

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Quinta
Sentencia núm. 1.458/2021

Fecha de sentencia: 13/12/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 7863/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/11/2021

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ángeles Huet De Sande

Procedencia: T.S.J.CASTILLA-LEON SALA CON/AD

Letrada de la Administración de Justicia: Seccion005

Transcrito por: CPB

Nota:

Resumen

POSIBILIDAD DE ACORDAR LA EXPULSIÓN POR ESTANCIA
IRREGULAR ESTANDO PENDIENTE UNA PETICIÓN DE
PROTECCIÓN INTERNACIONAL. IMPROCEDENCIA.

R. CASACION núm.: 7863/2020

Ponente: Excma. Sra. D.^a Ángeles Huet De Sande

Letrada de la Administración de Justicia: Seccion005

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Quinta
Sentencia núm. 1458/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Segundo Menéndez Pérez, presidente

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Fernando Román García

D.^a Ángeles Huet De Sande

En Madrid, a 13 de diciembre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 7863/2020, interpuesto por el **Abogado del Estado**, en la representación que por su cargo ostenta, contra la sentencia dictada el 9 de octubre de 2020, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Burgos la cual estima parcialmente, sólo en lo relativo a la condena en costas, el recurso de apelación nº 120/2020, interpuesto por la Abogacía del Estado contra la sentencia dictada el 9 de julio de 2020 por el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 1 de Segovia en el PA 56/20, que estima el recurso interpuesto por doña Bethzabé Murillo Cahuaza contra la resolución de 13 de enero de 2020 (confirmada en reposición por la de 25 de febrero)

de la Subdelegación del Gobierno en Segovia, que acordó su expulsión del territorio nacional.

Se ha personado como parte recurrida doña **Bethzabé Murillo Cahuaza**, representada por la procuradora doña Patrocinio Sánchez Murillo, bajo la dirección del letrado don Juan Carlos García Martín.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Ángeles Huet De Sande.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En el recurso de apelación núm. 120/2020, la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Burgos, con fecha 9 de octubre de 2020, dictó sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor:

«Estimar en parte el recurso de apelación núm. **120/2020**, interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia de 9 de julio de 2020 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Segovia, en el procedimiento abreviado núm. 56/2020 por la que se estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Doña Bethzabe Murillo Chauaza contra la Resolución del Subdelegado del Gobierno en Segovia de 25 de febrero de 2020 por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 13 de enero de 2020 de la misma Subdelegación por la que se acuerda la expulsión del recurrente del territorio nacional, como responsable de la infracción tipificada en el art. 53.1.a) de la LOEx, con prohibición de entrada al territorio español por plazo de tres años.

Y en virtud de dicha estimación parcial se revoca la sentencia apelada, en el extremo referido a la condena en costas realizada en la misma, confirmando en lo demás la referida sentencia por ser conforme a derecho.

Y todo ello sin expresa imposición de costas causadas en esta segunda instancia a ninguna de las partes.».

SEGUNDO. Contra la referida sentencia la Abogacía del Estado preparó recurso de casación que por la Sala de lo Contencioso

Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Burgos se tuvo por preparado mediante auto de 24 de noviembre de 2020, que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento a las partes.

TERCERO. Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, con fecha 22 de abril de 2021, dictó auto en cuya parte dispositiva se acuerda:

«1º) Admitir el recurso de casación nº 7863/2020, preparado por la Abogacía del Estado, contra la sentencia -9 de octubre de 2020- de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede Burgos (Sección Primera), que estima parcialmente el recurso de apelación 120/20 y revoca -en el particular referido a la condena en costas- la sentencia -9 de julio de 2020- del Juzgado Contencioso-Administrativo nº 1 de Segovia, estimatoria del P.A 56/20.

2º) Precisar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si la solicitud de protección internacional implica la automática paralización de los procedimientos de expulsión o devolución que pudieran afectar al solicitante, o, por el contrario, sólo afecta a la ejecución de la expulsión o devolución que pudiera acordarse en dicho procedimiento.

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación, los artículos 18 y 19 de la Ley 12/2009 de 30 de octubre, de Asilo y de la Protección Subsidiaria, el artículo 246.7 del Reglamento de Extranjería (RD 557/2011), ello sin perjuicio de que la Sala de enjuiciamiento pueda extenderse a otras, si así lo exigiese el debate procesal finalmente trabado (art. 90.4 LJCA).

