

NIG:

Recurso de Apelación ' /2025

Recurrente: D

LETRADO D./Dña. IVAN ORTEGA RUIZ

Recurrido: DELEGACION DEL GOBIERNO EN MADRID

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA Nº 779/2025

Presidente:

D./Dña. Mª DEL CAMINO VÁZQUEZ CASTELLANOS

Magistrados:

D./Dña. FRANCISCA ROSAS CARRION

D./Dña. RAFAEL BOTELLA GARCÍA-LASTRA

D./Dña. GUILLERMINA YANGUAS MONTERO

En la Villa de Madrid el día 11 de septiembre del año dos mil veinticinco.

V I S T O S por los Ilmos. Sres. arriba reseñados, Magistrados integrantes de la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid los presentes autos de **RECURSO de APELACION Nº 2025** seguidos a instancia del Letrado Sr. D. Iván Ortega Ruiz , en representación de

.....), en calidad de apelante, contra la sentencia de fecha 6 de noviembre de 2024 dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 10 de los de Madrid en el Procedimiento Abreviado nº4 por cuya virtud se desestimó el recurso contencioso-administrativo contra la resolución de fecha

..... de 2024 de la Delegación del Gobierno en Madrid por la que se acordó la expulsión del territorio nacional del ahora apelante con la consiguiente la prohibición de entrada por un periodo de cinco años como consecuencia de una infracción sancionada en el artículo 53.1 a) de la Ley Orgánica 4/ 2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social en el expediente nº

Ha sido parte apelada **LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO (DELEGA-CIÓN DEL GOBIERNO EN MADRID)**, representada y asistida en estas diligencias por la Abogacía del Estado, en base a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO.



PRIMERO: Se interpuso recurso contencioso-administrativo de la resolución de 2024 de la Delegación del Gobierno en Madrid , por la que se declara el territorio nacional del ahora apelante con la consiguiente la prohibición de entrada al periodo de cinco años como consecuencia de una infracción sancionada de la Ley Orgánica 4/ 2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social en el expediente nº

SEGUNDO: El recurso se tramitó ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 10 de los de Madrid el cual, tras los debidos trámites, en fecha 6 de noviembre de 2024 dictó sentencia cuyo fallo es del tenor que se transcribe:

«Que debo desestimar y desestimo el recurso contencioso administrativo nº PAB4 interpuesto por la representación y defensa de
1 contra la Resolución citada en el primer Fundamento de Derecho.

Don costas.»

TERCERO: Notificada la expresada sentencia al Letrado que entonces ostentaba la representación de _____, interpuso en su nombre recurso de apelación contra la misma, mediante escrito recnado el 19 de noviembre de 2024, en el que, tras alegar lo que a su derecho convenía terminaba suplicando lo que transcribimos:

«[...] tras los trámites legales pertinentes, se dicte por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de la Madrid resolución que revocando la sentencia de instancia en su dispositivo acuerde la anulación del acto administrativo impugnado.»

CUARTO: Mediante diligencia de ordenación de fecha 21 de noviembre de 2024 el Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, disponiéndose, de conformidad con el art. 85.2 de la LJC-A dar traslado a la Abogacía del Estado para que pudiera impugnarlo lo que verificó mediante escrito fechado el 30 de diciembre de 2024, en el que, tras alegar lo que a su derecho convenía terminaba suplicando, la desestimación del recurso con imposición de costas.

y **QUINTO:** Por resolución de fecha 20 de enero de 2025 se acordó elevar los autos a esta Sala, previo emplazamiento de las partes, a fin de sustanciar la apelación, dónde recibidos los autos en esta Sección, y personadas las partes, se acordó en fecha 6 de febrero de 2024 formar rollo de sala y designar ponente a la vez que se acordaba dejar los autos pendientes de señalamiento, y, mediante providencia de fecha 22 de julio pasado se dispuso el señalamiento para deliberación y fallo el siguiente 10 de septiembre fecha en que tuvo lugar la misma.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Rafael Botella y García-Lastra, quien ex-presa el parecer de la Sección.

A los anteriores son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS de DERECHO



PRIMERO: Es objeto del presente recurso de apelación la resolución de representación procesal del recurrente de fecha 6 de noviembre de 2024 dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Contencioso-Administrativa Nº 10 de los Juzgados de Madrid en el Procedimiento de Apelación 2024 por cuya virtud se desestimó el recurso contencioso-administrativo de fecha 13 de febrero de 2024 aun cuando, erróneamente, la sentencia afirma que es de fecha 10 de septiembre de 2023, de la Delegación del Gobierno en Madrid por la que se acordó la expulsión del territorio nacional del ahora apelante con la consiguiente la prohibición de entrada por un periodo de cinco años como consecuencia de una infracción sancionada en el artículo 53.1 a) de la Ley Orgánica 4/ 2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social en el expediente

SEGUNDO: El núcleo del debate jurídico de la sentencia de instancia gira en torno a la validez de la resolución administrativa que impuso al recurrente la sanción de expulsión del territorio español por estancia irregular, conforme al artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en su redacción vigente. El actor solicita la anulación de dicha resolución alegando, principalmente, la existencia de indefensión en vía administrativa, así como un fuerte arraigo personal, familiar, social y económico en España, que haría desproporcionada la sanción de expulsión. Por su parte, la Abogacía del Estado postula la desestimación del recurso, argumentando la legalidad del acto impugnado.

En primer término, el Juzgado aborda el alegato de indefensión en el procedimiento administrativo, argumentando, con cita expresa de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que la indefensión con relevancia jurídica debe ser de carácter material y no meramente formal. Recuerda que la omisión de un trámite procesal solo tendrá consecuencias invalidantes si su cumplimiento habría podido modificar el resultado del procedimiento. En el presente caso, se constata que al recurrente se le informó de su derecho a la asistencia letrada, que ejerció con el mismo letrado que ahora le representa, y que presentó alegaciones en vía administrativa sin solicitar prueba ni aportar elementos que contradijeran los hechos base de la sanción -esto es, su estancia irregular en España-. Por lo tanto, el Juzgado concluye que no concurre indefensión material alguna.

El análisis se desplaza a continuación hacia la legalidad sustantiva de la sanción impuesta. El juzgado repasa minuciosamente el régimen sancionador previsto en la Ley de Extranjería, subrayando que el artículo 53.1.a) tipifica como infracción grave la permanencia en España sin autorización de residencia o con una autorización caducada por más de tres meses sin solicitud de renovación. Esta conducta, recuerda el tribunal, puede ser sancionada alternativamente con multa o expulsión, conforme al principio de proporcionalidad y a una resolución motivada que valore las circunstancias del caso (artículo 57.1).

En esta línea, se desgrana con notable extensión el desarrollo jurisprudencial -tanto nacional como comunitario- en torno a la aplicación de la sanción de expulsión frente a la multa en supuestos de mera estancia irregular. Así, el órgano judicial recuerda que, en una primera etapa, el Tribunal Supremo español sostenía que la multa debía ser la sanción preferente y que la expulsión solo podía imponerse si concurrían circunstancias agravantes debidamente motivadas. Sin embargo, esta doctrina se vio sacudida por la jurisprudencia del

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en particular por la Sentencia de 2015 (asunto Zaizoune, C-38/14), que cuestionaba el sistema previsto en la legislación española.

En respuesta a esta sentencia y a las posteriores resoluciones del Tribunal Supremo español modificó su doctrina en la STS de 12 de junio de 2019 y en la STS de 17 de marzo de 2021, donde estableció que la mera estancia sancionada directamente con expulsión, no siendo ya admisible la alternativa de la multa. Aun así, esta interpretación se matizó más adelante en la STS nº 337/2022, que reafirma que la expulsión debe ser la única respuesta posible, pero que esta exige una motivación individualizada que pondere adecuadamente las circunstancias agravantes del caso concreto, sean estas de carácter subjetivo u objetivo.

Más recientemente, el Tribunal Constitucional, en su STC nº 47/2023, ha establecido que no se puede aplicar directamente una Directiva comunitaria -como la de retorno 2008/115/ CE- en perjuicio del particular, desplazando la normativa nacional más favorable, salvo que esta haya sido modificada o derogada. En otras palabras, reitera que no se puede imponer la sanción de expulsión en casos de mera estancia irregular si no concurren circunstancias agravantes y si la normativa nacional contempla una sanción menos gravosa como la multa.

