

## Documento TOL9.764.163

# Jurisprudencia

**Cabecera:** EXTRANJERÍA. Expulsión. Solicitante de asilo al que se le deniega e impugna en vía contenciosa dicha denegación solicitando medidas cautelares que le fueron denegadas. Al momento de incoar el procedimiento sancionador estaba pendiente de dictarse la denegación de medidas cautelares en el proceso.

**Jurisdicción:** Contencioso-Administrativo

**Ponente:** [Wenceslao Francisco Olea Godoy](#)

**Origen:** Tribunal Supremo

**Fecha:** 26/10/2023

**Tipo resolución:** Sentencia

**Sala:** Tercera

**Sección:** Quinta

**Número Sentencia:** 1334/2023

**Número Recurso:** 9097/2022

**Numroj:** STS 4468:2023

**Ecli:** ES:TS:2023:4468

### ENCABEZAMIENTO:

### TRIBUNAL SUPREMO

#### Sala de lo Contencioso-Administrativo

#### Sección Quinta

#### Sentencia núm. 1.334/2023

Fecha de sentencia: 26/10/2023

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 9097/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 26/09/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

Procedencia: T.S.J.ARAGON CON/AD SEC.1

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Sinforiano Rodriguez Herrero

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 9097/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Sinforiano Rodriguez Herrero

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Quinta**

#### **Sentencia núm. 1334/2023**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Carlos Lesmes Serrano, presidente

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

D. Fernando Román García

D.<sup>a</sup> Ángeles Huet De Sande

En Madrid, a 26 de octubre de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 9097/2022 interpuesto por D. Obdulio, representado por el procurador D. Santos Carrasco Gómez, bajo la dirección letrada de doña Amparo Rodríguez Recio contra la sentencia de apelación núm. 354/2022, de 22 de septiembre, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, desestimatoria del recurso de apelación nº 241/22 interpuesto frente a la sentencia núm. 54/2022, de 25 de marzo, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de los de Huesca, dictada en el procedimiento abreviado nº 294/21, desestimatoria del recurso interpuesto frente a la resolución de 3 de agosto de 2021 del Gobierno de Huesca, por la que se acordó la expulsión del territorio nacional y la prohibición de entrada en el mismo por un periodo de tres años.

Ha comparecido como parte recurrida la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

##### **PRIMERO.- Objeto del proceso en la instancia.-**

La representación procesal de D. Obdulio interpuso recurso contencioso-administrativo -tramitado por procedimiento abreviado con el nº 294/2021- frente a la resolución de la Subdelegación del Gobierno de Huesca de 3 de agosto de 2021 por la que se acuerda la expulsión del recurrente del territorio nacional y la prohibición de entrada en el mismo por un periodo de tres años, de conformidad con lo previsto en el artículo 53.1.a) en relación con 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.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Único de Huesca desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto, mediante sentencia de 25 de marzo de 2022, motivando, en

lo que se refiere al caso, que constan datos negativos en la conducta del actor que permiten su expulsión.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sección Primera, dictó sentencia con fecha 22 de septiembre de 2022 por la que desestima el recurso de apelación (nº 241/2022) interpuesto. La sentencia, en lo que aquí interesa, contiene su fundamentación sobre la cuestión controvertida en el Fundamento Jurídico Primero, que razona del siguiente modo:

**" PRIMERO : Sobre la imposibilidad de dictar la orden de expulsión cuando se ha denegado la solicitud de protección internacional.**

*No se cuestiona en el recurso de apelación, la correcta interpretación de las circunstancias negativas que se hace en la sentencia para confirmar la expulsión objeto del recurso. Por ello nos referiremos exclusivamente a la posibilidad o no de proceder a la expulsión del territorio nacional por quien ha solicitado protección internacional y le ha sido denegada la misma.*

*Indicaremos que según los antecedentes que constan y siguiendo en todo la oposición a la apelación, por corrección jurídica, el apelante presentó solicitud de Protección Internacional en territorio nacional en fecha 18 de diciembre de 2018, admitida a trámite y denegada por el Ministerio del Interior el 27 de agosto de 2020 a propuesta de la Oficina de Asilo y Refugio, al considerar que los hechos alegados ( negativa a realizar el servicio militar obligatorio en su país de origen - Argelia- ) no tienen cabida dentro del ámbito de protección internacional ( Folios 15-17 EA), siendo notificada al interesado con fecha 03 de diciembre de 2020, apercibiendo que su estancia en España finalizaba el 30 de diciembre de 2020, incumpliendo la obligación de salida dentro del plazo establecido al efecto . Interpuesto recurso contencioso administrativo contra la denegación de asilo y protección internacional, en el mismo se solicitó medida cautelar que fue denegada por Auto de 28 de abril de 2021 .*