(...).».

CUARTO. La Abogacía del Estado interpuso recurso de casación en el que ejercitó las siguientes pretensiones:

«Conforme a lo dispuesto en los artículos 87 bis 2) y 93.1 de la LJCA se solicita de esa Sala:

1º) Que estime este recurso de casación y anule la sentencia impugnada.

2º) Que desestime la pretensión de la demandante en la instancia y confirme la legalidad de la denegación de protección internacional decretada en la vía administrativa [sic] con los demás pronunciamientos legales

3º) Todo ello conforme a la interpretación que ha sido defendida en este escrito de interposición de los mencionados preceptos a los que se refiere el Auto admitiendo esta casación y, en concreto, sosteniendo que la solicitud de protección internacional no supone la automática paralización de los procedimientos de expulsión o devolución que pudieran afectar al solicitante, sino que esa solicitud solo afecta a la ejecución de la expulsión o devolución que pudiera acordarse en ese procedimiento.»

Y termina suplicando a la Sala que «... dicte sentencia estimatoria del mismo y anulatoria de la recurrida con los demás pronunciamientos legales expuestos en el último apartado de este escrito.».

QUINTO. La representación procesal de doña Bethzabé Murillo Cahuaza se opuso al recurso de casación interpuesto de contrario mediante escrito en el que termina suplicando a la Sala que «...se dice resolución por la que se acuerde que presentada una solicitud de protección internacional implica la suspensión automática de los procedimientos de expulsión o devolución, e impide a la Autoridad Administrativa la continuación de dicho procedimiento, hasta que se resuelva la solicitud de protección internacional, en aras a una correcta interpretación de los arts. 18.1 d) y 19 de la Ley 12/2009 de 30 de octubre, y no la continuación del procedimiento, obviando la solicitud de protección internacional.»

SEXTO. Mediante providencia de 21 de julio de 2021, se señaló el presente recurso para votación y fallo el día 10 de noviembre de 2021, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Las sentencias del Juzgado y de la Sala.

La sentencia de la Sala de Burgos, Sección Primera, de 9 de octubre de 2020, estima parcialmente, sólo en lo relativo a la condena en costas, el recurso de apelación interpuesto por la Abogacía del Estado contra la sentencia dictada el 9 de julio de 2020, por el Juzgado Contencioso Administrativo nº 1 de Segovia, que había estimado el

recurso contencioso administrativo interpuesto por doña Bethzabé Murillo Cahuaza frente a la resolución de 13 de enero de 2020 (confirmada en reposición por la de 25 de febrero), de la Subdelegación del Gobierno en Segovia que acordó su expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada por un período de tres años por haber cometido la infracción grave prevista en el art. 53.1.a) LOEx, esto es, por encontrarse irregularmente en España.

Así pues, la sentencia de la Sala de Burgos confirma la anulación de dicha resolución de expulsión llevada a cabo por el Juzgado.

Los hechos y circunstancias que la sentencia recurrida tiene por acreditados son los siguientes:

«1.- Que la recurrente, nacional de Perú, Doña Bethzabe Murillo Chauaza nacida en Lima Perú, el día 6 de agosto de 1966, como consecuencia de los servicios de vigilancia y control del régimen de extranjería, se inició con fecha 10 de diciembre de 2019 el procedimiento sancionador por infracción de la Ley de Extranjería artículo 53.1 a), ... en su pasaporte figuraba un sello de entrada de fecha 23 de febrero de 2019.

2.- Con fecha 16 de diciembre de 2019 se formularon alegaciones en nombre de Doña Bethzabe Murillo Chauaza, aportando ... certificado de empadronamiento.

Se dictó la propuesta de resolución, de 17 de diciembre de 2019, en la que se propone la expulsión, con prohibición de entrada durante un plazo de tres años.

3.- Por Doña Bethzabe Murillo Chauaza se formulan alegaciones con fecha 27 de diciembre de 2019 y se procede a su valoración por el Instructor ... consta un pantallazo de la aplicación ADEXTTRA donde aparece ... la solicitud de protección internacional formulada con fecha 9 de enero de 2020.

