

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
Sección Tercera

Rollo de apelación número /2022 (S)

Dimanante del procedimiento abreviado nº : del JCA 10 Barcelona

Parte apelante: D. .

Parte apelada: Subdelegación del Gobierno en Barcelona

SENTENCIA Nº 3.050

Ilmos/a. Sres/a. Magistrados/a

Francisco López Vázquez

Judit Cerzócimo Torres

José Alberto Magariños Yáñez

En la ciudad de Barcelona, a diecinueve de septiembre de dos mil veinticuatro.

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, constituida al efecto para la votación y fallo, ha visto, en el nombre de S.M. el Rey de España, el recurso de apelación seguido ante la misma con el número de referencia, promovido, en su calidad de parte apelante, a instancia de D.

, representado por el procurador de los tribunales Sr. , contra la

Subdelegación del Gobierno en Barcelona, representada por el abogado del Estado, en su calidad de parte apelada, versando el recurso sobre materia de **extranjería**, y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por el Juzgado número 10 de los de Barcelona, en los autos de su referencia arriba indicada, se dictó sentencia número , de 11 de julio de 2.022, desestimando el recurso presentado. Interpuesta apelación, admitida y formulada oposición, remitidas las actuaciones a la sala y comparecidas las partes, se señaló la votación y fallo para el día 12 de septiembre de 2.024, habiéndose seguido en la tramitación las prescripciones legales, salvo las referidas a los plazos, ante la importante carga de trabajo que pende ante la sección. Es ponente el Ilmo. Sr. López Vázquez, quien expresa el parecer unánime del tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 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, establece como infracción grave la de 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.

Para la infracciones graves establece el artículo 55.1.b) la sanción de multa de 501 a 10.000 euros, añadiendo el 57.1 que, cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1, 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.

Las dos sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección Quinta, de 18 de septiembre de 2.022, números 1.1450 y 1.141, recursos respectivos 2251 y 1537/2021, establecen como doctrina 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 concurren circunstancias que, con arreglo al principio de proporcionalidad, justifiquen la expulsión. Las indicadas sentencias, tras estudiar el contenido 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, tratan también ampliamente del principio de proporcionalidad, con cita d de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, concluyendo en que la expulsión, comprensiva de la decisión de retorno y

su ejecución, exige, en cada caso y de manera individualizada, la valoración y apreciación de circunstancias agravantes que pongan de manifiesto y justifiquen la proporcionalidad de la medida adoptada, tras la tramitación de un procedimiento con plenas garantías de los derechos de los afectados, conforme exige la jurisprudencia comunitaria. Tras señalar la dificultad de establecer *prima facie* un catálogo cerrado de esas circunstancias agravantes por la casuística existente, por lo que será la motivación y el examen concreto de las circunstancias que concurren en cada caso lo que podrá justificar, conforme al indicado principio de proporcionalidad, la decisión de imponer preferentemente la sanción de expulsión y no la de multa, enumera, además de las expresamente referidas en la sentencia del alto tribunal de 17 de marzo de 2.021 (nº 366, recurso 2870/20), algunas otras también apreciadas por la jurisprudencia, a saber: 1) Encontrarse el extranjero en situación irregular, sin documentación alguna por la que pudiera ser identificado, circunstancia que ha de ponerse en relación con las dificultades para su correcta identificación, pues impide conocer su identidad, origen y demás circunstancias personales, comprometiendo la tramitación del procedimiento (si bien, 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). 2) Carecer de documentación determinante de ignorarse por ello no sólo los datos personales, sino la forma de entrada en territorio nacional, o el mero hecho de ignorarse cuándo y por dónde se efectuó la entrada en España. 3) No haber cumplimentado voluntariamente una orden previa de salida obligatoria. 4) Constatación de que la residencia autorizada fue obtenida de manera fraudulenta, invocando una nacionalidad falsa. 5) Disponer el extranjero de documentación identificativa falsa. 6) Constar una prohibición de entrada. 7) Constituir el extranjero en situación irregular un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional, cuando sea 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 (siempre bajo valoración individualizada contrastada en un procedimiento con plenas garantías). 8) Existencia de antecedentes penales, sin que baste una mera referencia genérica a ellos. 9) Existencia de antecedentes policiales, previa averiguación de su resultado y constancia en el expediente. 10) Carencia de domicilio conocido.

Circunstancias a las que la citada sentencia número 366, de 17 de marzo de 2.021, añade la de haber sido detenido el extranjero en el marco de la comisión de un delito, que invoque una falsa nacionalidad; ausencia de sello de entrada en el documento de viaje o cualquiera otra de análoga significación a las ya indicadas.

