que el artículo 28 de nuestra LOEX haga referencia a una tan inconcreta como ineficaz orden de salida obligatoria, que es contraria a la Directiva, en cuanto no fija su ejecución en tiempo razonable, ni se arbitran medios para dicha efectividad. Podría objetarse a esa conclusión que es contraria a lo que ya se dijo más arriba, en el sentido de que la Directiva 2008/115 no pretende una regulación integral del régimen jurídico de los extranjeros; de donde cabría pensar que nada impide que el Legislador español pueda imponer una sanción de multa a la mera estancia irregular sin orden de salida obligatoria y en tiempo razonable. Pero no es eso lo que hace nuestro Legislador, sino que anuda y condiciona esa sanción de multa como alternativa a la expulsión, alternativa que sí vulnera palmariamente la Directiva. Y en este sentido se declaró por el Tribunal de Justicia que "un Estado miembro no puede aplicar una normativa penal que pueda poner en peligro la realización de los objetivos perseguidos por la Directiva 2008/115, y como consecuencia privarla de su efecto útil..., si bien es cierto que, en principio, la legislación penal y las

normas de procedimiento penal son competencia de los Estados miembros, el Derecho de la Unión puede afectar a dicha rama del Derecho. [véanse, en este sentido, las sentencias de 28 de abril de 2011, El Dridi, C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, apartados 53 a 55; de 6 de diciembre de 2011, Achughbalian, C-329/11, EU:C:2011:807, apartado 33, y de 6 de diciembre de 2012, Sagor, C-430/11, EU:C:2012:777, apartado 32] (sentencia de 17 de septiembre de 2020; asunto C-806/2018. ECLI: EU:C:2020:724). Es indudable que esas consideraciones y conclusiones son tanto más concluyentes para el Derecho Administrativo Sancionador, que es donde se sitúa ahora el debate. Es decir, conforme a lo expuesto respecto de esta primera conclusión en la interpretación del precepto que genera la polémica; o hay mera estancia que no genera expulsión, o hay estancia irregular y necesariamente debe acordarse la expulsión, sin posibilidad de otra sanción que no comporte esa medida. Ese es el régimen jurídico que se impone en la Directiva a los ciudadanos extranjeros en situación irregular en territorio de cualquier Estado de la Unión y esa es la interpretación que debe hacerse del artículo nacional. Esa primera conclusión de la interpretación de nuestro artículo 57.1º conforme a la Directiva, allana el camino para ajustarnos a los criterios que impone el Tribunal de Justicia en las dos sentencias de referencia. Esto es, la necesidad de dictar una orden de retorno para los extranjeros en situación irregular. Porque esa exigencia de la Directiva se ha de vincular ya solo en relación a la orden de expulsión, como única posibilidad en la aplicación del mencionado precepto, de donde ha de concluirse que la cuestión se centra en determinar cuándo esa situación de estancia irregular exige dictar la orden de expulsión. En ese debate debe traerse a colación el distinto ámbito objetivo de que parten nuestra LOEX y la Directiva. En nuestro Derecho, en el régimen que se establece en la LOEX, precisamente por hacer una regulación integral del régimen de los extranjeros, la mera estancia irregular, sin mayores circunstancias, se tipifica como infracción grave (artículo 53.1º.a), que debe ser sancionada con multa (artículo 55.1º.b), si bien puede ser también sancionada con expulsión (artículo 57.1º), en aplicación del principio de proporcionalidad, suficientemente motivado. Es decir, para nuestro Legislador, en una normativa que se impuso con anterioridad a la aprobación de la Directiva, el mero hecho de la estancia irregular, sin mayores consideraciones subjetivas ni otras objetivas de agravación de tal conducta, comporta la infracción. Sin embargo, no es ese el ámbito objetivo del que parte la Directiva. En efecto, el artículo 6 de la Directiva impone la obligación de los Estados de dictar una decisión de retorno --acto administrativo o judicial que se erige en el elemento esencial del régimen que se establece--, que se vincula a la situación de estancia irregular. No