En este complejo entramado jurisprudencial, la Juzgadora considera que la cuestión es eminentemente casuística y que debe valorarse cada caso individualmente. Así, examina el supuesto concreto de [REDACTED]. En su caso, aunque alegue arraigo social y familiar, consta en el expediente que, tras la denegación de su solicitud de asilo, no abandonó voluntariamente el territorio nacional, lo que, conforme al artículo 37 de la Ley 12/2009, supone una infracción que revela una actitud contraria a las normas. Además, se indica que el recurrente fue detenido por malos tratos en el ámbito familiar, conducta que, aunque no se mencione si derivó en condena penal, se considera particularmente grave y socialmente intolerable, por lo que se invoca una política de “tolerancia cero”.

El Juzgado, a la luz de lo anterior, concluye que concurren en el caso elementos negativos suficientes, que constituyen esas circunstancias agravantes que permiten justificar, conforme al principio de proporcionalidad y a la doctrina jurisprudencial aplicable, la imposición de la sanción de expulsión en lugar de una simple multa. Se hace especial hincapié en que la gravedad de la conducta imputada (estancia irregular tras denegación de protección internacional y detención por violencia en el ámbito familiar) justifica sobradamente la medida adoptada por la Administración.

Por último, en cuanto a la duración de la prohibición de entrada (cinco años), se hace constar que esta no ha sido impugnada por el recurrente, y que la misma se halla dentro del marco permitido por la legislación vigente, concretamente por el artículo 58 de la LOEX. Con base en todo lo anterior, el Juzgado desestima el recurso contencioso-administrativo y confirma la resolución de expulsión dictada por la Delegación del Gobierno en Madrid, con expresa imposición de costas al recurrente.

TERCERO: Por su parte, la representación de [REDACTED], discrepa de la sentencia de instancia, considerando que, tanto la tramitación administrativa como la resolución judicial presentan defectos esenciales que comprometen no solo la

legalidad de la medida de expulsión, sino también el respeto a los d
afectado.

Uno de los ejes de la apelación es la denegación inmotivada durante la tramitación del expediente sancionador. La representación omisión ha colocado al recurrente en una situación de indefen directamente el artículo 24 de la Constitución Española. Esta vulr solo afecta a la validez de la resolución administrativa, sino que constituye una causa de nulidad de pleno derecho, en virtud de lo establecido en los artículos 47 y 48 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Al hilo de lo anterior, la defensa subraya que la resolución sancionadora carece de la debida motivación. Aunque el acto administrativo adopta la expulsión como medida sancionadora, no se justifica por qué se opta por la sanción más lesiva posible, máxime cuando el propio ordenamiento prevé alternativas menos restrictivas, como la multa. La representación letrada enfatiza que la decisión de expulsión, siendo excepcional, debe contar con una motivación específica y reforzada, algo que brilla por su ausencia tanto en el expediente administrativo como en la sentencia recurrida.

En apoyo de su tesis, el apelante expone que su patrocinado cuenta con arraigo familiar, social y económico en España. Se insiste en que el mismo ha residido en territorio español durante varios años, ha trabajado legalmente, carece de antecedentes penales y posee un entorno estable, todo lo cual fue debidamente acreditado con documentación que incluía contrato de trabajo, nóminas, empadronamiento y solicitud de protección internacional. Desde esta perspectiva, la decisión de expulsión resulta, según la parte recurrente, manifiestamente desproporcionada.

En un segundo plano argumental, el recurso pone el foco en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, especialmente en la Sentencia de la Sala Tercera de 17 de marzo de 2021 (recurso 2870/2020). En ella se establece con claridad que la imposición de la expulsión como sanción frente a la mera estancia irregular requiere, de forma inexcusable, una valoración individualizada de circunstancias agravantes que justifiquen la proporcionalidad de la medida. Este criterio, además, se alinea con las exigencias derivadas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), según la cual el principio de proporcionalidad exige que se exploren medidas menos gravosas para los derechos del extranjero. Desde esta óptica, el apelante sostiene que en el presente caso no concurre ninguna circunstancia agravante que legitime la aplicación de la medida más severa. La estancia del recurrente, aunque irregular, carece de elementos adicionales que puedan agravarla en términos jurídicos -como reincidencia, negativa a abandonar el país tras resolución firme, o conducta antisocial o delictiva-. Por tanto, la expulsión no puede sostenerse como respuesta proporcional y legítima, ya que se aplica sin la ponderación requerida y sin considerar alternativas previstas por el ordenamiento.

El recurso también aborda otro aspecto estructural de la resolución impugnada: la inadecuación del procedimiento utilizado, al haberse seguido el procedimiento preferente previsto en el artículo 63 de la LOEX. La representación letrada argumenta que dicha modalidad procedimental solo puede aplicarse en supuestos concretos debidamente justificados. Alega que en este caso no concurren las causas habilitantes para la tramitación por la vía preferente, como exige la norma, por lo que su aplicación resulta contraria a Derecho.

Para reforzar esta crítica, se menciona expresamente la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2019, que anuló una resolución de inadmisión de recurso de amparo por incorrecta del procedimiento preferente. En aquella ocasión, el TSJ de Madrid motivó la inadmisión inicial que justificó la elección del procedimiento preferente por concurrir las condiciones habilitantes del artículo 63 LOEX- con independencia del procedimiento, y no una mera irregularidad formal. Este razonamiento de la parte apelante al presente caso, concluyendo que la resolución se dictó por haberse dictado en un procedimiento indebidamente aplicado.

A continuación, el recurso se articula formalmente con una invocación sistemática de los Fundamentos de Derecho, partiendo de la competencia del órgano judicial (art. 81 LJCA), la legitimación del apelante (art. 82 LJCA), y la presentación del recurso en tiempo y forma (art. 85.1 LJCA). El núcleo jurídico de la impugnación se ubica en la infracción de los artículos 53, 55, 57 y 58 de la Ley de Extranjería, así como del principio de proporcionalidad y de la jurisprudencia que los interpreta.

Se reprocha a la sentencia de instancia que haya aceptado la posibilidad de imponer la expulsión sin que la Administración hubiera justificado tal opción, contraviniendo con ello la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo -citada expresamente con referencias a múltiples sentencias de casación entre los años 2005 y 2007-, que exige una motivación reforzada cuando se opta por la sanción más grave en casos de estancia irregular.

El recurso también invoca la jurisprudencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2006, donde se perfila el concepto jurídico de arraigo como conjunto de intereses familiares, sociales y económicos que pueden justificar la permanencia en España. El apelante sostiene que su representado cumple sobradamente con este perfil y que, por tanto, cualquier medida sancionadora debería haber considerado dicho arraigo como elemento que excluye la proporcionalidad de una expulsión.

CUARTO: El escrito de oposición se articula sobre dos grandes bloques argumentales: la ausencia de contenido impugnatorio sustantivo en el escrito de apelación y la plena corrección de la sentencia impugnada, cuya confirmación se solicita con base en su propia fundamentación, señalando, primeramente, la falta de contenido impugnatorio del recurso de apelación, afirmando que el escrito de apelación no contiene crítica jurídica alguna a la sentencia recurrida, y que ello justifica por sí solo su desestimación sin más trámite. En consecuencia, solicita que se declare improcedente el recurso de apelación, tanto por su defectuosa formulación como por su vacío argumental.

En el segundo bloque argumental, la Abogacía del Estado afirma que, más allá de la deficiente estructura del recurso, la sentencia dictada por el Juzgado nº 10 debe ser confirmada en todos sus términos por resultar ajustada a Derecho y correctamente fundamentada.

Se subraya que la sentencia valoró adecuadamente la situación del recurrente, quien, pese a alegar arraigo familiar en España (por estar casado y tener dos hijos), había sido detenido por un delito de malos tratos en el ámbito familiar y contaba con antecedentes policiales. Tales circunstancias, según la Abogacía del Estado, fueron correctamente ponderadas por la magistrada de instancia, y constituyen motivos más que suficientes para confirmar la medida de expulsión adoptada por la Delegación del Gobierno.