*A la vista de ello y reseñando la doctrina que emana del Tribunal Supremo en las Sentencias citadas de 16 de diciembre de 2021 y 3 de febrero de 2022 , Rec. Casación 7864/2020, en la que se establece como doctrina jurisprudencial, " que la solicitud de protección internacional implica la suspensión del procedimiento de expulsión por estancia irregular (art. 53.1.a) LOEx) que pudiera afectar al solicitante hasta que la Administración dicte una inicial resolución de desestimación o inadmisión de aquella solicitud",*

*Habrá que reiterar, como dice la Administración apelada, que el art. 37 de la Ley 12/2009 de 30 de octubre, Reguladora del Derecho de Asilo a cuyos únicos efectos de la denegación serán según corresponda, el retorno, la devolución, la expulsión, la salida obligatoria del territorio español ..., estableciendo también que dicha medida no tendrá lugar " si la persona interesada reúne los requisitos necesarios para permanecer en España en situación de estancia y residencia ".*

*Y a ello hay que añadir, como se dice en el Auto denegatorio de la medida cautelar que el art. 64.5 de la Ley Orgánica 4/2000 indica que "Se suspenderá la ejecución de la resolución de expulsión cuando se formalice una petición de protección internacional, hasta que se haya inadmitido a trámite o resuelto, conforme a lo dispuesto en la normativa de protección internacional"*

En este caso cuando se dicta la orden de expulsión, ya se ha denegado el asilo y protección internacional, por lo que no hay vulneración de la normativa indicada, ni de la jurisprudencia citada y no habiendo sido suspendidos los efectos denegatorios por la Audiencia Nacional no cabe sino desestimar el recurso de apelación interpuesto."

**SEGUNDO.- El recurso de casación promovido por la parte.-**

La representación procesal de D. Obdulio ha preparado recurso de casación contra el citado auto, denunciando, por lo que aquí interesa, la infracción de los artículos 2.e) y 46.5 de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos

comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, así como la STJUE de 17 de diciembre de 2020 (asunto C-808/18).

Entiende el recurrente que la interpretación realizada por la Sala de instancia es contraria al artículo 46.5 de la Directiva 2013/32/UE que, a su juicio, establece el derecho de los solicitantes de protección internacional a permanecer en el territorio del Estado miembro en espera del resultado de un recurso efectivo presentado dentro del plazo. Considera que, habiéndose interpuesto el recurso contencioso-administrativo en el plazo legal previsto para ello, la decisión de denegación de la protección internacional no es definitiva en los términos del derecho comunitario y en consecuencia no es posible acordar su expulsión.

Por lo que concierne al interés casacional objetivo del recurso, invocó el supuesto contemplado en el artículo 88.2.f) LJCA.

### **TERCERO.- Admisión del recurso.-**

Mediante auto de 1 de diciembre de 2022, la Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el plazo de treinta días, con remisión de los autos originales y del expediente administrativo.

Recibidas las actuaciones y personadas las partes ante este Tribunal, por la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo se dictó Auto el 26 de abril de 2023, acordando:

"1º) Admitir el recurso de casación nº 9097/2022, preparado por la representación procesal de D. Obdulio, contra la sentencia de 22 de septiembre de 2022 dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sección Primera) en el recurso de apelación nº 241/2022.

2º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional consiste en determinar:

a) La incidencia de la pendencia de un recurso contencioso-administrativo presentado contra la decisión denegatoria de la concesión de protección internacional respecto a la expulsión del territorio nacional por razón de la infracción prevista en el artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000; así como,

b) La incidencia del auto denegatorio de las medidas cautelares solicitadas en el recurso relativo a la impugnación de la denegación de la solicitud de protección internacional respecto de la tramitación y resolución del procedimiento de expulsión antes citado.

3º) Identificar como normas que, en principio, serán objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia pudiera extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, las mencionadas en el Razonamiento Jurídico Segundo, apartado III, de este auto.

4º) Ordenar la publicación de este auto en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo, con sucinta mención de las normas que serán objeto de interpretación.

5º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

6º) Remitir las actuaciones a la Sección Quinta de esta Sala Tercera, a la que corresponde la sustanciación y decisión de este recurso con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos; debiéndose proceder a su **tramitación y señalamiento preferente**, conforme a lo señalado en el razonamiento jurídico quinto de la presente resolución."

### **CUARTO.- Interposición del recurso.-**

Abierto el trámite de interposición del recurso, se presentó escrito por la representación procesal de

D. Obdulio con exposición razonada de las infracciones normativas y/o jurisprudenciales identificadas en el escrito de preparación, precisando el sentido de las pretensiones que deduce y los pronunciamientos que solicita y termina suplicando a la Sala: "Admita este escrito tenga por cumplido dentro de plazo el tramite para el que hemos sido requeridos y en su día dicte resolución por la que se estime la Casacion con expresa condena en costas a quien se opusiere."