obstante lo anterior, es lo cierto que si bien en la definición que de esa estancia se hace en el artículo 3.2º, referida a la mera presencia, sin cumplir o haber dejado de cumplir las condiciones de entrada; no lo es menos que la misma norma comunitaria no toma en consideración ese automatismo y así cabe concluirlo del considerando sexto que precede a su articulado, en el que se declara expresamente que la finalidad de la norma es que "los Estados miembros se aseguren de que la finalización de la situación irregular de nacionales de terceros países se lleve a cabo", pero para añadir inmediatamente que esa finalidad debe realizarse "mediante un procedimiento justo y transparente. De conformidad con los principios generales del Derecho comunitario, las decisiones que se tomen en el marco de la presente Directiva deben adoptarse de manera individualizada y fundándose en criterios objetivos, lo que implica que se deben tener en cuenta otros factores además del mero hecho de la situación irregular." Sobre esos presupuestos, el Tribunal de Justicia ha venido acuñando una prolija doctrina jurisprudencial que ha delimitado el alcance de la decisión de retorno y, lo que es más relevante a los efectos del debate aquí suscitado, los presupuestos que la misma requiere, que exceden de ese automatismo que cabe concluir del artículo 6 de la Directiva, cuya redacción está condicionada por la propia naturaleza de estas peculiares normas del Derecho de la Unión, que vinculan en cuanto al resultado que se impone a los Estados. Porque en la interpretación del precepto por el Tribunal de Justicia la decisión de retorno no queda vinculada a la mera estancia irregular, como sucede en el Derecho español, sino que, con base a lo declarado en el antes mencionado fundamento de la Directiva, se declara reiteradamente por la jurisprudencia comunitaria, la necesidad de que la decisión de retorno se adopte "de manera individualizada y fundándose en criterios objetivos", de donde se llega a la conclusión que debe "tener en cuenta otros factores además del mero hecho de la situación irregular" (sentencia de 7 de junio de 2016, asunto C-47/15; ECLI: EU:C:2016:408). Es decir, para la norma comunitaria, la mera estancia irregular sin la concurrencia de otros "factores", no comporta la necesidad de adoptar una decisión de retorno, en el bien entendido que esa referencia a la necesidad de esos otros factores, en modo alguno se vinculan, en esa jurisprudencia, a los supuestos en que la propia Directiva excluye la posibilidad de dictar una decisión de retorno en el propio artículo 6 ni, incluso a nivel más genérico, en los artículos 4 y 5. Especial consideración ha merecido al Tribunal de Justicia que la decisión de retorno haya de adoptarse en el seno de un procedimiento, que se impone debe ser "justo y transparente" (sentencia de 7 de junio de 2016, antes citada) y en el que se respeten los derechos humanos y las garantías procedimentales (sentencia de 19 de junio

de 2018, asunto C-181/16; ECLI: EU:C:2018:465), en el cual se termine, en su caso, adoptando la decisión de retorno, que deberá dictarse por escrito, estar motivada y dar oportunidad de ser recurrida de manera efectiva y mediante control judicial (sentencia de 2 de julio de 2020, asunto C-18/19; ECLI: EU:C:2020:511). Y en esa exigencia del procedimiento y sus garantías, se ha declarado en la sentencia de 5 de noviembre de 2014, C-166/13 (ECLI: EU:C:2014:2336) que se impone "la obligación para las autoridades nacionales competentes de permitir al interesado expresar su punto de vista sobre las modalidades de su retorno, a saber, el plazo de salida y el carácter voluntario u obligatorio del retorno (...) [que se adopta] de conformidad con los principios generales del Derecho de la Unión, incluido el de proporcionalidad,... que deben adoptarse de manera individualizada y teniendo debidamente en cuenta los derechos fundamentales de la persona interesada." Así pues, solo tras la tramitación del procedimiento con tales exigencias es posible poder adoptarse una decisión de retorno, pero siempre que resulte "comprobada la irregularidad de la situación" (sentencia de 14 de enero de 2021, asunto C-441/2019; ECLI: EU:C:2021:9), rechazándose que esa decisión pueda adoptarse "de manera automática, por vía normativa o mediante la práctica, de conceder un plazo de salida voluntaria... exige que se compruebe de manera individualizada si la ausencia de tal plazo sería compatible con los derechos fundamentales de esa persona" (sentencia de 11 de junio de 2015, asunto C-554/13; ECLI: EU:C:2015:377). En definitiva, para el Tribunal de Justicia, los mandatos de la Directiva deben vincularse, no solo a la mera estancia irregular de los extranjeros en cualquier Estado de la Unión, sino que deberán valorarse otros factores concurrentes, de manera individualizada y tras seguir un procedimiento con plenas garantías, pero siempre atendiendo al principio de proporcionalidad. Cabe concluir de lo expuesto, de otra parte, que la mera estancia irregular, sin la concurrencia de otros factores, no puede justificar una decisión de retorno. Retomando la idea antes expuesta, desde el punto de vista objetivo, la mera estancia, en el régimen de nuestra LOEX, genera ya efectos jurídicos (sanción); en tanto que para la Directiva, solo la estancia con determinados factores, comporta dictar una orden de retorno. Y aun cabe añadir que, pese a ese diferente régimen objetivo (asimilado al excluir la multa), ambos ordenamientos refieren la determinación de la expulsión (única opción a considerar en el artículo 57.1º), en última instancia, al principio de proporcionalidad. Y, en relación a lo que aquí es objeto de debate, si la cuestión que se suscita en este recurso de casación es determinar la incidencia de la sentencia 2020/807 en la interpretación del precepto nacional, debe examinarse esa incidencia desde el punto de vista del mencionado principio. El principio de