El escrito recuerda que la conducta del recurrente encaja en el artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, que considera infracción grave el ingreso en territorio español sin la debida autorización de residencia. En consecuencia, la imposición de la sanción de expulsión, la cual fue impuesta por la Sala, es correcta por el órgano judicial.

A continuación, se realiza una interpretación normativa más extensa, introduciendo el marco de aplicación del Real Decreto que regula el régimen de extranjería, en concreto su artículo 15. Se recuerda que, cuando se adopta una medida de expulsión por razones de orden público o de seguridad pública, dicha medida debe estar fundada exclusivamente en la conducta personal del afectado, la cual debe constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. La valoración de dicha amenaza -añade el escrito- debe basarse en los informes policiales, fiscales o judiciales que obren en el expediente.

En este contexto, sostiene que la medida adoptada no constituye una sanción administrativa en sentido estricto, sino una decisión de política de extranjería. Se insiste en que la expulsión no debe analizarse exclusivamente bajo la óptica del derecho sancionador, sino también como una facultad discrecional de la Administración en el marco de su competencia en materia de control migratorio. Se aclara que esta medida no requiere la constatación de una infracción administrativa formal, sino que se adopta como respuesta legítima dentro del marco normativo que permite gestionar situaciones de extranjería de acuerdo con criterios de orden público, seguridad y conveniencia general.

Finalmente, se recuerda que la jurisprudencia admite que el concepto de “orden público” puede extenderse a situaciones como la del presente caso, en la que existen antecedentes por violencia en el ámbito familiar. La expulsión, por tanto, no solo sería jurídicamente admisible, sino también socialmente legítima y proporcionada, dadas las circunstancias personales del afectado.

QUINTO: Adelantamos ya que no cabe acoger el motivo de oposición a la apelación deducido por la Abogacía del Estado consistente en la falta de contenido impugnatorio del recurso porque, aun cuando se reproduzcan formalmente los motivos de impugnación planteados en la primera instancia, al haber sido rechazados en la sentencia se argumentan en este recurso las razones que asisten al apelante para demostrar la improcedencia del fallo y permitir que este tribunal pueda examinar la litis dentro de los límites y en congruencia con los términos de la apelación y de la oposición.

En efecto, si bien la parte apelada hace referencia a la posible falta de contenido impugnatorio del recurso formulado, la Sala, tras su detenido examen, entiende en cambio que en él se contiene una crítica, quizás algo reiterativa y exigua pero suficiente, de la resolución recaída en primera instancia (al aportar a la Sala los motivos por los que la sentencia de instancia infringe el ordenamiento jurídico), lo que nos permite considerar cumplidos los requisitos establecidos en el art. 777.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, de aplicación supletoria en este orden jurisdiccional a tenor de la Disposición Final Primera de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y, en consecuencia, debemos entrar a conocer el fondo del mismo. Es sabido que el recurso de apelación no puede considerarse como una reiteración de

la primera instancia, cuyo objeto sea el acto administrativo impugnado como un proceso especial de impugnación cuyo objeto es la resolución del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1998). No se trata de adecuación jurídica del acto administrativo impugnado sino de pronunciar sobre ello, es decir, depurar el resultado procesal ya obnunciado de 1999).

Hemos de recordar que la doctrina tradicional del Tribunal Supremo acerca del R.A.P. se ha venido pronunciando sobre la necesidad de que el mismo incorpore una crítica suficiente de la resolución apelada. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1997 (recurso nº 210/1992, FJ 1º), expresa:

"El recurso de apelación tiene por finalidad depurar un resultado procesal obtenido con anterioridad, de suerte que el contenido del escrito de alegaciones del apelante - artículo 100.5 de la Ley Jurisdiccional- ha de consistir, precisamente, en una crítica de la sentencia impugnada que sirva de fundamento a la pretensión de sustitución de sus fundamentos por otros distintos. Por ello, este Tribunal Supremo tiene declarado en numerosas Sentencias -7 y 24 noviembre y 21 diciembre 1987, 5 diciembre 1988, 20 diciembre 1989, 24 septiembre 1991, 15 diciembre 1992, etc: que aunque con la apelación se transmite al Tribunal "ad quem" la plenitud de competencias para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas en primera instancia, aquél no puede revisar de oficio los razonamientos y fallos de la sentencia apelada como fundamento de su pretensión revocatoria, que como todas las procesales requiere la individualización de los motivos que le sirven de fundamento, a fin de que el Tribunal de apelación pueda examinarlos dentro de los límites y en congruencia con los términos en que venga ejercitada."

En el supuesto examinado aun cuando el apelante viene a reiterar alguno de los motivos en los cuales basó su solicitud pretensión en la instancia, no por ello se ha limitado a realizar dicha reiteración sino también a expresar de modo suficiente los motivos por los cuales discrepa de la valoración jurisdiccional y en virtud de los cuales reitera su disconformidad con la sentencia. Lo cual nos conduce a estimar que no resulta la concurrencia de dicha causa de desestimación del recurso y procede entrar a valorar las alegaciones formuladas por el recurrente tendentes a desvirtuar el razonamiento de la instancia y que justificarían, en su caso, la estimación de su recurso.

SEXTO: Considera la Sala que, para el correcto análisis de las cuestiones debatidas, hemos de referirnos, primeramente, a la regulación del régimen sancionador en materia de extranjería se contiene en el Título III de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

El art. 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción dada por el apartado 56 del artículo único de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, establece que:

"Son infracciones graves: a) **Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización**, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente."

El art. 55.1.b) de la Ley Orgánica 4/2000, en redacción dada por el art. único 58 de la Ley Orgánica 2/2009, prevé lo siguiente:

“Las infracciones tipificadas en los artículos anteriores será siguientes: b) Las infracciones graves con multa de 501 hasta contemplado en el artículo 53.2.a) de esta Ley, además de la sanción i estará obligado a sufragar los costes derivados del viaje.”

Por su parte el art. 55.3 de la Ley Orgánica 4/2000, en el único 58 de la Ley Orgánica 2/2009, dispone:

“Para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerlas se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia.”

El art. 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000, en redacción dada por el art. único 59 de la Ley Orgánica 2/2009, dispone lo siguiente:

“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.”

En el ámbito del Derecho Europeo, debe atenderse a lo previsto en el art. 1 de 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 2008/115/CE”) que dispone que:

“La presente Directiva establece normas y procedimientos comunes que deberán aplicarse en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, de conformidad con los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario, así como del Derecho internacional, incluidas las obligaciones en materia de protección de los refugiados y de derechos humanos.”

A tenor del art. 5 de la Directiva 2008/115/CE:

“Al aplicar la presente Directiva, los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta:

- a) el interés superior del niño,
- b) la vida familiar,
- c) el estado de salud del nacional de un tercer país de que se trate, y respetarán el principio de no devolución”.

Por su parte, el artículo 6 de la Directiva 2008/115/CE dispone:

“1. Los Estados miembros dictarán una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio, sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5.”

El artículo 6 de la Directiva 2008/115/CE en relación dispone:

“La decisión de retorno establecerá un plazo adecuado, cuya treinta días, para la salida voluntaria, sin perjuicio de las excepciones co 4. Los Estados miembros podrán disponer en su legislación nacional únicamente la posibilidad del nacional de un tercer país interesado. En informarán a los nacionales de terceros países de que se trate de la posibilidad en este sentido.

Durante el plazo de salida voluntaria podrán imponerse determinadas obligaciones para evitar el riesgo de fuga, tales como la presentación periódica ante las autoridades, el depósito de una fianza adecuada, la entrega de documentos o la obligación de permanecer en un lugar determinado.

Si existiera riesgo de fuga, o si se desestimara una solicitud de permanencia legal por ser manifiestamente infundada o fraudulenta o si la persona de que se trate representara un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional, los Estados miembros podrán abstenerse de conceder un plazo para la salida voluntaria, o podrán conceder un periodo inferior a siete días.”

SEPTIMO: El régimen jurídico aplicable a la estancia irregular ha dado lugar a distintas y, en ocasiones, contradictorias, resoluciones judiciales que han sido analizadas de forma exhaustiva en la reciente Sentencia núm. 1140/2023, dictada por la Sección quinta de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, con fecha 113 de febrero de 2024, en el recurso de casación 2251/2021.