#### **QUINTO.- Oposición al recurso.-**

Dado traslado para oposición a la Abogacía del Estado, presentó escrito argumentando en contra del planteamiento del recurso, suplicando a la Sala: "que, teniendome por opuesto al Recurso de Casación, tramite el proceso y, tras el desarrollo del mismo, dicte sentencia que DESESTIME el presente recurso de casación y confirme la sentencia impugnada, declarando la interpretación jurisprudencial que se propone en el fundamento sexto o, en su caso, la que considere conveniente sin perjuicio de las facultades ex 93 LRJCA."

**SEXTO.-** Ninguna de las partes solicitó la celebración de vista y la Sala no la consideró necesaria, señalándose para votación y fallo la audiencia del día 26 de septiembre de 2023, en cuyo acto tuvo lugar su celebración, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento .

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

##### **PRIMERO. Objeto del recurso y fundamentos.**

###### **1. La sentencia impugnada.**

En el presente recurso 9097/2022 se interpone por D. Obdulio, a la sazón ciudadano de la República de Argelia solicitante de asilo en España, contra la sentencia 354/2022, de 22 de septiembre, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Aragón en el recurso de apelación 241/2022. En dicha alzada se había impugnado la sentencia 54/2022, de 25 de marzo, dictada en el procedimiento 294/2021 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de los de Huesca, el cual había sido promovido por el recurrente, en impugnación de la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Huesca, de 3 de agosto de 2021, (expediente NUM000), por el que se decretaba la expulsión del territorio español y la prohibición de entrada en el plazo de tres años, por la comisión de la infracción grave de estancia irregular, prevista en el artículo 53.1º.a), en relación con el artículo 57-1º, de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (en adelante, LOEX).

Para una mejor comprensión del debate suscitado es conveniente recordar que, conforme a los razonamientos que se contienen en la resolución originariamente impugnada, la orden de expulsión estaba fundada en considerar la Administración que del recurrente " *no consta trámite alguno que acredite su estancia legal en territorio español, habiendo conculcado una salida obligatoria, con fecha límite de salida el 30/12/2020.*" Así mismo, se hacía referencia a que en los archivos policiales constaban tres detenciones, dos de ellas por presunto delito de robo con violencia e intimidación y otra por delito de hurto, sin mayores detalles de tales antecedentes policiales, al menos, respecto de los dos primeros.

La sentencia del Juzgado desestimó el recurso y confirmó la resolución impugnada, al considerar procedente la orden de expulsión que alternativamente autoriza el mencionado artículo 57, dado que en el presente supuesto concurrían en el recurrente circunstancias específicas de agravación de la mera estancia irregular en España, al no constar ni la forma de entrada en España, ni haber obtenido permiso de residencia, a las que se añadía haber sido condenado por un delito de hurto, conforme ya se hacía constar en la resolución impugnada.

El recurrente interpuso recurso de apelación ante la Sala territorial de Aragón que, en la sentencia ya mencionada, desestima el recurso y confirma la de instancia. Es en esta alzada donde se suscita por primera vez por el recurrente, como motivo de impugnación de la sentencia apelada, que había solicitado el asilo y que, aunque le fue denegado, había sido impugnada ante la Sala de Audiencia

Nacional la resolución denegatoria. Se hacía constar, así mismo, que en dicho procedimiento jurisdiccional se solicitó la suspensión de los efectos de la orden denegatoria de la protección internacional, petición que fue denegada por la Sala Jurisdiccional como medida cautelarísima. Pues bien, a la vista de ese nuevo argumento se razona en la sentencia recurrida en su fundamento primero:

*"No se cuestiona en el recurso .de apelación, la correcta interpretación de las circunstancias negativas que se hace en la sentencia para confirmar la expulsión objeto del recurso. Por ello nos referiremos exclusivamente a la posibilidad o no de proceder a la expulsión del territorio nacional por quien ha solicitado protección internacional y le ha sido denegada la misma.*

*"Indicaremos que según los antecedentes que constan y siguiendo en todo la oposición a la apelación, por corrección jurídica, "el apelante presentó solicitud de Protección Internacional en territorio nacional en fecha 18 de diciembre de 2018, admitida a trámite y denegada por el Ministerio del Interior el 27 de agosto de 2020 a propuesta de la Oficina de Asilo y Refugio, al considerar que los hechos alegados negativa a realizar el servicio militar obligatorio en su país de origen - Argelia-) no tienen cabida dentro del ámbito de protección internacional (Folios 15-17 EA), siendo notificada al interesado con fecha 03 de diciembre de 2020, apercibiendo que su estancia en España finalizaba el 30 de diciembre de 2020, incumpliendo la obligación de salida dentro del plazo establecido al efecto. Interpuesto recurso contencioso administrativo contra la denegación de asilo y protección internacional, en el mismo se solicitó medida cautelar que fue denegada por Auto de 28 de abril de 2021 .*

"A la vista de ello y reseñando la doctrina que emana del Tribunal Supremo en las Sentencias citadas de 16 de diciembre de 2021 y 3 de febrero de 2022, Rec. Casación 7864/2020, en la que se establece como doctrina jurisprudencial, "que la solicitud de protección internacional implica la suspensión del procedimiento de expulsión por estancia irregular (art. 53.1.a) LOEx) que pudiera afectar al solicitante hasta que la Administración dicte una inicial resolución de desestimación o inadmisión de aquella solicitud."