proporcionalidad constituye un principio general del derecho, con especial incidencia en el ámbito punitivo y en el ámbito de protección de los derechos fundamentales, como ha tenido ocasión de declarar reiteradamente nuestro Tribunal Constitucional (por todas, sentencia 39/2016, de 3 de marzo; ECLI:ES:TC:2016:39; y la 186/2000, de 10 de julio; ECLI:ES:TC:2000:186, a la que se remite). Dicho principio trata de realizar el denominado juicio de ponderación, entendido como el equilibrio necesario que debe establecerse entre los intereses generales a que obedece la norma y los valores o bienes de los ciudadanos en conflicto que se ven sacrificados con su aplicación. Centrado el debate en la aplicación del principio de proporcionalidad, debemos añadir que, si bien la Directiva no se refiere al mismo en ninguno de sus preceptos --sí se hace mención a él en los considerandos, aunque para los internamientos y medidas cautelares--, es lo cierto que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia lo erige en una exigencia especial a la hora de interpretar la Directiva y sus efectos. En ese sentido, la sentencia de 11 de junio de 2015, asunto C- 554/13 (ECLI: EU:C:2015:377), recuerda que "... como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, el respeto del principio de proporcionalidad debe garantizarse durante todas las fases del procedimiento de retorno regulado por dicha Directiva, incluida la fase relativa a la decisión de retorno...(véase, en este sentido, la sentencia El Dridi, C-61/11 PPU, EU:C:2011:68, apartado 41). C-554/13, de 11 de junio de 2015; ECLI: EU:C:2015:377.)" En el mismo sentido, las sentencias de 11 de junio de 2015, asunto C-554/13 (ECLI:EU:C:2015:377) y de 15 de febrero de 2016, asunto C-601/15; (ECLI: EU:C:2016:84); con abundante cita. Lo expuesto adquiere especial relevancia porque, si el criterio de distinción que ha de considerarse establece nuestro artículo 57.1º para ordenar la expulsión, que equivale en la Directiva a la decisión de retorno y su ejecución, es el principio de proporcionalidad, y aunque nuestro Legislador no impusiera dicho principio pensando en la exigencia de la Directiva que tan deficiente y confusamente se ha traspuesto, deberá convenirse que al interpretar el precepto nacional deberemos tomar en consideración lo declarado al respecto por el Tribunal de Justicia, y ello por cuanto nuestra normativa debe ser interpretada conforme a la Directiva, en la forma que resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. No hay, pues, en esa conclusión una interpretación contra legem, sino todo lo contrario y, en definitiva, a ello nos obliga el artículo 4.bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En resumen, si el artículo 57.1º impone determinar cuándo procede dictar una orden de expulsión en base al principio de proporcionalidad, debemos tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Sobre ese presupuesto deberá concluirse que el juicio de proporcionalidad deberá tomar en consideración,