Con esa misma fecha (113 de febrero de 2024), se ha dictado en el recurso de casación 1357/2022 la Sentencia núm. 1141/2023. En ambas, el Tribunal Supremo fija nuevamente la doctrina jurisprudencial en relación con la imposición de la sanción de expulsión a aquellos extranjeros que se encuentran en España en situación irregular, cuando no concurran circunstancias de agravación.

En la STS 113 de febrero de 2024 el Tribunal Supremo señala que la interpretación de la Directiva 2008/115/CE y su aplicación directa en nuestro país es crucial

“para la fijación, nuevamente, de la doctrina jurisprudencial que corresponda en relación con la imposición de la sanción de expulsión a aquellos extranjeros que se encuentran en España en situación irregular, cuando no concurran circunstancias de agravación”.

Y analiza a continuación el contenido de dicha Directiva en lo que concierne al caso, así como las tres sentencias dictadas por el TJUE en relación con la normativa española.

En relación con la Directiva 2008/115/CE el Tribunal Supremo analiza su objeto, los principios que rigen su aplicación y la distinción entre los conceptos “decisión de retorno”, “expulsión” y “salida voluntaria” y recuerda que

“no contempla la posibilidad de imponer una multa como alternativa al retorno del extranjero, pero no excluye que pueda ser adoptada en el seno de un procedimiento sancionador siempre que el efecto útil de la Directiva no se vea comprometido.”

En lo que concierne a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la Directiva 2008/115/CE en relación con el marco normativo del Tribunal Supremo, con cita de lo establecido por el artículo 267 TFUE

“... las distintas respuestas proporcionadas por el TJUE planteadas están estrechamente vinculadas al marco normativo que existe por el tribunal español remitente”.

Y, cita la STJUE de 23 de abril de 2015, asunto C-38/14, (Zaizoune), la STJUE de 8 de octubre de 2020, asunto C-568/19 y la STJUE de 3 de marzo de 2022, asunto C-409-2020.

Recuerda también que, a raíz de la STJUE de 8 de octubre de 2020, C-568/19, el Tribunal Supremo se pronunció sobre la cuestión objeto de debate en la Sentencia núm. 366/2021, de 17 de marzo de 2021, recurso 2870/2020, en la que se realizaron diversas precisiones relevantes, y que esa jurisprudencia ha sido confirmada por sentencias posteriores como la núm. 750/2021, de 27 de mayo de 2021, rec. 1739/2020, la núm. 337/2022, de 16 de marzo, rec. 6695/2020, y la de 20 de octubre de 2022, rec. 1334/2022, entre otras.

Dado que la STJUE de 3 de marzo de 2022, asunto C-409-2020, volvió a pronunciarse sobre la cuestión (en virtud de una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Pontevedra mediante auto de 20 de agosto de 2020), el Tribunal Supremo dictó la Sentencia de 16 de marzo de 2022, recurso 6695/2020, en la que se realizan por el Tribunal Supremo afirmaciones que se vienen ahora a rectificar en la Sentencia de 113 de febrero de 2024 .

Así, en el séptimo de los fundamentos de derecho de la STS de 113 de febrero de 2024, al analizar

“El marco normativo español sobre la situación irregular de los extranjeros en territorio nacional” se establece lo siguiente, -que supone “matizar la primera de las respuestas que se dio a la cuestión casacional en la STS de 17 de marzo de 2021, recurso 2870/2020, sentencia que no pudo tener en cuenta la STJUE de 2022 por razones obvias temporales”-:

“Por lo tanto y en relación con la pregunta casacional podemos anticipar que la sanción a imponer de forma preferente a los extranjeros que hayan incurrido en las conductas tipificadas como graves en el art. 53.1.a) Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, es la de multa, siempre que no concurren circunstancias agravantes añadidas a su situación irregular. Así lo impone el art. 57 de la Ley de Extranjería que establece prima facie la sanción de multa a las infracciones graves, entre ellas la situación irregular, pero se permite sustituir dicha sanción de multa, en atención al principio de proporcionalidad, por la sanción de expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción. Indudablemente dicho principio de proporcionalidad exige la concurrencia de circunstancias de agravación para imponer la sanción más grave de expulsión, frente a la sanción de multa. Esta última sanción, sin embargo, será preferente frente a la expulsión cuando no concurren circunstancias agravantes, como ya había señalado la jurisprudencia previa a la Directiva de 2008, y que hoy se mantiene vigente con fundamento en la propia Ley y Reglamento de Extranjería, después de la reforma de 2009, interpretados conforme a la Directiva de retorno y la jurisprudencia del TJUE. En definitiva, es preciso un juicio de ponderación basado en el principio de proporcionalidad para la elección entre una u otra sanción (multa o expulsión), sin que este mandato legal que así lo establece sea incompatible con el Derecho Europeo como acabamos de ver.”

En el noveno de sus fundamentos de derecho la Sentencia 113 de febrero de 2024 se recoge la reciente doctrina del Tribunal cuestión litigiosa, STC 47/2023, de 10 de mayo, del Pleno del T expresamente que la imposición de la sanción de expulsión circunstancias de agravación infringe el derecho fundamental a la l palabras del Tribunal Supremo:

“Como es de ver el Tribunal Constitucional tiene en cuenta la doctrina del TJUE sobre el efecto directo vertical descendente de las Directivas comunitarias no transpuestas en plazo, al que hacíamos referencia en el fundamento sexto de esta sentencia, reafirmado por la STJUE de 8 de octubre de 2020, C-568/19 para un caso como el de autos, doctrina que impide que una jurisdicción nacional aplique directamente a los particulares una Directiva no transpuesta al ordenamiento interno. En el caso de ser aplicada se vulneraría el derecho fundamental a la legalidad sancionadora.”

Continuando con la cita de la STS de 18 de septiembre 2023, recordamos que en su fundamento de derecho décimo se da respuesta a la cuestión casacional planteada en el auto de admisión:

«sí, 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 es la multa siempre que no concurren circunstancias agravantes añadidas a su situación irregular, teniendo en cuenta también la eventual incidencia en la cuestión de la posterior sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de marzo de 2022 -asunto C-409/20.»

De conformidad con la STS de 18 de septiembre 2023:

“Aunque la pregunta incide en la STJUE de 2020, asunto C-568/19, lo cierto es que es la STJUE de 2022, asunto C-409/20, la que proporciona una respuesta más precisa y completa en relación con el marco normativo español. La sentencia confirma, con los matices que veremos a continuación, la compatibilidad de la normativa española con el Derecho Europeo, en la forma en que ha sido interpretada por nuestra jurisprudencia, de manera que la sanción preferente a imponer ante la situación irregular de un extranjero en territorio nacional, al que se le abrió un procedimiento sancionador por este motivo, es la de multa, salvo que concurren circunstancias de agravación que justifiquen, en resolución motivada al efecto, la imposición de la sanción más grave de expulsión.

Sin embargo, la imposición de esa multa -y he aquí el matiz- no puede privar de su efecto útil a la Directiva, que pretende como objetivo final, con las debidas garantías, el retorno del extranjero. Nuestro ordenamiento, como hemos señalado anteriormente, impide la doble sanción -multa y expulsión- por unos mismos hechos y en idéntico procedimiento sancionador. Ese es el sentido de la prohibición contenida en el art. 57.3 de la Ley de Extranjería (En ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa), sin que esa prohibición de la doble sanción en el mismo procedimiento sancionador (“conjuntamente” dice el precepto) excluya o elimine la obligación que el art. 28.3.c) impone a todo extranjero de salir obligatoriamente de España cuando carezca de autorización para permanecer en nuestro país. De ahí que la Administración, cuando opte por la sanción de multa en el procedimiento sancionador, pueda y deba ordenar al extranjero en situación irregular que salga de España voluntariamente en un plazo determinado (decisión de retorno de cumplimiento voluntario), limitándose a concretar así lo que constituye una obligación legal. En el caso de no ser

atendida esta orden de forma voluntaria, la Administración podrá con (la decisión de retorno de cumplimiento voluntario se convierte en cumplimiento forzoso o expulsión) lo que se materializará a través procedimiento sancionador por estancia irregular que, esta vez sí, debe sanción de expulsión al concurrir una circunstancia de agravación (voluntariamente). Esta es la opción elegida para el retorno del extranjero. Reglamento de Extranjería para los casos de incumplimiento de la orden. En todo caso, conviene traer a colación que nuestra jurisprudencia ha venido afirmando que, en caso de agravación no haber cumplimentado voluntariamente una orden previa de salida obligatoria (sentencia de 22 de febrero de 2007).

