



# BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

## CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

XIV LEGISLATURA

Serie B:  
PROPOSICIONES DE LEY

4 de diciembre de 2020

Núm. 129-1

Pág. 1

### PROPOSICIÓN DE LEY

**122/000102** Proposición de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, para su adaptación a la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de retorno de nacionales de terceros países en situación irregular.

**Presentada por el Grupo Parlamentario VOX.**

La Mesa de la Cámara, en su reunión del día de hoy, ha adoptado el acuerdo que se indica respecto del asunto de referencia.

(122) Proposición de ley de Grupos Parlamentarios del Congreso.

Autor: Grupo Parlamentario VOX.

Proposición de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, para su adaptación a la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de retorno de nacionales de terceros países en situación irregular.

Acuerdo:

Admitir a trámite, trasladar al Gobierno a los efectos del artículo 126 del Reglamento, publicar en el Boletín Oficial de las Cortes Generales y notificar al autor de la iniciativa.

En ejecución de dicho acuerdo se ordena la publicación de conformidad con el artículo 97 del Reglamento de la Cámara.

Palacio del Congreso de los Diputados, 30 de noviembre de 2020.—P.D. El Secretario General del Congreso de los Diputados, **Carlos Gutiérrez Vicén**.

A la Mesa del Congreso de los Diputados

El Grupo Parlamentario VOX (GPVOX), al amparo de lo establecido en los artículos 130 y siguientes en relación con los artículos 124 y siguientes del vigente Reglamento del Congreso de los Diputados, presenta la siguiente proposición de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, para su adaptación a la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de retorno de nacionales de terceros países en situación irregular.

Palacio del Congreso de los Diputados, 18 de noviembre de 2020.—**Macarena Olana Choclán**, Portavoz del Grupo Parlamentario VOX.

# BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

## CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

PROPOSICIÓN DE LEY ORGÁNICA POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 4/2000, DE 11 DE ENERO, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL, PARA SU ADAPTACIÓN A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE RETORNO DE NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES EN SITUACIÓN IRREGULAR

Exposición de motivos

I

1. 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 («LOEx») tipifica como 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.»

2. Por la comisión de esta infracción, la LOEx prevé las sanciones a imponer en el artículo 55.1.b) LOEx: multa de 501 a 10.000 euros. Sin embargo, el artículo 57.1 *ibidem* incorpora la siguiente alternativa sancionadora:

«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.»

3. De acuerdo con este régimen, es claro que la consecuencia general cuando se produce una infracción de las tipificadas en el artículo 53.1.a) LOEx es la imposición de una multa. La expulsión es, por tanto, una alternativa potestativa para la Administración («podrá...»).

4. No obstante, tal potestad no es enteramente discrecional, ya que debe respetarse el principio de proporcionalidad y motivarse adecuadamente. En particular, el artículo 29.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, indica las siguientes manifestaciones de este principio:

- a) El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad.
- b) La continuidad o persistencia en la conducta infractora.
- c) La naturaleza de los perjuicios causados.
- d) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.»

5. Por tanto, de la letra estricta de la ley se extrae que la infracción administrativa que cometen los ciudadanos extranjeros en situación irregular «simple» en España (sin otros factores como antecedentes, trabajo irregular, etc.) llevará aparejada, con carácter principal, una multa, y solo subsidiariamente y de forma potestativa para la Administración, la expulsión, que únicamente podrá imponerse cuando sea proporcional y debidamente motivada.

6. Sin embargo, esta redacción no es conforme al derecho de la Unión Europea. Así, 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 («Directiva Retorno») se aplica «a los nacionales de terceros países en situación irregular en el territorio de un Estado miembro» (artículo 2). Frente a estos, impone a los Estados miembros 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» (artículo 6).

# BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

## CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

### II

7. Como es conocido, las directivas son normas del Derecho europeo que, de acuerdo con el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («TFUE»), «obliga[n] al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios». Para que una directiva surtas efectos en el ámbito nacional, el Estado miembro debe adoptar una ley que la «transponga». Esta medida nacional debe ajustarse a los objetivos establecidos por la directiva y comunicarse a la Comisión Europea. Asimismo, la transposición debe producirse en el plazo establecido en la propia directiva, que será de dos años con carácter general.