"Habrà que reiterar, como dice la Administración apelada, que el art. 37 de la Ley 12/2009 de 30 de octubre, Reguladora del Derecho de Asilo a cuyos únicos efectos de la denegación serán según corresponda, el retorno, la devolución, la expulsión, la salida obligatoria del territorio español..., estableciendo también que dicha medida no tendrá lugar "si la persona interesada reúne los requisitos necesarios para permanecer en España en situación de estancia y residencia".

"Y a ello hay que añadir, como se dice en el Auto denegatorio de la medida cautelar que el art. 64.5 de la Ley Orgánica 4/2000 indica que "Se suspenderá la ejecución de la resolución de expulsión cuando se formalice una petición de protección internacional, hasta que se haya inadmitido a trámite o resuelto, conforme a lo dispuesto en la normativa de protección internacional."

*"En este caso cuando se dicta la orden de expulsión, ya se ha denegado el asilo y protección internacional, por lo que no hay vulneración de la normativa indicada, ni de la jurisprudencia citada y no habiendo sido suspendidos los efectos denegatorios por la Audiencia Nacional no cabe sino desestimar el recurso de apelación interpuesto."*

## **2. El recurso de casación.**

A la vista de la decisión del Tribunal territorial se prepara el presente recurso de casación que, como ya se dijo, fue admitido a trámite, estimándose que la cuestión que suscitaba interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia era determinar si la interposición de un recurso contencioso-administrativo contra una resolución denegatoria del derecho de asilo o protección subsidiaria internacional, en el que se deniega la medida cautelar de la orden de salida subsiguiente de dicha denegación, permite que se pueda iniciar contra la misma persona un procedimiento sancionador en materia de extranjería y acordar, en el seno del mismo, la orden de expulsión. A tales efectos se consideran que deben ser objeto de interpretación, entre otros que se consideran precedentes, los artículos 2.e y 46 de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo

de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (en adelante, Directiva); y los artículos 53.1.a) y 57.1 de la LOEX.

### **3. Los fundamentos del recurso y de la oposición.**

A la vista del objeto del recurso, en el escrito de interposición se aduce que, al haberse impugnado en vía contencioso-administrativa contra la resolución denegatoria del derecho de asilo y protección subsidiaria internacional, los preceptos mencionados de la Directiva impiden poder iniciar un procedimiento de expulsión con fundamento en la normativa sobre extranjería, estimándose que debe prosperar el recurso, anular las sentencias dictadas y dejar sin efecto la orden de expulsión decretada en la resolución originariamente impugnada. A tales efectos se cita la jurisprudencia del TJUE que, a juicio del recurrente, impide poder adoptar, en el caso de autos, la orden de expulsión.

Ha comparecido en el recurso el Abogado del Estado que considera que la cuestión que se suscita en el presente recurso está vinculada a la que se ha suscitado con relación a la efectividad de la resolución denegatoria del derecho de asilo, cuando se deniega la medida cautelar de suspensión de la efectividad de dicha orden, conforme a la interpretación que se ha venido dando por la Sala de la Audiencia Nacional y se ha declarado por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo; aduciéndose por la defensa de la Administración en su oposición al recurso que la denegación de la medida cautelar mencionada, unida a la efectividad de una orden de salida impuesta al denegarle la petición de asilo, comporta la comisión de la infracción apreciada en la resolución impugnada, debiéndose confirmar dicha resolución con la desestimación del recurso. A esos efectos se hace referencia a la que se considera la más reciente jurisprudencia de este Tribunal Supremo, al examinar los autos denegatorios de la adopción de medidas cautelares en los recursos en que se impugnaban resoluciones administrativas denegatorias de la protección internacional, de donde se concluye que procedía considerar que, en el caso de autos, la situación del recurrente era la de estancia irregular por no haber cumplido la orden de salida decretada en el procedimiento sobre asilo, resultando procedente la incoación del procedimiento que se contempla en la legislación sobre extranjería y que, por las circunstancias que concurrían en el recurrente, comportaban su expulsión y la prohibición de entrada que se impuso en la resolución que aquí se revisa, terminando por suplicar la desestimación del presente recurso.