En cuanto a los concretos plazos que debe fijar la Administración para la salida obligatoria, se debe atender a lo que señala la Directiva en el art. 7 para la salida voluntaria (entre siete y treinta días, salvo que se esté incurso en un procedimiento de regularización que permite extender ese plazo prudencialmente) o bien al art. 24 del Reglamento de Extranjería que en relación con la orden de salida obligatoria fija un plazo de cumplimiento de quince días contado desde el momento en que se notifique la resolución que así lo establezca, plazo que podrá ser ampliado hasta 90 días en circunstancias excepcionales y siempre que se justifique que se cuenta con medios económicos suficientes.

(...)

Finalmente debemos hacer unas consideraciones sobre el posicionamiento de nuestra Sala expresado en el fundamento cuarto de la sentencia de 15 de marzo de 2022, recurso 6695/2020, que se mostró crítico con el posicionamiento de la STJUE de 2022 por ser tributario de un marco normativo nacional que no se compartía. Este posicionamiento lo matizamos en esta sentencia.

En primer lugar, con fundamento en el principio de interpretación de las normas nacionales conforme a las Directivas. Principio en virtud del cual, como recuerda la STJUE de 14 de mayo de 2020, asunto C615/2018, el órgano jurisdiccional nacional está obligado a dar al Derecho interno, en la medida de lo posible, una interpretación conforme con las exigencias del Derecho de la Unión, es inherente al régimen de los Tratados, en la medida que permite que el órgano jurisdiccional nacional garantice, en el marco de sus competencias la plena efectividad del Derecho de la Unión al resolver el litigio que conozca. En nuestra sentencia de 17 de marzo de 2021, recurso 2870/2020, se razonó ampliamente sobre la aplicación de este principio.

En segundo lugar, porque pese a que el art. 28 de nuestra Ley de Extranjería no fije un plazo para la salida obligatoria, ni arbitre medios para su ejecución, como se decía en la sentencia, ninguna norma impide que la Administración en el propio procedimiento sancionador en el que decida la imposición de una multa, una vez constatada la situación irregular sin apreciación de circunstancias agravantes, concrete el mandato legal del art. 28 y fije un plazo para su cumplimiento voluntario. Es más, el art. 24 del Reglamento de Extranjería de 2009 contempla expresamente que la resolución administrativa que constata la falta de autorización para encontrarse en España del extranjero contenga la advertencia al interesado de la obligatoriedad de su salida del país. Y aunque no se refiere expresamente a un procedimiento sancionador en la relación ad exemplum que contempla este artículo en modo alguno lo excluye.

En tercer lugar, porque la estancia irregular del extranjero constituye una infracción continuada mientras perdure, de manera que una vez abierto el procedimiento sancionador e impuesta una multa con el apercibimiento de la salida obligatoria, si esa salida no se produce voluntariamente y se mantiene la situación nada impide la apertura de un nuevo procedimiento sancionador que puede terminar en sanción de expulsión. El art. 63.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento

Administrativo Común de las Administraciones Públicas, permitiendo el procedimiento sancionador por hechos o conductas tipificadas como infractor persista de forma continuada, en tanto haya recaído una primera sanción de carácter ejecutivo. Abunda en esta conclusión el art. 24.2 del Reglamento de la Salida Obligatoria, que establece que la salida obligatoria no se materializa en el plazo establecido en la resolución administrativa si no se ha producido la remisión a lo previsto para los supuestos a que se refiere el artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, es decir a la apertura de un procedimiento sancionador.

En cuarto lugar, porque el mandato del art. 28 de la Ley de Extranjería excluye la posibilidad de que la imposición de una multa por estancia irregular legalice la situación del extranjero a partir de ese momento, de manera que este ya no tenga la obligación de salir ni pueda ser expulsado si no lo hace. Esa interpretación sería, además, radicalmente contraria a la Directiva de retorno, como se encargó de señalar la STJUE de 23 de abril de 2015, C-38/14, (asunto Zaizoune), máxime cuando otras interpretaciones son posibles y conformes con dicha Directiva. Abunda en lo anterior el art.24.2 del Reglamento que establece que cuando la salida obligatoria no se materializa en el plazo establecido en la resolución administrativa se aplique lo previsto para los supuestos a que se refiere el artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

En quinto lugar, tampoco constituye obstáculo a la interpretación que estamos sosteniendo el argumento de que siendo necesario el procedimiento ordinario para la imposición de la sanción de expulsión por estancia irregular, los plazos establecidos para dicho procedimiento sumados a los que se establezcan para la salida obligatoria excederían lo previsto sobre plazos para el retorno establecidos en la Directiva para que ésta no pierda su efecto útil. Este argumento no tiene en cuenta que la Administración debe procurar el efecto útil de la Directiva a cuyo efecto puede acordar, en el ejercicio de su discrecionalidad, los plazos mínimos establecidos respetando el conjunto de principios y garantías establecidas para el procedimiento de retorno y que permite modular cuando es preciso los plazos establecidos.

Llegados a este punto y con arreglo a lo razonado en los anteriores fundamentos, la respuesta a la cuestión casacional en relación con el alcance de la STJUE de 8 de octubre de 2020, C-568/19, teniendo en cuenta también la incidencia en la cuestión de la posterior sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de marzo de 2022 -asunto C-409/20, es la siguiente:

«**Primero**, que la situación de estancia irregular determina, en su caso, la imposición de la sanción de multa o la sanción de expulsión, siendo preferente la primera cuando no concurran circunstancias que, con arreglo al principio de proporcionalidad, justifiquen la expulsión.

Segundo, que cuando la decisión consista en la imposición de una multa, la resolución administrativa que la imponga debe contener una orden de salida de cumplimiento voluntario que concrete el mandato contenido en el art. 28.3.c) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y en 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.

Tercero, que en ejecución de lo acordado los plazos que se establezcan para la salida efectiva del territorio nacional, sin perjuicio de las excepciones que se establecen en nuestro ordenamiento y en la Directiva, deben ser prudentemente limitados en el tiempo, dentro de los márgenes de los que dispone la Administración, a los efectos de no privar a la Directiva de su efecto útil.

Cuarto, que la expulsión, comprensiva de la decisión exige, en cada caso y de manera individualizada, la valoración agravantes que pongan de manifiesto y justifiquen la proporción tras la tramitación de un procedimiento con plenas garantías de acuerdo conforme exige la jurisprudencia comunitaria.

Quinto, que por tales circunstancias de agravación han venido apreciando por la jurisprudencia en relación a la irregular, bien sean de carácter subjetivo o de carácter objetivo, y que pueden comprender otras de análoga significación».

OCTAVO: Para dar una respuesta a la controversia que se nos plantea en el presente recurso de apelación consideramos de importancia transcribir el contenido del fundamento de derecho octavo de la citada STS de 18 de setiembre de 2023, en el que se analiza cómo ha de realizarse el juicio de proporcionalidad para la elección de la sanción a imponer a la infracción de encontrarse un extranjero irregularmente en territorio español. Para ello, se recuerdan las circunstancias que la jurisprudencia ha considerado de agravación para justificar la imposición de la sanción de expulsión y aquellas otras que ha estimado que no lo justifican en los siguientes términos:

“Circunstancias de agravación.”

Es cierto que es difícil establecer prima facie un catálogo cerrado de esas circunstancias agravantes, por la casuística existente, por lo que hemos señalado que será la motivación y el examen concreto de las circunstancias que concurren en cada caso cuándo podrá justificarse, conforme al indicado principio de proporcionalidad, dicha decisión de imponer preferentemente la sanción de expulsión y no la de multa.

Profundizando sobre este último aspecto, la STS nº 732/2023, de 5 de junio, rec 3424/2022, razona que los Tribunales, al revisar la resolución de expulsión, pueden revisar también el juicio de ponderación de las circunstancias que puedan justificar la orden de expulsión, conforme al material probatorio que obre en las actuaciones, tanto en el proceso como en su expediente.