8. A este respecto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») ha perfilado el llamado principio de «efecto directo», según el cual el incumplimiento de la directiva en cualquier modo (bien sea por una transposición incorrecta, bien por su no transposición en absoluto o en el plazo previsto) permite a los particulares invocar el «efecto directo vertical» de los preceptos de la directiva que les confieran derechos de forma clara, precisa e incondicional frente a las administraciones públicas (sentencias *Van Duyn*, *Faccini Dori*, *Marshall*, *Foster*).

9. Pues bien, España no ha transpuesto correctamente la Directiva Retorno en esta materia pues, como se ha visto, continúa aplicando como regla principal la multa, y solo subsidiaria y potestativamente la expulsión.

### III

10. El TJUE, en su sentencia de 23 de abril de 2015 (C-38/14, asunto *Zaizoune*) declaró que los Estados miembros debían aplicar de forma prioritaria la expulsión en caso de situación irregular de nacionales de terceros estados. Acudiendo a jurisprudencia anterior, el TJUE es contundente en sus razonamientos:

«Como indica el apartado 35 de la sentencia *El Dridi* (TJCE 2011, 111) (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» (apartado 31).

«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 *Achughbaban* [TJCE 2011, 390], C-329/11, EU:C:2011:807, apartado 31)» (apartado 32).

«[L]a obligación impuesta a los Estados miembros por el artículo 8 de la citada Directiva de proceder a la expulsión, en los supuestos mencionados en el apartado 1 de ese artículo, debe cumplirse lo antes posible (véase la sentencia *Sagor* [TJCE 2012, 369], C-430/11, EU:C:2012:777, apartado 43 y jurisprudencia citada)» (apartado 34).

«[U]na normativa nacional como la controvertida en el litigio principal no responde a las manifiestas exigencias impuestas por los artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, de la Directiva 2008/15» (apartado 35).

«[U]na 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 (LCEur 2008, 2157) y, en su caso, demorar el retorno, menoscabando de este modo el efecto útil de dicha Directiva (véase, en este sentido, la sentencia *Achughbaban* [TJCE 2011, 390], C-329/11, EU:C:2011:807, apartado 39)» (apartado 40).

11. En España, el Tribunal Supremo («TS») acogió esta sentencia para considerar que también en nuestro país debía aplicarse de forma principal la expulsión, y no la multa, en caso de comisión de la infracción del artículo 53.1.a) LOEx.

12. No obstante, lo anterior suponía salvar por vía interpretativa la inactividad del legislador, adaptando la LOEx a la Directiva Retorno, pero sin reformar aquella. Esto es, implicaba aplicar de forma directa una Directiva en perjuicio de los particulares, lo que choca frontalmente con el derecho de la Unión, como se ha expuesto *supra*.

# BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

## CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

13. En el caso concreto de nuestro país, el propio TJUE ha declarado, en su recentísima sentencia de 8 de octubre de 2020, lo siguiente:

«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» (apartado 36).

14. En resumen: la actual regulación de la LOEx en materia de expulsión de ciudadanos extranjeros en situación irregular en España es contraria al derecho de la Unión, concretado en este caso en la Directiva Retorno.

### IV

15. De conformidad con lo expuesto, han transcurrido ya más de 5 años y medio desde que España conoció el tenor de la primera sentencia del TJUE, de 23 de abril de 2015. Hasta este momento, el legislador español no ha querido adaptar la LOEx para hacerla conforme con el Derecho europeo.

16. Este hecho se ha producido bajo Ejecutivos de distinto signo político y constituye una vulneración de los Tratados europeos y, en particular, del artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («TFUE»). Tal incumplimiento puede conducir a que la Comisión Europea incoe un procedimiento de infracción de los regulados en los artículos 258 a 260 TFUE).

17. Es más, esta indolencia ha hecho descansar en el TS la responsabilidad de salvar, por vía interpretativa, la inaplicación de la Directiva Retorno, asumiendo el máximo órgano jurisdiccional una función que no le compete.