de un lado, la finalidad de la norma, de otro, los derechos de los ciudadanos que en su aplicación se vean afectados, debiendo estos estar en proporción a aquella finalidad. Y en ese proceso está claro que la finalidad de la norma, tanto de la Directiva como de nuestro artículo 57, interpretado conforme a la misma, no es otro ya que la salida imperativa de todo ciudadano de un tercer Estado que se encuentre en España de manera irregular. Y en relación a los derechos de los ciudadanos afectados por dicha finalidad, la expulsión, debe adoptarse, conforme ya hemos visto, cuando la estancia obedezca a factores determinantes que hagan necesaria dicha imposición; es decir, conforme a la jurisprudencia comunitaria es el juicio de proporcionalidad el que determinar, en función de los factores añadidos a la mera estancia irregular, cuando procede dictar una decisión de retorno. En esa interpretación, en nuestro artículo 57.1º el principio de proporcionalidad ha de aplicarse ya para determinar cuándo la estancia irregular pueda o no dar lugar a la expulsión, única medida ya posible. Y en esa tesitura, resulta manifiesto que para poder adoptar una decisión de esa entidad, la única interpretación admisible, conforme a la propia jurisprudencia comunitaria, es atender a factores añadidos a la mera estancia, que justifique --ello comporta el juicio de proporcionalidad-- la expulsión. Y, a sensu contrario, ni en la Directiva, ni ahora en nuestro Derecho, la mera estancia irregular sin esos factores puede dar lugar a una decisión de retorno, es decir a una orden de expulsión. Es más, en aplicación del principio de proporcionalidad y el juicio de ponderación que le es propio, deberá convenirse que si a la mera estancia no hay factores concurrentes, no hay nada que ponderar a los efectos de justificar una decisión de retorno o expulsión, esa sería la conclusión de la aplicación del referido principio que inspira la Directiva y que impone de manera taxativa nuestro artículo 57.1º. Referido ya el debate a un problema de límites o, si se quiere, a la determinación de las circunstancias o factores de la estancia que, conforme al juicio de proporcionalidad, legitiman una orden de expulsión, es indudable que si dicha valoración ha de realizarse de manera individualizada, es decir, atendiendo a las circunstancias que resulten del procedimiento, el debate se relega a un tema de motivación de la decisión en que se impone la orden de expulsión. La motivación de los actos administrativos ha sido siempre una exigencia tradicional en nuestro Derecho --en la actualidad, en el artículo 35 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas-- y constituye una exigencia reforzada conforme a la jurisprudencia comunitaria, a la hora de establecer los criterios de la aplicación de la normativa sobre extranjería en general, precisamente por la necesidad, como antes hemos visto en esta concreta materia regulada en la

Directiva 2008/115 , de individualizar las medidas que se imponen. De esa garantía de los ciudadanos se hace un exhaustivo estudio en nuestra sentencia 321/2020, de 4 de mayo, dictada en el recurso de casación 5364/2018 (ECLI:ES:TS:2020:753), tomando en consideración los criterios que al respecto se han establecido por este Tribunal Supremo, nuestro Tribunal Constitucional, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; que debe traerse a este debate a los efectos de poder concretar la necesidad de individualizar las condiciones que deben determinar, de conformidad con la interpretación que se ha concluido del artículo 57.1º, la orden de expulsión. Especial consideración merece la exigencia que impone la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, que se reseña en dicha sentencia, sobre el alcance de la motivación de las resoluciones administrativas que, en la medida que afecta a derechos de indudable relevancia de los ciudadanos, deja ya de ser un importante requisito formal de los actos administrativos, para integrarse en una exigencia constitucional, en cuanto las decisiones que se adoptan afectan a derechos fundamentales de las personas, como sucede en el caso que examinamos. Ello da idea de la necesidad de la motivación de las decisiones administrativas, que constituye la garantía de que la decisión de retorno deba adoptarse de manera individualizada, valorando todos los derechos afectados por esa decisión, exigencia que no comporta sino aplicar el principio de proporcionalidad que se impone tanto por la Directiva como por nuestro Derecho interno. Sentado lo anterior, somos conscientes de la dificultad que comporta determinar una casuística sobre cuándo, conforme a la interpretación del artículo 57.1º de la LOEX, de acuerdo con las exigencias de la Directiva y la necesidad de la concurrencia de factores o circunstancias añadidas a la estancia irregular, procede dictar una orden de expulsión. Será la motivación y el examen de las circunstancias que concurran en cada caso cuando podrá justificarse, conforme al principio de proporcionalidad, dicha decisión de retorno. No obstante, es lo cierto que a esos efectos son aprovechables los pronunciamientos de este Tribunal Supremo, para cuando interpretó el mencionado precepto antes de la aprobación de la Directiva y era necesario, en base al principio de proporcionalidad --que no se dudaba era el que debía regir aunque aún no estaba añadido en el precepto formalmente--; en relación a la posibilidad de adoptar la Administración una orden de expulsión. Esa jurisprudencia es aprovechable en el sentido de que ahora el debate no es ya la posibilidad de esa opción originaria del precepto, sino para justificar, en base al principio de proporcionalidad, cuando procede decretar la expulsión. De la vigencia de dicha jurisprudencia a los efectos expuestos da idea que se partía del hecho que la mera estancia irregular, sin la concurrencia de circunstancias