No obstante, en cuanto a las concretas circunstancias que viene apreciando nuestra jurisprudencia y que permiten justificar, en base al principio de proporcionalidad, cuando procede decretar la expulsión, cabe enumerar no solo las expresamente referidas en la STS nº 366/2021, de 17 de marzo, rec. 2870/2020, sino igualmente algunas otras que también han sido apreciadas por la jurisprudencia.

Ha de señalarse en primer lugar la de encontrarse el extranjero en situación irregular sin documentación alguna por la que pudiera ser identificado (sentencia de 27 de mayo de 2008). En relación con este supuesto, la STS nº 1247/2022, de 5 de octubre, rec. 270/2022, ha precisado que: «la falta de documentación como circunstancia agravante ha de ponerse en relación con las dificultades para la correcta identificación del interesado, que impidan conocer su identidad, origen y demás circunstancias personales, comprometiendo la tramitación del procedimiento (...) [Como hemos razonado en la sentencia de 17 de abril de 2022 (rec. 2958/21), si bien la falta de una inicial presentación de documentación e identificación del interesado puede justificar la aplicación del procedimiento preferente, si con posterioridad se aporta y acredita la existencia de tal documentación desaparece como tal causa de agravación a efectos de la adopción de la decisión de expulsión».

Se añade a la situación de carecer de documentación, la circunstancia de ignorar por esa ausencia no solo los datos personales, sino la forma de entrada en territorio nacional (sentencias de 26 de

diciembre de 2007; 14 de junio de 2007; y de 5 de junio de 2007). En cierto es la jurisprudencia también apreció como agravante únicamente donde se efectuó la entrada en España, STS de 28 de febrero de 2007, este criterio la más reciente STS de 12 de enero de 2022, recurso 7746/20

También se ha venido considerando circunstancia de agravación voluntariamente una orden previa de salida obligatoria (sentencia de la misma consideración se atribuye a la constatación de que la residen de manera fraudulenta, invocando una nacionalidad falsa (STS de 8 de noviembre de 2007, rec. 2448/2004); relacionada con la cual, también se ha apreciado como agravante la de disponer de documentación identificativa falsa (STS de 25 de octubre de 2007, rec. 2260/2004, y de 27 de mayo de 2008, recurso 5853/2004).

Nuestra STS de 4 de octubre de 2007, recurso 2244/2004, apreció la agravación al constar una prohibición de entrada.

En otras ocasiones (STS nº 366/2021, de 17 de marzo, rec. 2870/2020) hemos utilizado, como criterio interpretativo, los supuestos a que se hace referencia en el artículo 63.1º, párrafo segundo, de la LOEX al regular el procedimiento preferente: Cuando el extranjero en situación irregular constituya «un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional», cuando es previsible que el extranjero en situación irregular, por las peculiaridades que se acrediten, trate de evitar o dificultar la expulsión, y cuando exista riesgo de incomparecencia. Ahora bien, no cabe concluir sin más que la incoación del procedimiento preferente por alguna de esas circunstancias sea por sí solo justificador de la proporcionalidad de la expulsión; se requiere, por el contrario, y como sucede con las restantes circunstancias o factores de agravación, su valoración individualizada y plenamente contrastada, en un procedimiento con plenas garantías, como tal circunstancia justificadora de la proporcionalidad de la expulsión.

La existencia de antecedentes penales también constituye una circunstancia de agravación que justifica la proporcionalidad de la medida de expulsión, y así se refleja en multitud de sentencias posteriores a la de 17 de marzo de 2021, por ejemplo, en la STS nº 252/2022, de 28 de febrero, rec. 7671/2020, FD 7º; aunque, como precisa la STS nº 1247/2022, de 5 de octubre, rec. 270/2022, no basta una mera referencia genérica a su existencia, como seguidamente detallaremos.

Más específicamente, en relación con la cuestión de los antecedentes policiales, cabe precisar que la jurisprudencia ha experimentado una evolución: ciertamente ha habido sentencias de esta Sala que consideraron suficiente la mera constancia de antecedentes policiales, pero la STS de 29 de septiembre de 2006 (recurso 5450/2003) señaló un cambio de criterio, pues sostuvo el que posteriormente aparece mantenido a lo largo del tiempo -multitud de sentencias de 2007-, al decir: «(...) Si la Administración sancionadora quiere fundar en esas actuaciones policiales o judiciales la expulsión que decreta (en lugar de la multa) ha de averiguar cuál fue su resultado y dejar constancia de ello en el expediente administrativo, pues en otro caso seguirá siendo inmotivada la elección de la expulsión, que es lo que ocurre en el caso de autos (...).», criterio que, como hemos visto, es el que actualmente se mantiene.

Respecto de la carencia de domicilio conocido aparece meramente enumerada entre las posibles circunstancias agravatorias o negativas en la STS nº 750/2021, de 27 de mayo, rec. 1739/2020, y otras posteriores que transcriben o recogen su contenido -entre otras, SSTS nº 12/ 2022, de 12 de enero, rec. 7746/2020, nº 1 5/2022, de 26 de enero, rec 5003/2020, nº 161/ 2022, de 9 de febrero, rec. 5952/2020, ... sin que su posible apreciación como única circunstancia agravante justificadora de la expulsión haya sido objeto de un estudio en profundidad. Por contra, la STS nº 252/2022, de 28 de febrero, rec. 7671/2020, FD 7º, parece rechazar que constituyan circunstancias agravantes que pongan de manifiesto y justifiquen

la proporcionalidad de la medida adoptada las de que la recurrente «(...) forma irregular, sin haber regularizado su situación y sin haber obtenido de trabajo o residencia, careciendo de arraigo y de domicilio conocido (...)

Circunstancias que no son de agravación.

Resulta relevante también reseñar distintos pronunciamientos recientes, han precisado que algunas circunstancias aducidas por la consideradas agravantes a efectos de justificar la proporcionalidad de la expulsión (especialmente, SSTS nº 208/2022, de 18 de febrero, 5883/2020, y nº 528/2022, de 4 de mayo, rec. 3881/2021, que se remite a la anterior).

En este sentido, el hecho de no haber constancia de haberse solicitado una prórroga de estancia o un permiso de residencia una vez transcurridos 90 días de permanencia en territorio español, no es circunstancia agravante. Tampoco es circunstancia de agravación la falta de constancia de tener arraigo familiar en España, pues de existir constituiría, más bien, un dato a valorar positivamente. La misma consideración tiene la no constancia de arraigo social aisladamente considerado o la falta de cobertura de la asistencia sanitaria.

Finalmente, nuestra jurisprudencia ha señalado que las circunstancias previstas en los artículos 5 y 6.2 a 5 (DECIR) de la Directiva 2008/115/CE no operan como criterios de ponderación o proporcionalidad (STS nº 1363/2019, de 15 de octubre, rec. 1629/2018), ni puede confundirse su falta de concurrencia con la apreciación de circunstancias de agravación de la estancia irregular que justifiquen la sanción de expulsión (STS nº 1247/2022, de 5 de octubre, recurso 270/2022), pues operan como excepciones a la ejecutividad de la medida de expulsión del extranjero en situación irregular, excepciones que han de apreciarse a través del procedimiento correspondiente (SSTS nº 1 92/2022, de 27 de abril, recurso 2958/2021), Nº 13 25/ 2022, de 14 de septiembre, recurso 7218/2021, y nº 1247/2022, de 5 de octubre, recurso 270/ 2022).”

NOVENO: Llegados a este punto estamos en posición de resolver la presente controversia. Pues bien, en el presente caso, en el que no se discute la estancia irregular del extranjero, lo cual, abstracción hecha de que concurren o no elementos negativos, integra, como acertadamente razona la sentencia de instancia, la infracción del art. 53.1.a) de la LOEx.

La sentencia apelada, con un criterio que no comparte la Sala, señala que los antecedentes policiales que se mencionan en el acto recurrido, una detención por un delito de malos tratos, es un elemento negativo suficiente para justificar, desde la perspectiva de la proporcionalidad, la expulsión del extranjero en situación irregular.