Circunstancias, todas ellas, que no agotan los supuestos objetivos o subjetivos que pueden justificar, añadidos a la mera estancia ilegal, la orden de expulsión, pero que sí que constituyen un elemento de interpretación de la naturaleza de dichas circunstancias, que deben ser valoradas de manera individualizada.

Por el contrario, no se han considerado como circunstancias de agravación a efectos de justificar la proporcionalidad de la expulsión 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; la falta de constancia de arraigo familiar en España pues, de existir, constituiría más bien un dato a valorar positivamente; la no constancia de arraigo social, aisladamente considerado o la falta de cobertura de la asistencia sanitaria.

Por lo demás, las dos sentencias antes citadas de 18 de septiembre de 2022, modificando un anterior criterio y ajustándose a lo establecido por el Tribunal Europeo, disponen 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 artículo 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, siendo la sanción de multa preferente frente a la expulsión cuando no concurren circunstancias agravantes, tras un juicio de ponderación basado en el principio de proporcionalidad para la elección entre una u otra sanción. Pues lo que nuestro ordenamiento impide es 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 artículo 57.3 de la Ley de Extranjería.

SEGUNDO. También el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el asunto, desde la perspectiva de la legalidad sancionadora, en la sentencia de su Pleno número 47/2023, de 10 de mayo, declarando que la imposición de la sanción de expulsión sin la concurrencia de circunstancias de agravación infringe el derecho fundamental a la legalidad sancionadora, en los siguientes términos:

“c) Examen de la vulneración.

El análisis de la vulneración denunciada debe partir del hecho de que no ha sido objeto de controversia el presupuesto que sirve de base para la sanción administrativa impuesta: la estancia irregular de doña Melisa, respecto de la que no constaba, según la resolución que ordena su expulsión del territorio nacional, que "haya solicitado y se halle pendiente de resolver ninguna solicitud de autorización de residencia o trabajo, no acreditándose por otra parte que tenga un especial arraigo familiar o social en nuestro país". La resolución que acuerda la expulsión no alude en su motivación a ninguna circunstancia agravante o negativa que pudiera concurrir en la recurrente; las resoluciones judiciales tampoco reflejaron ningún elemento negativo y confirmaron la resolución de expulsión basándose en la ausencia de arraigo de la ahora demandante de amparo.

En efecto, las resoluciones judiciales declararon procedente la expulsión con fundamento en la aplicación directa de lo dispuesto en el art. 6.1 de la Directiva 2008/115/CE y en que la recurrente carecía de arraigo en España. Pero con tal argumentación, los órganos judiciales dejaron de aplicar las consecuencias previstas en la normativa española para las situaciones de estancia irregular, puesto que en nuestro derecho no está prevista la sanción de expulsión para los supuestos de mera estancia irregular de las personas extranjeras en quienes no se aprecie ninguna circunstancia agravante o negativa. Esta interpretación de los tribunales españoles, que marginaba la normativa nacional más

favorable y que otorgaba un efecto directo inverso a la Directiva de retorno es errónea y contraria a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la eficacia de esta clase de normas en los ordenamientos internos. Como señala la STJUE de 8 de octubre de 2020, "es preciso recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las directivas no pueden, por sí solas, crear obligaciones a cargo de los particulares, pues los Estados miembros no pueden invocar las disposiciones de las directivas, en su calidad de tales, contra dichas personas" (apartado 35).

Nuestro régimen de extranjería solo justificaba y justifica la sanción de expulsión para los casos de estancia irregular, en lugar de la sanción de multa [art. 55.1 b) LOEx], "en atención al principio de proporcionalidad [...], previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción" (art. 57.1 LOEx). La compatibilidad de este régimen con la normativa comunitaria fue aclarada por la citada STJUE de 8 de octubre de 2020, cuyo fallo dispuso que "cuando la normativa nacional, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de un Estado miembro, imponga, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, teniendo en cuenta que la segunda medida solo puede adoptarse si existen circunstancias agravantes en la persona de dichos nacionales, adicionales a su situación irregular, la autoridad nacional competente no podrá basarse directamente en lo dispuesto en la Directiva para adoptar una decisión de retorno y hacer cumplir dicha decisión aun cuando no existan circunstancias agravantes".