4.-En fecha de 13 de enero de 2020 se dicta la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Segovia, por la que se acuerda la expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada en el territorio nacional por plazo de tres años, por estancia irregular en territorio español, que es objeto de examen en el presente recurso jurisdiccional. 5.- Contra dicha resolución se interpone recurso de reposición ... donde además de reiterar lo expuesto respecto de la improcedencia de la expulsión acordada, se indica ... que Doña Bethzabe Murillo Chauaza ha presentado solicitud de protección internacional estando pendiente de resolución a la fecha de interposición del recurso de reposición el 21 de enero de 2020

Dicho recurso de reposición es desestimado mediante la resolución de 25 de febrero de 2020 ... del subdelegado del Gobierno en Segovia ... que constituye el objeto de impugnación en el presente recurso jurisdiccional.»

A partir de estos hechos, tanto el Juzgado como la Sala territorial, consideran que, habiéndose formulado una solicitud de protección internacional con anterioridad a haberse dictado la resolución que acuerda la expulsión por estancia irregular, sin que conste la inadmisión de dicha solicitud, en la medida en que tal solicitud lleva aparejada la suspensión de cualquier procedimiento que implique devolución, expulsión o retorno (arts. 18.1 y 19.1 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, de Asilo y de la Protección Subsidiaria), debió haberse procedido, en cumplimiento de dichos preceptos, a la referida suspensión sin adoptar decisión alguna de expulsión. Asimismo, argumenta que la Sala no está en condiciones de examinar, ni sería competencia de la Sala, valorar si aquella solicitud constituye un fraude de ley o tiene esa única finalidad, confirmando, en consecuencia, la disconformidad a derecho de la resolución administrativa impugnada. Menciona la Sala en apoyo de su postura las sentencias dictadas por la Sala de Málaga de 3 de octubre de 2019, rec. 2475/2018, 15 de octubre de 2019, rec. 1729/2018, y de 14 de mayo de 2020, rec. 879/2019.

SEGUNDO. El auto de admisión del recurso.

Precisa que la cuestión en la que aprecia interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si la solicitud de protección internacional implica la automática paralización de los procedimientos de expulsión o devolución que pudieran afectar al solicitante o, por el contrario, sólo afecta a la ejecución de la expulsión o devolución que pudiera acordarse en dicho procedimiento.

E identifica como normas jurídicas que, en principio, debemos interpretar, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiera el debate finalmente trabado en el recurso, las siguientes:

arts. 18 y 19 de la Ley 12/2009 de 30 de octubre, de Asilo y de la Protección Subsidiaria, el art. 246.7 del Reglamento de Extranjería (Real Decreto 557/2011).

TERCERO. El escrito de interposición.

La Abogacía del Estado, disconforme con el criterio expresado en la sentencia recurrida considera, por el contrario, que la solicitud de protección internacional suspende la ejecución de la expulsión, no el procedimiento encaminado a ella, esto es, la solicitud de asilo no afecta al procedimiento de devolución sino a su ejecutividad.

Cita en su apoyo la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de junio de 2018, asunto C-181/16, que reproduce en detalle, y analizada esa sentencia podría concluirse que la decisión de retorno es conforme a derecho «a condición de que el Estado miembro concernido garantice que el conjunto de efectos jurídicos de la decisión de retorno sea suspendido a la espera de este recurso»; condición que indudablemente afecta a la ejecución.

En definitiva, el art. 18.1.d) de la Ley 12/2009 reconoce el derecho del solicitante de asilo «a la suspensión de cualquier proceso de devolución, expulsión o extradición que pudiera afectar al solicitante» pero ello es «en los términos recogidos en la presente Ley, en los artículos 16,17,19,33 y 34» y el art. 19.1 es bien claro: «solicitada la protección, la persona extranjera no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud o ésta no sea admitida» por lo que la suspensión que conlleva la solicitud de asilo afecta sólo a la devolución, expulsión o extradición que pudiera afectar al solicitante mas no constituye obstáculo para que los procedimientos continúen su normal tramitación hasta su decisión final. No menos claro resulta el art. 246.7 del mencionado Reglamento de Extranjería.

Por lo demás, considera que la interpretación que aquí se postula es la que mejor encaja en las finalidades que persigue la Directiva de retorno y su interpretación por los órganos comunitarios por cuanto se viene advirtiendo que cada vez con más frecuencia los extranjeros objeto de un procedimiento de expulsión/devolución emplean la vía de la petición de asilo como instrumento para dificultar e impedir dicha expulsión o devolución y que en la mayoría de los casos la petición de asilo, además de claramente extemporánea por ser muy posterior al plazo que marca el art. 17.2 de la Ley de Asilo (un mes desde la entrada en España), carece de los mínimos indicios de veracidad.