Nos parece que la interpretación sostenida por la sentencia apelada resulta a nuestro juicio, contradictoria con el desarrollo de la jurisprudencia que venimos exponiendo a lo largo de esta sentencia, pues si algo ha quedado claro desde la sentencia de 17 de marzo de 2021, es que para expulsar de territorio nacional a un extranjero han de concurrir elementos negativos, y, solo en los casos en que no concurren estos, podrá la Administración imponer la sanción de multa, que deberá contener una orden de salida de cumplimiento voluntario. Los plazos que se establezcan para la salida efectiva del territorio nacional, sin perjuicio de las excepciones, deben ser prudencialmente limitadas en el tiempo, dentro de los márgenes de los que dispone la Administración.

En caso de que la Administración haya basado la decisión de expulsión en la concurrencia de circunstancias agravantes, procede su valoración para determinar si está justificada la proporcionalidad de la tramitación de un procedimiento con plenas garantías de los derechos conforme exige la jurisprudencia comunitaria.

Por tales circunstancias de agravación han de considerarse apreciando por la jurisprudencia, y que acabamos de reseñar el fundamento sexto de esta sentencia, en relación a la gravedad de la mera estancia irregular, bien sean de carácter subjetivo o de carácter objetivo y que pueden comprender otras de análoga significación.

Todo ello, siempre que no resulten afectados por la decisión de expulsión el interés superior del niño, la vida familiar o el estado de salud del interesado, según la interpretación que ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea del artículo 5 de la Directiva 2008/ 115/ CE, en cuyo caso, habría que concluir que no procedería la expulsión al concurrir causas excluyentes de la misma.

DECIMO: Como datos relevantes que deben ser tomados en consideración en este procedimiento debe señalarse que de conformidad con la información que obra en el expediente administrativo, en el hecho 3º de la resolución de expulsión de fecha 13 de febrero de 2024 se señala que

«En el plazo concedido al efecto se ha presentado escrito de alegaciones, sin que las manifestaciones contenidas en el mismo, desvirtúen los hechos imputados, teniendo en cuenta la naturaleza del delito y la gravedad de la pena impuesta constando en el expediente además de la permanencia irregular en España, otros datos negativos sobre su conducta, al haber sido detenido por un delito de malos tratos en el ámbito familiar, que demuestran un comportamiento antisocial en nuestro país y aconsejan la imposición de la sanción de expulsión que se propone, en lugar de una sanción económica.»

Pues bien, de lo entonces transcrito, tanto en el hecho 3º del acto recurrido como en el fundamento de 6º de la sentencia apelada, se nos pone de manifiesto que dichas resoluciones ponen el acento en la existencia de unos supuestos antecedentes policiales por un delito de malos tratos en el ámbito familiar.

Desde esta perspectiva el tema a dilucidar sería si la mera cita genérica de la existencia de antecedentes policiales, es circunstancia agravante que permita cumplir con el presupuesto de proporcionalidad de la expulsión del territorio nacional en el sentido fijado por las sentencias ya citadas 17 de Marzo y 21 de mayo de 2021, parte de la doctrina establecida en las mismas sobre la expulsión por estancia irregular en España, que responde a la evolución jurisprudencial sobre la materia y que hemos analizado en el fundamento segundo de la presente sentencia .

De acuerdo con dicho criterio jurisprudencial, la expulsión como única respuesta a la situación de estancia irregular, comprensiva de la decisión de retorno y su ejecución, exige, en cada caso y de manera individualizada, la valoración y apreciación de circunstancias agravantes que pongan de manifiesto y justifiquen la proporcionalidad de la medida adoptada y que, como tales circunstancias de agravación, pueden considerarse las que se han venido apreciando por la jurisprudencia en relación a la gravedad de la mera estancia irregular, bien sean de carácter subjetivo o de carácter objetivo, criterio que se ha expresado

por la muy reciente sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de octubre de 2022 (RCAs 270/2022).

Sobre este extremo nos hemos pronunciado en nuestra sentencia de 18 de septiembre de 2023 (Rec. 68/2022), donde partiendo de la mención que el Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2021 con remisión a la Instancia de 10 de octubre, de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, de la Policía, del Ministerio del Interior, que consideraba una circunstancia negativa haber sido detenido el extranjero en el marco de la comisión de un delito", expresábamos como para dotar de significado a tal expresión debíamos de acudir, entre otras, de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2006, que consideró un dato negativo la circunstancia de haber sido detenido el interesado por su participación en un delito, y seguirse por ese hecho diligencias penales en un Juzgado de Instrucción.

En cualquier caso, la sentencia de fecha 18 de setiembre de 2023, que tantas veces hemos citado más arriba, descarta la posibilidad de entender, en estos casos, como circunstancias agravatorias los meros antecedentes policiales, al señalar lo siguiente:

«Más específicamente, en relación con la cuestión de los antecedentes policiales, cabe precisar que la jurisprudencia ha experimentado una evolución: ciertamente ha habido sentencias de esta Sala que consideraron suficiente la mera constancia de antecedentes policiales, pero la STS de 29 de septiembre de 2006 (recurso 5450/2003) señaló un cambio de criterio, pues sostuvo el que posteriormente aparece mantenido a lo largo del tiempo -multitud de sentencias de 2007-, al decir: «(...) Si la Administración sancionadora quiere fundar en esas actuaciones policiales o judiciales la expulsión que decreta (en lugar de la multa) ha de averiguar cuál fue su resultado y dejar constancia de ello en el expediente administrativo, pues en otro caso seguirá siendo inmotivada la elección de la expulsión, que es lo que ocurre en el caso de autos (...).», criterio que, como hemos visto, es el que actualmente se mantiene. »

Esa es la situación que concurre en el caso de autos, el hecho de la mención genérica y abstracta de varias reseñas policiales que son las que se expresa en el acuerdo de incoación, sin indicar unos mínimos datos para poder identificar e individualizar el resultado de esas detenciones, no puede servir para considerar esa circunstancia como elemento negativo o agravante para determinar la aplicación de la sanción de expulsión. Sobre este extremo viene a incidir la reciente sentencia del Tribunal Supremo de fecha **5 de octubre de 2022 (RCAs 270/2022)**, que establece refiriéndose a los antecedentes lo que transcribimos:

«para la consideración de tales actuaciones judiciales o policiales a los efectos de que aquí se trata, es preciso que se acredite el resultado de las mismas y que ello se lleve a cabo por la Administración que adopta la decisión de expulsión, pues solo en estas circunstancias podrá valorarse su alcance y, en consecuencia, si constituyen causa que justifique la proporcionalidad en la adopción de la decisión de expulsión.»

Siendo la proporcionalidad de la expulsión el núcleo esencial de la cuestión a debatir, y puesto que, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2021 y las que hemos citado más modernas, concluyendo con la fecha 18 de setiembre de 2023, la orden de expulsión requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal, que valore de manera individualizada las circunstancias de cada caso, en la medida en que aparezcan claramente constatadas, y los derechos afectados por la decisión, es preciso tener en consideración que en el acto recurrido no resultan

elementos negativos que cualifiquen la mera estancia irregular debemos, en base a lo establecido en dicha sentencia, estima apelación porque en el caso de autos la orden de expulsión no se ponderación establecidos en la doctrina jurisprudencial vigente a sentencias del Tribunal Supremo que abordan esta cuestión, **11 de 392/2023), 17 de febrero de 2025 (RCAs 8639/2022)**, en las que clarifica la postura respecto de la invocación de los antecedentes doctrina establecida en la de fecha **5 de octubre de 2022 (RCAs 210/ 2022)**. En estas dos sentencias que citamos de ese año, el Tribunal Supremo sienta el principio de que sin condena penal no hay elemento negativo, con lo cual, en base al principio de unidad de doctrina y el carácter informador de la jurisprudencia del Tribunal Supremo respetuosamente acatamos esos pronunciamientos, y, consideramos que, a la vista de lo en ellos razonado la mera mención de los antecedentes policiales no puede ser considerado como un elemento negativo que asociar a la estancia irregular para poder imponer la sanción de expulsión de territorio nacional.

DECIMOPRIMERO: Llegados a este punto, hemos de analizar las facultades judiciales sobre la sanción.