que agravaran dicha conducta, no podía servir para justificar la expulsión, criterio que se declaró de una forma inconcusa en los pronunciamientos de este Tribunal Supremo (por todas, sentencia de 28 de noviembre de 2008; ECLI:ES:TS:2008:6172); que es precisamente la conclusión a que llega la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, como ya hemos expuesto anteriormente. De otra parte, partiendo de la exigencia de esa necesaria concurrencia de circunstancias que agraven la estancia, es también un criterio reiterado por esa jurisprudencia que, aun cuando en la resolución en que se imponga la expulsión no se haga constar de manera expresa, en la medida que aparezcan claramente constatadas en el expediente, nada impide que los Tribunales de lo Contencioso, al revisar esas resoluciones, puedan tenerlas en cuenta al examinar su legalidad. Otra cosa sería incurrir en un exceso de formalismo que el propio Tribunal Supremo rechaza (sentencia de 14 de junio de 2007; ECLI:ES:TS:2007:4157). En cuanto a las concretas circunstancias que para este Tribunal Supremo tenían virtualidad suficiente para justificar la expulsión, del examen de esa jurisprudencia se llega a la conclusión de que, en la mayoría de los supuestos, se consideró suficiente el encontrarse el extranjero en situación irregular pero sin documentación alguna por la que pudiera ser identificado (sentencia de 27 de mayo de 2008; ECLI:ES:TS:2008:2379), o incluso con el añadido de ignorar, por esa ausencia de documentación, no solo los datos personales, sino la forma de entrada en territorio nacional (sentencias de 26 de diciembre de 2007; ECLI:ES:TS:2007:8567; 14 de junio de 2007; ECLI:ES:TS:2007:4157 y de 5 de junio de 2007; ECLI:ES:TS:2007:4767). Y del examen de esa jurisprudencia y siempre a título ejemplificativo, se constata que también se ha considerado como causa justificativa de la expulsión, no haber cumplimentado voluntariamente una orden previa de salida obligatoria, adoptada conforme a lo establecido en el artículo 28 de la LOEX, a que antes se hizo referencia (sentencia de 22 de febrero de 2007; ECLI:ES:TS:2007:1235). O la constatación de que la residencia autorizada fue obtenido de manera fraudulenta, basada en hechos posteriormente declarados falsos y revocada dicha residencia (sentencia de 8 de noviembre de 2007; ECLI:ES:TS:2007:7390). En esa misma línea, han de servir de criterio de interpretación, los supuestos a que se hace referencia en el artículo 63.1º, párrafo segundo. El mencionado precepto fue modificado con ocasión de la Ley de 2009, que pretendió la adaptación de nuestra Ley a la Directiva y su redacción pone de manifiesto que su contenido está vinculado a los mandatos de la norma comunitaria. En dicho precepto, al regular el denominado procedimiento de expulsión preferente, se acoge lo establecido en el artículo 7.4º de la Directiva, referido a los supuestos en que la decisión