CUARTO. El escrito de oposición.

En este escrito se sostiene que, como se expresa en la sentencia recurrida, la interpretación más ajustada a derecho que corresponde a lo prevenido en los arts. 18.1.d) y 19 de la Ley 12/2009 es que la solicitud de protección internacional, con anterioridad a que exista resolución en el procedimiento de expulsión o devolución, conlleva la suspensión de dicho procedimiento de expulsión/devolución hasta que al menos haya resolución de inadmisión en el procedimiento de protección internacional, es decir una suspensión automática del procedimiento de expulsión y no la continuación del mismo, sin perjuicio de no proceder a su ejecución hasta el dictado de la resolución de inadmisión en el procedimiento de protección internacional.

Si el demandante hubiese efectuado la solicitud de asilo una vez dictada la resolución en el procedimiento de extranjería, entonces si afectaría a la eficacia de la expulsión, pero habiendo solicitado el asilo mientras se tramitaba un procedimiento que puede conllevar la expulsión del demandante, debe acordarse en su seno, la suspensión del procedimiento, dado que habla de cualquier proceso que pudiera afectar al solicitante, de manera que la solicitud impide a la autoridad administrativa continuar el procedimiento hasta que se resuelva el

procedimiento de asilo, y una vez dictada, la administración debe resolver el procedimiento suspendido.

Considera esta parte que el efecto jurídico que produce la solicitud de asilo no afecta a la eficacia de la resolución sino a la validez de la misma, por lo que entender lo contrario como pretende el Abogado del Estado en la interposición del presente recurso de casación sería quebrantar lo dispuesto en el art 18.1.d) y 19 de la Ley 12/2009.

Reitera, a continuación, los pronunciamientos de la Sala de Málaga reflejados en la sentencia recurrida.

QUINTO. La cuestión que presenta interés casacional objetivo.

A).- La cuestión en la que se ha apreciado interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia -si la solicitud de protección internacional implica la automática paralización de los procedimientos de expulsión o devolución que pudieran afectar al solicitante o, por el contrario, sólo afecta a la ejecución de la expulsión o devolución que pudiera acordarse en dicho procedimiento- no puede ser respondida de forma abstracta y desligada de la concreta actuación administrativa originariamente impugnada que se refiere a una resolución que acuerda la expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada en España por un período de tres años de una ciudadana extranjera nacida en Perú, doña Bethzabé Murillo Cahuaza, por haber cometido la infracción grave prevista en el art. 53.1.a) LOEx, esto es, por encontrarse irregularmente en España.

Por tanto, la cuestión a la que tenemos que dar respuesta, debidamente referida a la resolución administrativa originariamente impugnada, es la de si la solicitud de protección internacional implica la automática paralización de los procedimientos de expulsión por estancia

irregular que pudieran afectar al solicitante o sólo afecta a la ejecución de la expulsión que pudiera acordarse en dichos procedimientos.

B).- Nuestra respuesta ha de venir guiada por el respeto al principio de no devolución que garantiza que ninguna persona sea repatriada a un país en el que sufra persecución, que se erige en la garantía fundamental de la protección internacional reconocida en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto del Refugiado de 28 de julio de 1951 (art. 33.1), y que ha sido configurado como derecho fundamental en los arts. 18 y 19.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y reafirmado en el art. 21 de la Directiva 2011/95, en el considerando 3 de la Directiva 2013/32, y en el considerado 8 y en el art. 5 de la Directiva 2008/115.

En el ámbito interno es el art. 5 de la Ley 12/2009, el que proclama la no devolución ni expulsión como derecho sustancial que garantiza el estatuto de asilo y protección subsidiaria, y para garantizar la efectividad de este derecho nuclear de la protección internacional se adelanta su salvaguarda al momento mismo de presentación de la solicitud de protección internacional. A ello responden los arts. 18.1.d) y 19.1 de la Ley 12/2009, que son los que han sustentado la decisión adoptada en la sentencia recurrida.