#### **SEGUNDO. Examen de la cuestión casacional.**

A tenor de la delimitación que se ha hecho del presente recurso, el debate que se suscita se centra en determinar si, dadas las circunstancias del recurrente, es posible la apertura (21 de marzo de 2021) de un procedimiento sancionador por estancia irregular en España e imponerle la sanción de expulsión, cuando dicho extranjero ha solicitado (20 de agosto de 2020) el asilo en nuestro País, que le fue denegado por una resolución que se encuentra aún pendiente de impugnación en vía contenciosa (Sala de la Audiencia Nacional), al momento el inicio de dicho expediente sancionador, habiéndose denegado en el recurso jurisdiccional la suspensión cautelar de dicha denegación, estando pendiente de dictarse sentencia sobre la legalidad de la denegación del asilo (en realidad, al momento presente, no solo se ha dictado la sentencia confirmando la denegación de asilo, sino que el recurso de casación interpuesto contra esa decisión ha sido declarado inadmisibile, quedando firme la decisión jurisdiccional).

Suscitado el debate en la forma expuesta no está de más que se hagan constar algunas circunstancias del presente supuesto, además de las ya antes apuntadas, porque son de relevancia para el debate suscitado.

En primer lugar, debemos hacer constar que durante la tramitación del procedimiento sancionador que le fue incoado al recurrente por la estancia irregular en España, no adujo la existencia de la referida petición de asilo, circunstancia que tampoco se invocó en la primera instancia jurisdiccional como fundamento de la demanda, motivos por los cuales ni en la resolución administrativa originaria ni en la sentencia del Juzgado se hace referencia alguna a la petición de asilo, en el examen de la legalidad de la resolución impugnada.

En segundo lugar y como consecuencia de lo anterior, fue con ocasión del recurso de apelación ante la Sala territorial de Aragón cuando se aduce, como fundamento del recurso, que el recurrente tenía pendiente la firmeza de la denegación de asilo, cuestión que, como hemos visto, se rechaza por el Tribunal, con el fundamento de que se había denegado la medida cautelar de suspensión solicitada en el referido procedimiento jurisdiccional sobre revisión de la denegación de asilo. Es decir, cuando el recurrente suscita el debate sobre la incidencia del proceso sobre revisión de la denegación de asilo, dicho proceso había concluido y con rechazo de su pretensión, como hace constar la Sala territorial en la sentencia que se revisa.

De lo expuesto debe destacarse la peculiaridad que ofrece el presente recurso en que se han simultaneado, al menos temporalmente y comprendiendo en esa simultaneidad la vía administrativa y jurisdiccional, dos procedimientos que, en puridad de principios, podrían comportar la expulsión del recurrente, uno de ellos, a su instancia, el de petición de asilo que, al serle denegada en vía administrativa, daría lugar, de conformidad con lo previsto en el artículo 37 de la Ley de Asilo (en adelante LA), al *"retorno, la devolución, la expulsión, la salida obligatoria del territorio español"*, salvo lo que procediera otra decisión, conforme a lo establecido en la LOEX, resolución que, como ya sabemos, había sido impugnada ante la Sala homónima de la Audiencia Nacional. El segundo, el procedimiento sancionador de la LOEX, iniciado de oficio, por estancia irregular en España, que concluye con la resolución originariamente impugnada en este proceso, procedimiento que se incoa, al parecer, una vez que había transcurrido el plazo de salida que se había impuesto en la resolución administrativa en que se le denegó la protección internacional. No obstante lo anterior, es importante destacarlo, en ninguno de esos dos procedimientos se ha acordado la expulsión efectiva del recurrente, aunque si su procedencia.

Así pues, es cierto que ambas resoluciones están vinculadas porque, a tenor de lo que se razona en la resolución impugnada, es la desatención del recurrente a la orden de salida voluntaria que le ordenó al denegarle el asilo, la que sirve de fundamento para la apertura del procedimiento sancionador y, a la postre, para considerar que desde la referida desatención se consideraba al recurrente en situación irregular en España, justificando la apertura del procedimiento de la LOEX que, como sabemos, terminó decretando la orden de expulsión.

Expuesto lo anterior, es obligado también señalar que pese a esa dualidad de actuaciones, es lo cierto que nuestro cometido ahora es determinar la legalidad de la resolución originariamente impuesta en este recurso que, como hemos visto, ha sido confirmada en las sentencias dictadas en las dos instancias, aunque, como dijimos, por motivos y fundamentos bien diferentes; si bien lo que ahora debemos examinar es la procedencia del argumento que se acoge por la Sala del Tribunal Territorial, que constituye el objeto del presente recurso, dada la delimitación de la cuestión casacional objetiva para la formación de la jurisprudencia.