18. La nueva sentencia del TJUE determina que una interpretación como la realizada no es posible, ya que supone la aplicación directa de una Directiva europea en perjuicio de los particulares. Por tanto, la Administración deberá aplicar exclusivamente la letra de la LOEx hasta que se transponga correctamente dicha Directiva.

19. Pero, como se analizó, la solución contenida en la LOEx es contraria al derecho de la Unión. En consecuencia, el TS ha admitido a trámite un recurso de casación que tiene por finalidad determinar «Si, conforme la interpretación dada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de octubre de 2020 —asunto C-568/19— a la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, la expulsión del territorio español es la sanción preferente a imponer a los extranjeros que hayan incurrido en la conductas tipificadas como graves en el art. 53.1.a) Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero o si, por el contrario, la sanción principal para dichas conductas es la multa, siempre que no concurren circunstancias agravantes añadidas a su situación irregular» (Auto de 27 de octubre de la Sección Primera de la Sala Tercera del TS).

20. Asimismo, la sentencia del TJUE ha encontrado su eco en los tribunales inferiores. En este sentido, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (desencadenante de la sentencia del TJUE por medio de cuestión prejudicial) ha declarado, en Sentencia 223/2020, de 9 de octubre, que:

«Esta última sentencia hace que vuelva a ser considerada como regla general, en las situaciones de estancia irregular de extranjeros, la imposición de la sanción de multa en lugar de la expulsión, en aplicación de la normativa española, siempre que no existan circunstancias agravantes o hechos negativos que justifiquen la imposición de ésta última.»

Este tenor recuerda, además, la jurisprudencia anterior del TS, que en su sentencia de 31 de enero de 2008 señaló lo siguiente:

«En efecto:

A) Tratándose de supuestos en que la causa de expulsión es, pura y simplemente, la permanencia ilegal, sin otros hechos negativos, es claro que la Administración habrá de motivar de

# BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

## CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

forma expresa por qué acude a la sanción de expulsión, ya que la permanencia ilegal, en principio, como veíamos, se sanciona con multa.

B) Pero en los supuestos en que en el expediente administrativo consten, además de la permanencia ilegal, otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, y esos datos sean de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justifiquen la expulsión, no dejará esta de estar motivada porque no se haga mención de ellos en la propia resolución sancionadora.»

21. Sin embargo, esto supone, de nuevo (y como antes), enmendar por vía interpretativa la falta de transposición de la Directiva Retorno, forzar la letra de la LOEx y exponer a España a que el TJUE vuelva a considerar que la normativa española no se adecúa al derecho de la Unión, y que las resoluciones de los Tribunales que intentan adaptar la LOEx a la Directiva Retorno lo hacen vulnerando la doctrina sobre eficacia directa de las Directivas en perjuicio de los particulares.

### V

22. Es imprescindible que se modifique la LOEx para que este texto legal orgánico preceptúe lo que sea conforme con el derecho de la Unión, evitándose así que tengan que ser la Administración y los órganos jurisdiccionales quienes salven la imperdonable dejación de funciones que supone la inactividad del legislador.

23. Asimismo, la correcta transposición de la Directiva Retorno de acuerdo con la interpretación que de la misma hace el TJUE impedirá que pueda abrirse un procedimiento de infracción contra España. La presente modificación pretende resolver esta contradicción.

En virtud de lo expuesto, el Grupo Parlamentario VOX presenta la siguiente Proposición de Ley Orgánica.

Artículo único. Modificación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Uno. Se modifica el artículo 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que pasará a tener la siguiente redacción:

«Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados 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.

No obstante, en el supuesto contemplado en el artículo 53.1.a) de esta ley, la expulsión del territorio nacional se aplicará con carácter general, si bien podrá imponerse, en su lugar, sanción de multa cuando ello resulte más conforme con el principio de proporcionalidad teniendo debidamente en cuenta las siguientes circunstancias:

- a) El interés superior del niño,
- b) la vida familiar o
- c) el estado de salud del nacional de un tercer país de que se trate.»

Disposición final. Entrada en vigor.

La presente Ley Orgánica entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».