El primero de estos preceptos, art. 18.1.d), dice lo siguiente:

«1. El solicitante de asilo, presentada la solicitud, tiene en los términos recogidos en la presente Ley, en los arts. 16, 17, 19, 33 y 34, los siguientes derechos: (...) d) a la suspensión de cualquier proceso de devolución, expulsión o extradición que pudiera afectar al solicitante».

Y el segundo, art. 19.1, es del siguiente tenor:

«Solicitada la protección, la persona extranjera no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud o ésta no sea admitida.
... »

De estos preceptos se desprende que no es posible la devolución, retorno o expulsión del solicitante de asilo hasta que no se resuelva o inadmita la solicitud de protección internacional, pero ninguno de los dos preceptos aclara o precisa cuál sea el momento en el que deba paralizarse o suspenderse la expulsión -por lo que al caso se refiere-, si antes de acordarse o, ya acordada, al tiempo de ejecutarse, esto es, si una vez solicitada la protección internacional, la suspensión o paralización de la expulsión afecta sólo a la ejecución de tal medida o si impide también su mera declaración, en definitiva, si presentada una solicitud de protección internacional en el curso de un procedimiento de expulsión por estancia irregular se suspende la posibilidad de acordar la expulsión hasta que se resuelva o inadmita tal petición -como ha entendido la sentencia recurrida- o si es posible acordar la expulsión sin haberse resuelto aquella petición, aunque no pueda ejecutarse hasta que la solicitud de protección internacional se resuelva o inadmita, como sostiene el recurrente.

Ninguna duda cabe de que, a la luz del principio de no devolución, presentada una solicitud de protección internacional, la expulsión por estancia irregular no puede ejecutarse hasta que aquella solicitud no haya sido resuelta o inadmitida -o más precisamente, hasta que el rechazo o la inadmisión sean ejecutivos-, y a ello se refieren los arts. 57.6, 64.5 LOEx y 246.7 ROEx, pero se trata de determinar si la petición de protección internacional suspende también la posibilidad misma de acordar la expulsión por aquella causa hasta tanto la petición de protección internacional se resuelva, circunstancia que es la que aquí se plantea al haberse formulado la petición de protección internacional en el curso de un procedimiento de expulsión seguido al amparo del art. 53.1.a) LOEx, que seguía sin resolverse cuando se dicta el acuerdo de expulsión.

C).- Entendemos que es esta segunda solución la que debe adoptarse, no ya por los términos categóricos e indiferenciados en los

que se expresa el art. 18.1.d) de la Ley de asilo al referirse a la suspensión de «cualquier proceso» de devolución o expulsión sin distinguir si se está en fase declarativa o de ejecución, sino porque no es posible calificar de irregular la estancia cuando se ha solicitado la protección internacional y hasta tanto ésta no es rechazada o inadmitida. Así se desprende del art. 9.1 de la Directiva 32/2013 (antiguo art. 7, apartado 1, de la Directiva 2000/85), en relación con el considerando 9 de la Directiva 2008/115 (Directiva de retorno). Esta misma premisa es la que subyace al art. 17.2 de la Ley de asilo que impide sancionar la entrada ilegal («no podrá ser sancionada», dice el precepto) de quien reúna los requisitos para obtener la protección internacional.

Dice así el art. 9.1 de la Directiva 32/2013:

«1. Los solicitantes estarán autorizados 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 establecidos en el capítulo III. Ese derecho a permanecer no constituirá un derecho a obtener un permiso de residencia.»

Y el considerando 9 de la Directiva de retorno se expresa en estos términos:

«Con arreglo a la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, no se debe considerar que el nacional de un tercer país que haya solicitado asilo en un Estado miembro se halla en situación irregular en el territorio de dicho Estado miembro hasta que entre en vigor una decisión desestimatoria de la solicitud o que ponga fin a su derecho de estancia como solicitante de asilo.»

Estas previsiones han sido objeto de interpretación por el TJUE en su sentencia de 19 de junio de 2018, asunto C-181/16, citada por el recurrente, en sus considerandos 40 y 41:

«40 De conformidad con el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2005/85, los solicitantes de protección internacional están autorizados a permanecer en el Estado miembro, únicamente a efectos del procedimiento, hasta que la autoridad decisoria de primera instancia haya adoptado una decisión por la que deniegue la solicitud de protección internacional. Aunque ese derecho no constituye, conforme a los propios términos de dicha disposición, un derecho a obtener un permiso de residencia, del considerando 9 de la Directiva 2008/115 se desprende, no obstante, que ese derecho a permanecer impide que la situación del solicitante de protección internacional pueda considerarse «irregular», en el sentido de dicha Directiva, durante el período comprendido entre la presentación de su solicitud de protección internacional y la adopción de una decisión en primera instancia que resuelva sobre dicha solicitud.