de retorno puede ejecutarse sin conceder los plazos establecidos con carácter general en el párrafo primero del mismo artículo. Debe destacarse que nuestro precepto recoge unas circunstancias que tienen una mayor amplitud que las establecidas en la Directiva, acogiendo el criterio potestativo que la misma impone. Pues bien, deberá concluirse que esas circunstancias, que en el régimen de la Directiva no solo sirven para adoptar la decisión de retorno, sino que la misma pueda realizarse de manera inminente, deben ser tomadas en consideración a la hora de establecer los supuestos en que debe imponerse la orden de expulsión de los extranjeros irregulares. En este sentido deben ser tomadas en consideración el hecho de que el extranjero en estancia irregular constituya "un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional"; conceptos jurídicos indeterminados que permiten, mediante una valoración individualizada y plenamente contrastada, en un procedimiento con plenas garantías, la necesidad de adoptar una orden de expulsión. Otro tanto cabe decir de la previsibilidad de que el extranjero en situación irregular, por las peculiaridades que se acrediten, trate de evitar o dificultar la expulsión, incluido el riesgo de incomparecencia, a que se refiere el precepto de Derecho interno. No está de más añadir, con la finalidad de establecer criterios orientativos de las circunstancias que pueden servir para motivar una orden de expulsión que la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, de la Dirección 9 General de la Policía, del Ministerio del Interior, ha dictado la Instrucción 11/2020, de 23 de octubre de 2020, precisamente para la aplicación de las mencionadas sentencias del TJUE 2015/260 y 2020/807. En la misma, se consideran como circunstancias "que puedan motivar dicha" propuesta de expulsión, al amparo de lo establecido en el artículo 57.1º.a) de la LOEX, las siguientes, a título meramente ejemplificativos; "Haber sido detenido el extranjero en el marco de la comisión de un delito o que al mismo le consten antecedentes penales. Que el extranjero invoque una falsa nacionalidad. La existencia de una prohibición de entrada anterior. Carencia de domicilio y documentación. El incumplimiento de una salida obligatoria. Imposibilidad de comprobar cómo y cuándo entró en territorio español determinada por la indocumentación del extranjero, o la ausencia de sello de entrada en el documento de viaje." Es manifiesto --la misma Instrucción reseñada parte de dicha premisa--, que los descritos no pueden agotar los supuestos en los que, las circunstancias concurrentes desde el punto de vista objetivo o subjetivo de la estancia pueden justificar un factor añadido a la mera estancia que justifiquen la orden de expulsión, como se viene sosteniendo; pero si constituyen un elemento de interpretación de la naturaleza de dichas circunstancias, en el bien entendido de que esas circunstancias, ha de

insistirse, deben ser valoradas de manera individualizada, tras seguirse un procedimiento con plenas garantías para los afectados y en el que se dicte una resolución suficientemente motivada en hechos y valoraciones plenamente acreditadas, que justifiquen la procedencia de la orden de expulsión. No puede silenciarse que con lo concluido se termina acogiendo la anterior jurisprudencia de este Tribunal Supremo para cuando se interpretó el mencionado artículo 57.1º antes de la efectividad de la Directiva 2008/115, porque, a la postre, venimos a confirmar que "la expulsión requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal..." (sentencia, antes citada, de 4 de octubre de 2007, ECLI:ES:TS:2007:6679). Aun cuando fuera así, es importante señalar que de los argumentos que anteceden esa conclusión no se hace ya en una abierta confrontación con la norma comunitaria, sino interpretando el precepto conforme a la Directiva, que es el cometido impuesto. Pero es que los razonamientos anteriores comportan una mayor incidencia en esa interpretación previa a la Directiva y la integración de nuestra norma en las exigencias de ésta, al excluir la posibilidad de sancionar la estancia irregular con sanción de multa sin expulsión, que distorsionaba el régimen legal y era contrario a la Directiva. Y en ese estado de cosas debe dejarse constancia que este tan farragoso régimen que se había establecido en nuestra LOEX sobre la expulsión de los extranjeros en situación irregular, que viene, en sus más elementales principios, de la redacción originaria de la Ley en 2000, se ha mantenido con la confusión añadida de haber declarado nuestro Legislador que se reformaba la Ley para adaptar la Directiva 2008/115 ; originando una intensa problemática, no solo en su aplicación por la Administración, que es la destinataria de la norma, sino incluso a nivel jurisprudencial, como se ha puesto de manifiesto, con el riesgo de incurrir en un incumplimiento del Derecho comunitario de indudable trascendencia. Y esa circunstancia no debió ser ignorada por nuestro Legislador, que ha reformado la Ley hasta en veinticinco ocasiones, cinco de ellas tras la sentencia del TJUE de 2015, que bien debieron merecer haber acometido una reforma del tan problemático artículo 57.1º, evitando esa confusa regulación. CUARTO. Propuesta para la cuestión que suscita interés casacional. El planteamiento general que se describe en los anteriores fundamentos permite concretar la respuesta a la cuestión de interés casacional que se suscita en este recurso de casación, que se centra en determinar el alcance de la sentencia del TJUE 2020/807, relativa a la interpretación de la Directiva 2008/115, en relación a la consideración que merece la expulsión del territorio español, bien como sanción preferente a imponer a los extranjeros que hayan incurrido en las conductas tipificadas

