



Sección: 7
JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-
ADMINISTRATIVO Nº 1
C/ Alcalde José Emilio García Gómez, nº 5
Edificio Barlovento
Santa Cruz de Tenerife
Teléfono: 922 47 39 21/25
Fax.: 922 47 64 11
Email.: conten1.sctf@justiciaencanarias.org

Procedimiento: Procedimiento abreviado
Nº Procedimiento: 0000744/2022

Proc. origen: Procedimiento abreviado
Nº proc. origen: 0000000/2022
NIG: 3803845320220002978
Materia: Extranjería

IUP: TC2022023126

<u>Intervención:</u>	<u>Interviniente:</u>	<u>Abogado:</u>	<u>Procurador:</u>
Demandante	Cruz	Fernando Comenge Acosta	
Demandado	Subdelegación de Gobierno	Abogacía del Estado en SCT	

En la Ciudad de Santa Cruz de Tenerife, 19 de febrero de 2025.

Vistos por el magistrado titular del Juzgado de lo Contencioso número 1 de esta Ciudad los presentes autos, en el que son partes las personas identificadas al margen, EN NOMBRE DE S.M. EL REY, se dicta la presente

SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la indicada representación se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Santa Cruz de Tenerife, fechada el 21 de diciembre de 2022 por la que se acordó la expulsión de la parte actora del territorio nacional con prohibición de entrada por periodo de **cuatro años**.

Admitido a trámite el recurso, se acordó reclamar a la Administración el correspondiente expediente y convocar a las partes al acto del juicio.

SEGUNDO.- Celebrado el acto del juicio, con la asistencia de las partes mencionadas en el acta, el recurrente se ratificó en su escrito de demanda, y se opuso la Administración demandada, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, practicándose la prueba que fue declarada pertinente, con el resultado que obra en autos, tras lo cual, previas conclusiones de las partes, se declararon conclusos para Sentencia.

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 disposición 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 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.





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 requieren un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN LITIGIOSA

Según resulta del Expediente Administrativo, doña I [redacted] nacional colombiana, es detenida por la comisión de un presunto delito de [redacted], según diligencias 18120/22, encontrándose indocumentada en las dependencias de la COMISARIA LOCAL PN LA LAGUNA, careciendo de cualquier otra documentación que acredite su situación administrativa en España, no pudiendo comprobarse cuando y por donde entró en territorio Schengen, manifestando a los funcionarios que entró en el país en el año 2018, constando en la base de datos de la Policía una detención en fecha 21/07/2019 por infracción de la ley de extranjería.

Consultada la Base de Datos de Extranjeros de la Policía Nacional (ADEXTTRA), se comprueba que se encuentra en situación irregular, ya que carece de autorización administrativa para residir en España, y consta trámite de carta de invitación, en calidad de invitada en el 2014 y un expediente de expulsión en estado archivado el 20/01/2020, sin ningún intento de regularización ante la Administración.

SEGUNDO.- SOBRE LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD AL IMPONERSE LA SANCIÓN DE EXPULSIÓN EN LUGAR DE LA DE MULTA SIN CONCURRENCIA DE DATOS NEGATIVOS

2.1) Interpretación jurisprudencial tras STJUE de 23 de abril de 2015 y tras Sentencia del Tribunal Supremo nº 980/18, de 12 de junio.





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 resulten un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados por fines contrarios a las leyes



La cuestión litigiosa, en lo que al presente recurso respecta, ha versado sobre la dualidad punitiva que la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social prevé para la infracción grave de estancia irregular, prevista en su art. 53.1.a), y que puede dar lugar a la sanción de multa o -en su lugar y en atención al principio de proporcionalidad- a la expulsión conforme a los art. 55.1.b) y 57.1 de dicho texto, y cual sea la relación de dicha normativa con 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.

En concreto, la citada Directiva establece en su art. 6.1 que 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 apdos 2 a 5, tenor que junto con otros preceptos de la Directiva motivó el planteamiento por Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de cuestión prejudicial que, debidamente reformulada por el TJUE, trataba de discernir si la Directiva 2008/115, en particular sus artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, en relación con su artículo 4, apartados 2 y 3, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho Estado, impone, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí.