De lo que se ha expuesto cabría llegar a la conclusión de que la Administración interpretó en la resolución objeto de revisión jurisdiccional que, como quiera que al recurrente, al denegarle el asilo solicitado, le fue concedido un plazo de salida voluntaria de España, de conformidad con lo establecido en el artículo 37 de la LA, transcurrido dicho plazo debía considerarse que el recurrente se encontraba ya en situación irregular en España, es decir, habría incurrido en la infracción grave del artículo 37.1º.a) de la LOEX; y como quiera que concurrían circunstancias de agravación de la conducta, procedía, en la alternativa que se contempla en el artículo 57.1º de la LOEX, decretar a expulsión. Esa decisión es ratificada en la sentencia de primera instancia, como ya se dijo, dado que la defensa del recurrente no invocó --al menos no consta, sino que parece todo lo contrario-- la existencia del procedimiento de asilo.

Sí se adujo la existencia del procedimiento de petición asilo en apelación y, como hemos visto, el Tribunal territorial examina esa cuestión en la forma que ya vimos en la transcripción de la sentencia, estos es, considerando que, dado que no se había suspendido los efectos de la decisión administrativa en su impugnación jurisdiccional, debía surtir plenos efectos la orden de salida voluntaria decretada en el procedimiento denegando el asilo y, por tanto, en conclusión, que procedía la apertura del procedimiento sancionador por infracción en materia de extranjería y se termina confirmando la resolución aquí impugnada.

A la vista de los razonamientos, ciertamente coherentes, que se contienen en la sentencia de instancia, podría aceptarse --no se aceptan-- las conclusiones a que llega la Sala sentenciadora, sin embargo, hay ya una primera circunstancia que debe ponerse de manifiesto. Ese razonamiento de la sentencia sería válido examinando al momento de dictarse la sentencia o, si se quiere, de iniciarse este procedimiento jurisdiccional, porque lo cierto y verdad es que cuando la Administración inicia el procedimiento sancionador (21 de marzo 2021), aun no se ha dictado el auto por la Audiencia Nacional en el procedimiento sobre la revisión de la denegación del asilo el auto denegando la medida cautelar (28 de abril 2021), es decir, existe ya una incongruencia porque, si se acepta, y así parece, que hasta que no se hubiese rechazado la medida cautelar no podía entenderse que existía una estancia irregular, el inicio del procedimiento no lo suponía, porque en ese momento la estancia del recurrente no era irregular sino que, conforme al mismo razonamiento de la Sala de instancia, por más que esa situación no podía dar lugar al "*permiso de residencia*" (artículo 9.1º, in fine de la Directiva), su estancia no podía considerarse de irregular. Y no cabe oponer a ese razonamiento que cuando la Sala dicta la sentencia sí se ha dictado ya ese auto de medidas cautelares, porque, referido el debate a un acto de naturaleza sancionadora de una concreta conducta, dicha conducta debe estar agotada al momento de iniciarse el procedimiento y aquí no existía esa conducta sancionada, conforme cabe concluir de lo antes expuesto. En suma, el mismo argumento que sirve a la sentencia que se revisa para rechazar los argumentos del recurrente, comportan la procedencia de la impugnación si se estima --como es obligado-- que la conducta sancionada debía concurrir al momento de inicio del procedimiento sancionador.

No obstante lo anterior, este Tribunal no puede aceptar la premisa de la que se parte en el razonamiento que antes se ha descartado. Es cierto, como se razona en la sentencia que se revisa, que, conforme al artículo 19 de la LA, el solicitante de protección internacional "*no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud o ésta no sea admitida*". Se añade a ese derecho del solicitante de asilo, que el artículo 29 de la mencionada Ley autoriza a solicitar medidas cautelares contra la resolución denegatoria del asilo, por la vía del procedimiento de medidas cautelarísimas del artículo 135 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En una interpretación rigoristas de tales preceptos, que no sería procedente por tratarse de materia sancionadora o, cuando menos, de efectos desfavorables, la orden de expulsión no tendría por qué hacerse efectiva de manera inmediata ni en uno ni en otro procedimiento, pero tampoco lo excluye. Pero es que, además, lo que aquí se cuestiona por el recurrente es si la apertura y decisión del procedimiento sancionador era procedente estando aún pendiente la decisión en última instancia sobre la procedencia del asilo, por lo que nuestro cometido ha de centrarse en esa concreta cuestión.

Y en este punto ha de hacerse una aclaración al razonamiento en que funda su decisión la Sala sentenciadora cuando se cita, no sin cierta desvinculación con el debate suscitado, nuestra sentencia 1502/2021, de 16 de diciembre, dictada en el recurso 7864/2020 (ECLI:ES:TS:2021:4937), porque la cuestión allí debatida era bien diferente a la del presente recurso ya que allí el debate era determinar la incidencia de una ulterior petición de asilo sobre un previo procedimiento sancionador por infracción en materia de extranjería; en este proceso es el supuesto inverso, es decir, la incidencia de un previo procedimiento sobre asilo en un ulterior procedimiento sancionador y, a mayor contradicción, con fundamento de lo resuelto en aquel primero.