como graves en el art. 53.1.a) LOEX o sí, por el contrario, la sanción principal para dichas conductas es la multa, siempre que no concurren circunstancias agravantes añadidas a su situación irregular. Para responder a esta cuestión resulta determinante tener en consideración, como se desprende de lo expuesto con anterioridad, la distinta concepción jurídica y regulación de la estancia irregular de nacionales de terceros países en territorio de un Estado miembro en el Derecho de la Unión y en el Derecho interno. Esta distinta consideración de la estancia irregular en el derecho comunitario y el derecho interno, pone de manifiesto una primera controversia, en cuanto en la Directiva la única respuesta prevista es la decisión de retorno, de acuerdo con las normas y procedimiento establecidos, que se impone a los Estados miembros, mientras que en nuestra legislación se establece la posibilidad de que dicha respuesta se sustituya por la imposición de una multa. Pues bien, a esta primera controversia se refiere la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tantas veces citada, 2015/260, en la que se declara que: "La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, en particular sus artículos 6, apartado 10 1, y 8, apartado 1, en relación con su artículo 4, apartados 2 y 3, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho Estado, impone, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí". En congruencia con dicha sentencia se dictó por esta Sala la sentencia 980/2018, en la que se concluye que, en los supuestos de estancia irregular, lo procedente es decretar la expulsión del extranjero, salvo que 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, sin que dicha decisión de expulsión pueda sustituirse por la sanción de multa. Tales pronunciamientos judiciales ponen de manifiesto la existencia de una norma de derecho interno incompatible con la Directiva, en cuanto permite eludir la única respuesta de retorno, prevista para la situación de estancia irregular, mediante la imposición de una sanción de multa, incompatibilidad de la norma interna que, ya sea debida a su preexistencia a la Directiva o consecuencia de una deficiente transposición por el Estado miembro, no puede desconocerse por el juzgador en su función de interpretación del ordenamiento jurídico y elección de la norma aplicable. Esta interpretación

de la Directiva y resolución de la indicada controversia se mantiene en la sentencia 2020/807, que se refiere a la misma en sus apartados 30 y 31, de manera que se excluye la posibilidad de eludir la expulsión, que en nuestra normativa comprenden la decisión de retorno y su ejecución, mediante la imposición de una sanción sustitutiva de multa. Todo ello permite responder, en un primer aspecto, a la cuestión de interés casacional suscitada en el auto de admisión del recurso, que la situación de estancia irregular determina, en su caso, la decisión de expulsión y no cabe la posibilidad de sustitución por una sanción de multa, sin que tal conclusión resulte alterada por la sentencia 2020/807. Ahora bien, una vez determinada la norma aplicable, en este caso la expulsión, se plantea la controversia en cuanto a los términos de su aplicación individualizada a los interesados, cuando, como sucede en este caso, la norma interna se pronuncia en unos términos más beneficiosos para el interesado, en cuanto supedita la adopción de la decisión de expulsión a la concurrencia de circunstancias agravantes como justificación de la proporcionalidad de la medida. Pues bien, es a esta concreta controversia a la que responde la sentencia del Tribunal de Justicia 2020/807, invocando su reiterada jurisprudencia en el sentido de que las directivas no pueden, por sí solas, crear obligaciones a cargo de los particulares, pues los Estados miembros no pueden invocar las disposiciones de la directivas, en su calidad de tales, contra dichas personas, lo que le conduce a la conclusión de que "la autoridad nacional competente no podrá basarse directamente en lo dispuesto en la Directiva para adoptar una decisión de retorno y hacer cumplir dicha decisión aun cuando no existan circunstancias agravantes". Ello nos permite completar la respuesta a la cuestión suscitada en el auto de admisión en el sentido de que, de acuerdo con nuestro derecho interno, la expulsión, comprensiva de la decisión de retorno y su ejecución, exige la valoración y apreciación de circunstancias agravantes que pongan de manifiesto y justifiquen la proporcionalidad de la medida adoptada en cada caso, circunstancias agravantes a las que se ha hecho referencia, como criterio meramente orientativo, en el anterior fundamento, que pueden comprender otras de análoga significación. En el bien entendido que, conforme a la jurisprudencia del TJUE, la decisión de retorno y su ejecución no se produce de manera automática, sino que es preciso seguir un procedimiento justo en el que se de intervención al interesado y se valoren de manera completa y adecuada las circunstancias personales y familiares del interesado y las condiciones en que se va a materializar el retorno. Por todo ello y respondiendo a la cuestión de interés casacional suscitada en el auto de admisión del recurso, en relación con el alcance de la sentencia del TJUE 2020/807, ha de entenderse: Primero, que la situación de estancia irregular