Los elementos a ponderar, lo hemos dicho en el fundamento anterior de esta sentencia, son los considerados por la Administración. Las tan mencionadas SSTs 1141/2023 y 1140/2023, de 113 de febrero de 2024 (rec. 1537/ 2022 y 2251/2021) nos han dicho que

“El Abogado del Estado, en su escrito de oposición, ha aportado otros motivos, que hemos recogido en el fundamento correspondiente. **El Tribunal Constitucional en su reciente STC 87/2023, de 17 de julio de 2023, ha señalado que debe ser la resolución sancionadora la única que puede esgrimir los motivos para castigar, sin que por la vía judicial se pueda integrar ex novo motivos distintos como fundamento de la decisión, sustituyendo así el juez a la Administración, que es la autoridad competente para la selección de los hechos que merecen ser castigados con una u otra sanción (FJ3º)**.”

Pues bien, la resolución sancionadora no recoge más motivo que justifique la sanción de expulsión que la estancia irregular, sin hacer siquiera referencia a la detención por un presunto delito de violencia de género. Esta última circunstancia aparece mencionada en las resoluciones judiciales, y se recoge en el expediente, pero no ha sido tenida en cuenta por la Administración, por lo que en ningún caso puede fundar la sanción de expulsión.

Con mayor razón no pueden ser atendidas las razones del Abogado del Estado quien, con esfuerzo argumentativo, trata de aportar motivos que justifiquen la sanción impuesta, cuando tales motivos no aparecen en la resolución administrativa impugnada, por lo que no fueron tenidos en cuenta por la Administración para adoptar su decisión.”

Por tanto, sólo aquello ponderado en el acto recurrido puede ser aceptado como integrante del juicio de proporcionalidad que determine la corrección o no de la decisión de expulsión y no es posible introducir nuevos elementos en el debate.

Queda analizar la posibilidad de modificación de la sanción en vía judicial, ya hemos dicho que en diversas sentencias que se dictaron todas ellas el 10 de marzo de 2022, acogimos esta posición, pues entonces entendíamos que era posible desde el juicio de

congruencia de la sentencia, sustituir la expulsión por multa, pues que si se pedía la anulación de la expulsión era posible la sustitución por una sanción menos grave que la anterior. Sin embargo, en esta **sentencia de fecha 5 de octubre de 2023 (Rec. 262/2023), la posibilidad no es factible.** En efecto, en las sentencias de 113 de 2251/2021 y 1357/ 2022) el Tribunal Supremo no modifica la sanción sino que la anula por desproporcionada. Ello es la consecuencia del procedimiento contencioso administrativo y la imposibilidad de imponer sanciones en el mismo, sino exclusivamente de revisar las mismas.

También sobre esta cuestión se ha pronunciado explícitamente el Tribunal Constitucional, en la Sentencia de la Sala Primera TC, nº 145/2012, de 2 de julio de 2012 (Recurso de amparo 273-2011), declara:

"...quien ejerce la potestad sancionadora es la Administración y no los Juzgados y Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que "no existe un proceso contencioso-administrativo sancionador en donde haya de actuarse el ius puniendi del Estado, sino un proceso administrativo cuyo objeto lo constituye la revisión de un acto administrativo de imposición de una sanción" (SSTC 89/1995, de 6 de junio, FJ 4 , y 7/1998, de 13 de enero , FJ 6, entre otras)".

Por ello no es posible que sustituyamos la expulsión por multa, salvo que se nos pida expresamente en la apelación por el apelante como pretensión principal, lo que aquí no ha ocurrido.

Por ello procede la estimación del recurso interpuesto por la representación de [redacted] contra la sentencia de fecha 28 de mayo de 2024, que revocamos, anulando, en su consecuencia la orden de expulsión de que la misma trae causa, sin necesidad de analizar los restantes motivos aducidos por la apelante.

y **DECIMOSEGUNDO:** Considera la Sala que en un caso como el de autos que resulta ciertamente dudoso, como se deduce fácilmente del desarrollo de esta sentencia y de las modificaciones jurisprudenciales habidas en la materia, no es procedente hacer pronunciamiento alguno en orden a las costas de ninguna de las dos instancias tal y como prevé el art. 139 de la LJC-A.

Existen una consideración que la Sala no puede soslayar al respecto, cual es que, aun cuando no se le pueda sancionar, el apelante ha cometido una infracción del art. 53.1.a) de la LOEx, pues la estancia irregular de la apelante en nuestro país es un hecho no controvertido, por ello, dijimos en muchas sentencias [Vid nuestras sentencias de 16 de diciembre de 2022 (Rec 650/2022), 16 de marzo de 2023 (Rec. 1050/2022) y 13 de julio de 2023 (Rec. 455/2022)] que la configuración de la doctrina jurisprudencial a partir de la sentencia de 17 de marzo de 2020 (RCAs 2870/20) y la siguiente de 4 de mayo de 2022 (RCAs 3881/2021), y las siguientes que siguen su estela, al exigir para acordar la expulsión no solo la estancia irregular sino, además, un elemento cualificador, dejaba sin sancionar supuestos como el presente que deberían ser sancionados con multa. Los términos en que nuestro Tribunal Supremo planteaba el debate, que vendrían a ser simplificando mucho "*o expulsión con elemento negativo o nada*", no resultaban a juicio de la Sala del todo convincentes, y desde luego no tenían, a nuestro juicio, fácil acomodo en la sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2022, asunto C-409/2020. Dicho esto, tras las sentencias nº 1141/2023 y 1140/2023, de 113 de febrero de 2024 (RCAs 1537/ 2022 y 2251/2021) es posible la imposición de multa en los supuestos en que no

concurran elementos negativos. Esta nueva orientación jurisprudencial permite la imposición de multa y recibiendo en nuestro derecho el 3 de marzo de 2022, asunto C-409/2020 que resolvió la cuestión planteada en su momento por el Juzgado nº 1 de los de lo Contencioso-Administrativo.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general e interés, en nombre del Rey, por la potestad que nos confiere la Constitución.

FALLAMOS

PRIMERO: QUE DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por el Letrado Sr. D. Iván Ortega Ruiz en nombre de [redacted] contra la sentencia de fecha 6 de noviembre de 2024 dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 10 de los de Madrid en el Procedimiento Abreviado nº 1 [redacted] por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo contra la resolución de fecha 13 de febrero de 2024 por la que se acordó la expulsión del territorio nacional de la ahora apelante con la consiguiente la prohibición de entrada por un periodo de cinco años como consecuencia de una infracción sancionada en el artículo 53.1 a) de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, la cual, por no ser conforme a derecho, la **DEBEMOS ANULAR** y en su consecuencia, la **ANULAMOS**, anulando, en su consecuencia, la sanción de expulsión de territorio nacional del apelante.

SEGUNDO: NO EFECTUAMOS pronunciamiento impositivo de las costas procesales devengadas ninguna de las dos instancias.

Expídanse por la Sra. Letrado de la Administración de Justicia las copias y testimonios que fueren precisos de esta resolución archivándose el original en el legajo especial de sentencias que en esta Sección se custodia conforme lo establecido en el art. 256 de la L.O.P.J.

Notifíquese la presente resolución con arreglo a lo dispuesto en el art. 248 de la L.O.P.J. expresando que contra la misma cabe interponer recurso de casación cumpliendo los requisitos establecidos en los art. 86 y siguientes de la Ley de esta Jurisdicción, en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, debiendo prepararse el recurso ante esta Sección en el plazo de treinta días contados desde el siguiente al de la notificación, previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2582-0000-85-0070-25 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 24 9), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50

euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se real
0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500
número de cuenta-expediente **2582-0000-85-0070-25** en el ca
“Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por esp
interés.

Y para que esta Sentencia se lleve a puro y debido efecto
firmeza remítase certificación de la misma, junto con los Autos originales, al Juzgado de lo
Contencioso-Administrativo que dictó la resolución impugnada, el cual deberá acusar recibo
dentro del término de diez días conforme previene la Ley, y déjese constancia de lo resuelto
en el correspondiente Rollo.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos en nombre
de S.M. el Rey de España.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo
podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con
pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela
o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a
las leyes.

Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia estimada
firmado electrónicamente por RAFAEL BOTELLA GARCÍA-LASTRA
VÁZQUEZ CASTELLANOS (PSE), FRANCISCA ROSAS CARRION, C
MONTERO