Para el examen que se nos impone en el presente recurso es obligado recordar, conforme ya se apunta en el auto de admisión, que nuestra LA, que es anterior a la Directiva 2013/32, no se ha modificado para adoptarla a sus mandatos y, como hemos tenido ocasión de declarar y es reiterada en la jurisprudencia del TJUE, transcurridos los plazos de trasposición y reconociendo derechos en favor de lo ciudadanos, dicha norma comunitaria tiene efectos directos, por lo que nuestra Ley debe interpretarse conforme a la Directiva.

Esa integración de nuestra norma obliga a concluir que los solicitantes de asilo a quienes se denegara la protección, no es que no puedan ser objeto de retorno, devolución o expulsión, como declara nuestro artículo 19 de la LA, sino que, conforme a lo establecido en el artículo 9 de la Directiva, si bien es verdad que no podrán "*obtener un permiso de residencia*", si que, con carácter general, se le

reconoce el derecho *"a permanecer en el Estado miembro, únicamente a efectos del procedimiento, hasta que la autoridad decisoria haya dictado una resolución de conformidad con los procedimientos en primera instancia..."*

En cuanto a la naturaleza de ese derecho de permanencia durante la tramitación del " *procedimiento*" que se reconoce en la norma comunitaria, también requiere matizaciones a nuestra legislación nacional, porque si bien, como se ha dicho, el artículo 29 de la LA establece un procedimiento privilegiado para la adopción de medidas cautelares, pero sin vincular en cuanto a la decisión que proceda, es lo cierto que el artículo 9 de la Directiva exige mantener esa misma situación de permanencia inicial. Y en relación con este debate, este Tribunal ha establecido que el mencionado precepto, interpretado a la luz de la norma comunitaria, como es obligado, comporta que debe accederse, como regla general, a la suspensión de los efectos de la resolución denegatoria de la protección internacional (por todas, nuestra reciente sentencia 1251/2023, de 13 de este mismo mes, dictada en el recurso de casación 2828/2022). Y en ese sentido hemos declarado, en relación con los preceptos mencionados, como doctrina jurisprudencial "que la legislación española sobre tutela cautelar en materia de asilo puede, en los términos expuestos, ser interpretada de manera conforme con el Derecho de la Unión, pues contempla un régimen general de adopción de medidas cautelares que permite al órgano jurisdiccional conjugar el efecto automático suspensivo de la interposición del recurso jurisdiccional previsto como regla general en el art. 46.5 de la Directiva 2013/32, que obliga durante su pendencia al mantenimiento del estatuto del solicitante de asilo con todo lo que conlleva (permanencia en España y mantenimiento de las condiciones de acogida), con la contemplación circunstanciada de las excepciones previstas en el apartado 6."

Los efectos de la interpretación que debe hacerse de los preceptos de nuestra LA, conforme a la Directiva de 2013, constituyen un presupuesto de absoluta relevancia para determinar la legalidad o no de la resolución sancionadora que aquí se revisa, porque si, conforme ya se dijo, la incoación del procedimiento de expulsión lo fue en base a que " *no consta, trámite alguno que acredite su estancia legal en territorio español, habiendo caducado una salida obligatoria, con fecha límite de salida el 30/12/2020*", según consta en el fundamento primero de la mencionada resolución, cabe concluir que esa salida obligatoria estaba referida a la ejecución de la denegación de asilo; pero es lo cierto, que, conforme a la Directiva, dicha orden de salida obligatoria no procedía hasta que se decida el procedimiento de revisión de la denegación del asilo, no desde el auto denegando las medidas cautelares, que es lo que entendió la Sala de instancia.

Pues bien, siendo ello así, conforme ya hemos tenido ocasión de declarar reiteradamente, la situación de permanencia ha de mantenerse hasta la mencionada decisión, cuando menos, en primera instancia jurisdiccional, de donde deberá concluirse que cuando al recurrente se le inicia el procedimiento sancionador no existía una efectiva orden de salida obligatoria que le supusiera una situación de estancia irregular en España, que es el presupuesto de la infracción sancionada conforme la tipificación que se contiene en el ya mencionado artículo 53.1º.a) de la LOEX.