determina, en su caso, la decisión de expulsión y no cabe la posibilidad de sustitución por una sanción de multa. Segundo, que la expulsión, comprensiva de la decisión de retorno y su ejecución, exige, en cada caso y de manera individualizada, la valoración y apreciación de circunstancias agravantes que pongan de manifiesto y justifiquen la proporcionalidad de la medida adoptada, tras la tramitación de un procedimiento con plenas garantías de los derechos de los afectados, conforme exige la jurisprudencia comunitaria. Tercero, que por tales circunstancias de agravación han de considerarse las que se han venido apreciando por la jurisprudencia en relación a la gravedad de la mera estancia irregular, bien sean de carácter subjetivo o de carácter objetivo, y que pueden comprender otras de análoga significación".

QUINTO .- Aplicando la doctrina expuesta al caso de autos se colige la procedencia de la medida de expulsión que le fue impuesta al recurrente en tanto que la resolución que la acuerda motiva suficientemente, en lo atinente al principio de proporcionalidad, la pertinencia de esa decisión. Al efecto debe recordarse que las específicas circunstancias agravantes que se contienen en la última Sentencia del Tribunal Supremo transcrita tienen carácter meramente enunciativo, siendo consecuencia de pronunciamientos previos sobre la materia que atendían a lo acontecido en cada concreto caso, por lo que nada impide la toma en consideración y valoración de otras circunstancias igualmente negativas que, junto a la estancia irregular, justifiquen la decisión de retorno. A ello se refiere el Alto Tribunal cuando señala que los supuestos que enuncia lo son a título meramente orientativo, por lo que cabe considerar otras circunstancias de agravación de análoga significación. Centrados en nuestro caso, y una vez examinada la resolución administrativa impugnada y la propuesta que le antecede, constatamos que ésta no se basan única y exclusivamente en que el recurrente carece de autorización legal para su estancia y residencia regular en España, en tanto que adiciona otros datos o hechos negativos acordes con la jurisprudencia reseñada consistentes en las detenciones del actor en el marco de la comisión de un delito y en la existencia de antecedentes penales. Más concretamente fue detenido por dos veces por un presunto delito de malos tratos en ámbito familiar los días 18 y 19 de junio de 2019; y en virtud de esa comisión delictiva fue condenado por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de La Palma del Condado por un delito de lesiones, a 32 días de trabajo en beneficio de la comunidad, con privación del derecho a la tenencia y porte de armas, y prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima. Se trata así de un comportamiento delictivo reiterado, actual, y que afecta tanto al ámbito familiar como a la integridad física de las personas, pudiendo ser por ello indicativo -como señalaba la propuesta- de la peligrosidad del

demandante; lo que unido a su situación irregular en nuestro país, y al hecho de que no consta la realización de trámites ordenados a normalizarla, permiten concluir la justificación y proporcionalidad de la sanción impuesta. Por lo expuesto procede la desestimación del recurso de apelación. SEXTO.- Conforme a lo dispuesto en el art. 139.2 de la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contenciosoadministrativa, no ha lugar a hacer expresa imposición respecto a las costas procesales causadas, dadas las dudas de derecho generadas respecto a la cuestión relativa a la desproporción de la sanción como pone de relieve la jurisprudencia nacional y comunitaria más arriba referenciada que solventa ese debate en Sentencias posteriores a la aquí apelada

(St de 8 de septiembre de 2022 Sala de Sevilla Ponente: LUIS GONZAGA ARENAS IBAÑEZ)