Por tal motivo, con independencia de la interpretación que la jurisdicción ordinaria efectúe sobre la aplicabilidad de la sanción de multa para los supuestos de mera estancia irregular, debe concluirse que, al imponer la administración la sanción de expulsión, se infringió la garantía material del derecho a la legalidad sancionadora de la recurrente a causa de una aplicación irrazonable de la norma sancionadora. La administración impuso la sanción de expulsión del artículo 57.1 LOEx, luego confirmada judicialmente con una interpretación errónea sobre la eficacia de la Directiva de retorno, a una situación de estancia irregular en la que no consta que concurriera ninguna circunstancia agravante o elemento negativo que la hubiese justificado, "en atención al principio de proporcionalidad", tal y como dicho precepto exige para su aplicación."

TERCERO. En el caso de autos no se discute que el apelante carece de la autorización preceptiva para residir en España, por lo que ha cometido efectivamente la infracción grave que prevé el artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, al encontrarse irregularmente en territorio nacional. La cuestión debatida se reduce a determinar si resulta procedente su expulsión, según acordó la resolución administrativa impugnada, o bien procede sustituir dicha medida por la imposición de una sanción económica, a la vista de la jurisprudencia antes indicada, que no deja de relacionarse con la existencia o no de arraigo familiar, laboral o social.

Al respecto, el artículo 124 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, al regular la obtención de residencia temporal por tales razones, exige para la concurrencia del arraigo laboral la acreditación de una permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de dos años, carecer de antecedentes penales en España y en el país de origen o en el país o países en que se hubiese residido durante los últimos cinco años, y la demostración de la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a seis meses, lo que deberá acreditarse

presentando una resolución judicial que la reconozca o la resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que la acredite.

En lo tocante al arraigo social, deberá acreditarse una permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de tres años y cumplirse, además, de forma acumulativa, los siguientes requisitos: a) Carecer de antecedentes penales en España y en su país de origen o en el país o países en que se hubiese residido durante los últimos cinco años. b) Contar, en tesis general, con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud para un periodo que no sea inferior a un año. c) Tener vínculos familiares con otros extranjeros residentes o presentar un informe de arraigo que acredite su integración social, emitido por la Comunidad Autónoma en cuyo territorio tengan su domicilio habitual. A cuyo efecto los vínculos familiares se entenderán referidos exclusivamente a los cónyuges o parejas de hecho registradas, ascendientes y descendientes en primer grado y línea directa.

Por su parte, la existencia de arraigo familiar se produce en los siguientes supuestos: a) Cuando se trate de padre o madre de un menor de nacionalidad española, siempre que el progenitor solicitante tenga a cargo al menor y conviva con éste o esté al corriente de las obligaciones paternofiliales respecto al mismo. b) Cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles.

CUARTO. Pues bien, el apelante, pese a su estancia irregular y no acreditación de arraigo, tiene domicilio conocido, presenta contrato de arrendamiento de vivienda suscrito y carece de cualquier clase de antecedentes policiales o penales, constando el momento y lugar de su entrada en España, lo que configura una situación personal que no aparece negativamente agravada, lo que justifica la imposición de la sanción de multa en lugar de la acordada de expulsión.

QUINTO. Visto el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional no procede condena en costas en ninguna de las instancias. Vistos los preceptos citados y demás de aplicación,

FALLAMOS

ESTIMAMOS EN PARTE el recurso de apelación interpuesto en nombre y representación de D. _____ contra la sentencia del Juzgado número 10 de los de Barcelona de fecha 11 de junio de 2.022, sentencia que **REVOCAMOS** y, en su lugar, **ESTIMANDO EN PARTE** el recurso contencioso administrativo que interpuso frente a la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Barcelona que acordó su expulsión del territorio nacional, sustituimos la indicada sanción por la de **MULTA DE 501 EUROS (quinientos un euros)**. Sin costas en ninguna de las instancias.

Firme que sea esta resolución, con certificación de la misma y atento oficio en orden a la ejecución de lo resuelto, procédase a la devolución al juzgado de procedencia de las actuaciones recibidas.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciendo saber que no es firme, pudiendo interponer frente a ella recurso de casación, preparándolo ante esta misma sala, de conformidad con lo dispuesto en la Sección 3ª, Capítulo III, Título IV, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, en el plazo previsto en su artículo 89.1.

Adviértase de que en el Boletín Oficial del Estado nº 162, de 6 de julio de 2.016, aparece publicado el acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2.016 sobre extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN. Leída y publicada ha sido la anterior resolución por el Ilmo. Sr. magistrado ponente, constituido en audiencia pública. Doy fe.