41 Según se desprende claramente del tenor literal del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2005/85, el derecho a permanecer previsto en esa disposición finaliza en el momento en que la autoridad decisoria adopta en primera instancia la decisión por la que se deniega la solicitud de protección internacional. A falta de una autorización o de otro permiso de residencia concedido al interesado con arreglo a otra base jurídica, en particular en virtud del artículo 6, apartado 4, de la Directiva 2008/115, que permita al solicitante cuya solicitud haya sido denegada cumplir las condiciones de entrada, estancia o residencia en el Estado miembro de que se trate, la decisión de denegación entraña que, desde su adopción, el solicitante ya no cumple esas condiciones, de modo que su situación pasa a ser irregular.»

Así pues, de conformidad con el juego conjunto de ambas Directivas, no puede calificarse de irregular, en el sentido de la Directiva de retorno, la estancia en España de quien ha solicitado protección internacional hasta tanto esta petición sea desestimada o inadmitida «en primera instancia», pasando a ser irregular a partir de ese momento.

Y si esto es así, esto es, si no puede considerarse «irregular», en los términos del art. 6.1 de la Directiva de retorno, la situación del solicitante de protección internacional desde que se formula la petición hasta que se dicta por la Administración una inicial decisión de rechazo o inadmisión, no es posible durante ese período acordar una expulsión por «encontrarse ilegalmente en territorio español», como reza la infracción descrita en el art. 53.1.a) LOEx. Lógicamente, este derecho a permanecer regularmente en España sólo tiene un efecto limitado o transitorio, pues lo es «únicamente a efectos del procedimiento» de

protección internacional y entretanto éste se resuelve o inadmite, y ello impide que pueda derivarse del mismo la subsanación de la estancia irregular anterior, de forma que, rechazada o inadmitida la petición de protección internacional (y no otorgada tampoco la residencia por razones humanitarias prevista en el art. 37 de la Ley 12/2009), subsiste aquella estancia irregular determinante de la expulsión que puede ya ser acordada.

D).- Y aún existe otra razón que nos inclina a sostener la improcedencia de acordar la expulsión por estancia irregular mientras está pendiente de resolverse o admitirse una petición de protección internacional y es la de que la resolución que acuerda denegar o inadmitir una petición de protección internacional puede, no obstante, autorizar la residencia en España por razones humanitarias (art. 37 de la Ley 12/2009), y ello significa, no sólo que en dicho procedimiento puede obtenerse un título habilitante para permanecer en España distinto de la protección internacional, sino también que en el procedimiento de protección internacional pueden valorarse hechos y circunstancias que pueden ser determinantes del juicio de proporcionalidad que ha de fundamentar cualquier decisión de expulsión. Debe traerse a colación a este respecto el art. 6.4 de la Directiva de retorno, Directiva 2008/115, según el cual, «Los Estados miembros podrán, en cualquier momento, decidir conceder a un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio un permiso de residencia autónomo u otra autorización que otorgue un derecho de estancia por razones humanitarias o de otro tipo. En este caso no se dictará ninguna decisión de retorno. De haberse ya dictado, se revocará la decisión de retorno o se suspenderá durante el periodo de validez del permiso de residencia o de otra autorización que otorgue un derecho de estancia».

E).- Ésta es además la interpretación más favorable para asegurar la mayor efectividad del principio de no devolución. El riesgo de fraude de ley al que se alude por la Abogacía del Estado es fácilmente evitable por la Administración con la simple solución de resolver, en los breves plazos establecidos en la ley de asilo, sobre la admisión a trámite de las solicitudes manifiestamente infundadas, pero como advertíamos en

nuestra sentencia de 8 de abril de 2021, rec. 2461/2020, «La necesaria conexión entre el derecho de asilo y el control de la inmigración no puede producirse a costa del derecho de asilo, sino partiendo de su riguroso respeto. La Administración es la que tiene en sus manos evitar el efecto previsto por el legislador con el simple mecanismo de resolver las peticiones que considere infundadas en plazo.». Es, por tanto, la Administración la que tiene en sus manos, en los breves plazos de la ley de asilo, evitar los supuestos en los que se utilice de forma indebida el procedimiento de protección internacional para eludir de forma artificiosa las finalidades que persigue la Directiva de retorno que, por esta razón, no consideramos restringida en su eficacia por la interpretación que proponemos.