Bien es verdad que ese razonamiento no deja de ofrecer algún reparo en el ámbito de nuestro Derecho interno --que debe ceder en favor de los mandatos de la norma comunitaria-- porque, habiendo el recurrente dejado firme el auto denegando la adopción de medidas cautelares en el procedimiento de revisión jurisdiccional de la denegación de asilo, debiera entrar en juego el principio de efectividad de los actos administrativos y nada impediría que la Administración pudiera ejecutar el acto impugnado y no suspendido en sus efectos. Pero esa solución no es admisible, como ya hemos declarado en nuestra más reciente jurisprudencia de la que antes se ha hecho cita concreta. En efecto, en esas sentencias se revisan autos de la Sala de la Audiencia Nacional denegando la suspensión de tales resoluciones administrativas de denegación de asilo, pero debe recordarse, dado que se hace referencia a esos autos en la sentencia que aquí se revisa, que el argumento que sirve a la Sala de la Audiencia Nacional es que no es necesario acordar la suspensión (criterio que este Tribunal rechaza), precisamente porque el mandato que se contienen en el artículo 9 de la Directiva está dirigido a la Administración, que será la que vendrá obligada a no acordar la expulsión del solicitante de asilo al que le fue denegado el derecho, hasta la firmeza de la resolución jurisdiccional, de donde se considera innecesario acceder a la suspensión.

Ese criterio no ha sido compartido por este Tribunal en las sentencias citadas, pero a los efectos del debate aquí suscitado sí ha de servir para rechazar el argumento que se hace en la sentencia que aquí se revisa, porque deberá convenirse que si la Administración, tras la denegación del asilo, está obligada, ex artículo 9 de la Directiva, a mantener al solicitante de asilo a " *permanecer*" en España, menos aún podrá aceptarse que pueda incoar un procedimiento sancionador de las características del de autos.

Lo antes concluido obliga a considerar que, examinada la resolución aquí impugnada, debe anularse por no concurrir el presupuesto de la infracción apreciada. Es más, cabría añadir a lo expuesto que, en esa dinámica procedimental, el procedimiento en base a la legislación sobre extranjería ni era necesario ni era procedente, porque respecto al extranjero a quien se le deniega el asilo, una vez esa denegación haya sido confirmada en vía jurisdiccional, debe, conforme se impone en el artículo 37 de la LRDA, acordarse " *el retorno, la devolución, la expulsión, la salida obligatoria del territorio español o el traslado al territorio del Estado responsable del examen de la solicitud de asilo de las personas que lo solicitaron*" pero sin necesidad de recurrir al tortuoso procedimiento de dicha ejecución mediante la consideración de que tras dicha denegación firme en vía jurisdiccional, deba considerársele en su situación irregular y considerar incurso en la infracción de la LOEX. Lo que se excluye en el mencionado artículo 37 es poder acordar dicha expulsión, cuando, conforme a la normativa de la mencionada Ley orgánica, tenga derecho a obtener la residencia o estancia legal por concurrir los requisitos necesarios o por razones humanitarias; cuestión bien distinta de la que subyace en la actuación administrativa que aquí se revisa.

Por todo ello, debemos declarar, dando respuesta a la cuestión casacional aquí suscitada, que, conforme a la Ley de Asilo, interpretada conforme a la Directiva de 2013, mientras no haya adquirido firmeza la revisión jurisdiccional de una resolución denegatoria de asilo o de protección internacional subsidiaria, no podrá incoarse un procedimiento sancionador en materia de extranjería por la estancia irregular en España, salvo los supuestos en los que fuera apreciable algunas de las resoluciones a que se refiere el artículo 46.6º de la Directiva 2013/32.

### **TERCERO. Costas procesales.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 93.4º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no ha lugar a la imposición de las costas de este recurso de casación, al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes. Por lo que se refiere a las costas ocasionadas en la apelación, de conformidad con lo establecido en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, tampoco se estima procedente hacer expresa condena, dado que la decisión de esta sentencia evidencia la existencia de dudas de derecho sobre la pretensión.

### **FALLO:**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

**Primero.** La respuesta a la cuestión casacional suscitada es la que se reseña en el fundamento segundo *in fine*.

**Segundo.** Ha lugar al presente recurso de casación 9097/2022, interpuesto por D. Obdulio, contra la sentencia 354/2022, de 22 de septiembre, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Aragón en el recurso de apelación 241/2022.

**Tercero.** Se anula la mencionada sentencia, que se declara sin valor ni efecto alguno.

**Cuarto.** En su lugar, se estima el recurso de apelación interpuesto por el mencionado recurrente, contra la sentencia 54/2022, de 25 de marzo, dictada en el procedimiento 294/2021 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de los de Huesca, en impugnación de la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Huesca, de 3 de agosto de 2021, (expediente NUM000), por el que se decretaba la expulsión del territorio español y la prohibición de entrada en el plazo de tres años, por

la comisión de la infracción grave de estancia irregular, prevista en el artículo 53.1º.a), en relación con el artículo 57.1º, de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (en adelante, LOEX), resolución que se anula por no estar ajustada al ordenamiento jurídico.

**Quinto.** No hacer concreta imposición de costas ocasionadas en el presente recurso de casación ni de las ocasionadas en las dos instancias previas.

Notifíquese esta resolución a las partes , haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.