F).- Y los anteriores razonamientos no se ven afectados por la doctrina que establece la STJUE de 19 de junio de 2018, asunto C-181/2016, invocada por la Abogacía del Estado (a la que también nosotros hicimos antes referencia), que contempla la posibilidad -que aquí no se cuestiona- de acordar la expulsión al amparo de la Directiva de retorno por estancia irregular *tras la inicial denegación por la Administración de la protección internacional o en el mismo acto*, siempre que, entre otros condicionantes, se suspendan todos los efectos de dicha decisión de expulsión hasta tanto se resuelva el recurso jurisdiccional que se haya interpuesto contra la resolución denegatoria de la protección internacional. Reproducimos, a continuación, la doctrina que se enuncia en el fallo de dicha sentencia:

«La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a las normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, en relación con la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, y a la luz del principio de no devolución y del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrados en los artículos 18, 19, apartado 2, y 47 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que la autoridad decisoria adopte una decisión de retorno en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115, contra un nacional de un tercer país que ha presentado una solicitud de protección

internacional, a partir del momento en el que deniegue esa solicitud o unida a esa denegación en el marco de un único acto administrativo y, por tanto, antes de que se resuelva el recurso jurisdiccional contra dicha denegación, siempre que el Estado miembro de que se trate garantice que se suspendan todos los efectos jurídicos de la decisión de retorno a la espera del resultado de dicho recurso, que el solicitante pueda beneficiarse durante ese período de los derechos que se derivan de la Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, y que pueda invocar cualquier cambio en las circunstancias que se produzca después de la adopción de la decisión de retorno y que pueda incidir de forma significativa en la apreciación de su situación de conformidad con la Directiva 2008/115, en particular, con su artículo 5, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional nacional.»

Como puede observarse, en el caso resuelto por esta sentencia se trataba de resolver si era posible adoptar una decisión de retorno con arreglo a la Directiva 2008/115, contra un solicitante de protección internacional *después de dictarse resolución denegatoria de dicha solicitud* y antes del resultado del recurso judicial interpuesto contra dicha denegación, resolviendo el TJUE que ello era posible por ser irregular la estancia del solicitante de asilo a partir de aquella inicial denegación, aunque siempre que se suspendieran todos los efectos de la decisión de expulsión hasta la resolución del recurso jurisdiccional interpuesto contra aquella denegación. En cambio, en nuestro caso se aborda la posibilidad de acordar la expulsión por estancia irregular *antes del inicial rechazo o inadmisión por la Administración de una solicitud de protección internacional* presentada antes de que la expulsión se acuerde, posibilidad que hemos descartado. Además, como antes explicamos, los razonamientos que preceden a la conclusión alcanzada por el TJUE en esta sentencia abundan en la solución que hemos propuesto en la medida en que impiden calificar como estancia irregular en el sentido de la Directiva de retorno la del solicitante de protección internacional mientras no se resuelva o inadmita su solicitud por una inicial resolución de la Administración, circunstancia que impide adoptar una decisión de retorno al amparo del art. 6.1 de aquella Directiva.

SEXTO. La interpretación que fija esta sentencia.

A la vista de los anteriores razonamientos, nuestra respuesta a la cuestión en la que se apreció interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, debidamente referida a la concreta resolución administrativa originariamente impugnada, ha de ser 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.

SÉPTIMO. Aplicación de los anteriores razonamientos a la sentencia recurrida.

Tanto la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Segovia como la de la Sala de Burgos se ajustan a la interpretación que hemos propuesto por lo que deben ser confirmadas debiendo desestimarse el recurso de casación.

OCTAVO. Pronunciamiento sobre costas.

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

F A L L O

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

Primero. Fijar como criterio interpretativo aplicable a la cuestión que precisó el auto de admisión el reflejado en el fundamento de derecho sexto de esta sentencia.

Segundo. No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado contra la sentencia de 9 de octubre de 2020, dictada en el recurso de apelación núm. 120/2020, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Burgos.

Tercero. Sin imposición de las costas causadas en este recurso de casación.

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

Así se acuerda y firma.