Dicha cuestión dio lugar a la STJUE de 23 de abril de 2015, asunto C-38/14, conocida como sentencia Zaizoune, cuya parte declarativa afirma, textualmente:

« 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, en particular sus artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, en relación con su artículo 4, apartados 2 y 3, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho Estado, impone, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí.»

En aplicación de dicho pronunciamiento, las diferentes Salas de lo Contencioso-administrativo de nuestro territorio nacional dictaron sentencias contradictorias respecto de su alcance, que alcanzaron la presente vía casacional a través de numerosos recursos, el primero de ellos, RCA 2958/17, ST. nº 980/18, de 12 de junio, ECLI:ES:TS:2018:2523, que en relación con la cuestión controvertida sentó la siguiente doctrina, posteriormente reiterada:



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.



«Todo lo expuesto lleva a rechazar la interpretación que se propone por la parte recurrente sobre la sanción aplicable a los extranjeros cuando hayan incurrido en las conductas tipificadas como graves en el apartado a) del artículo 53.1 de la Ley Orgánica 4/2000, considerando más acertada y justificada la interpretación llevada a cabo por la Sala en la sentencia recurrida, en cuanto mantiene que lo procedente es decretar la expulsión del extranjero cuando concurra un supuesto de estancia irregular, salvo que concurra alguno de los supuestos de excepción previstos en los apartados 2 a 5 del artículo 6 de la Directiva retorno o, en su caso, de los supuestos del art. 5 que propicien la aplicación del principio de no devolución».

En atención a que dicha doctrina podría resultar contraria al Derecho de la UE el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha el 5 de julio de 2019 planteó al TJUE, asunto C-568/19 la siguiente cuestión prejudicial: Si es compatible con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a los límites del efecto directo de las Directivas, la interpretación de su sentencia de 23 de abril de 2015 (asunto C-38/14, Zaizoune) en el sentido de que la Administración y los Tribunales españoles pueden hacer una aplicación directa de la Directiva 2008/115/CE en perjuicio del nacional del tercer Estado, con omisión e inaplicación de disposiciones internas más beneficiosas en materia sancionadora, con agravamiento de su responsabilidad sancionadora y posible omisión del principio de legalidad penal; y si la solución a la inadecuación de la normativa española a la Directiva no debe hacerse por esa vía, sino por la de una reforma legal, o por las vías previstas en Derecho comunitario para imponer a un Estado la debida transposición de las Directivas.

2.2) Giro jurisprudencial tras la STSJU de 8 de octubre de 2020

El 8 de octubre de 2020 se ha dictado sentencia resolviendo la cuestión prejudicial ya indicada, asunto C-568/19, EU:C:2020:807, con el siguiente y literal tenor en su parte declarativa: «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, debe interpretarse en el sentido de 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 agravante.



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.



Esta doctrina del TJUE resulta aplicable a los hechos anteriores a su fecha, como razona el Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección 5ª, en la sentencia 1817/2018 de 19 de diciembre 2018 (recurso 5248/2017).

En interpretación de dicha Sentencia la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo con sede en esta capital en Sentencias de 26 de noviembre de 2020 (recurso 125/2020) ha indicado que : « Excluida, pues, la posibilidad de dictar la orden de expulsión con sustento en lo dispuesto en la Directiva, resulta que la normativa nacional solo permite la expulsión, “en atención al principio de proporcionalidad” (artículo 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social), si concurren circunstancias agravantes adicionales a su situación irregular.»

2.3) La STJUE de 3 de marzo de 2022, asunto C-409-2020

En esta sentencia el Tribunal de Justicia vuelve a pronunciarse sobre la cuestión objeto de debate, en esta ocasión 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.

Según el órgano remitente, la interpretación de la normativa española que realizó la Sala de Bilbao y que dio lugar a la STJUE de 23 de abril de 2015, C-38/14, (asunto Zaizoune), difiere de la que él realiza en el litigio principal. Así, según el Juzgado de Pontevedra, la multa que contempla la normativa española controvertida en el litigio principal no es sino una intimación para salir voluntariamente del territorio español en un plazo determinado. Una vez transcurrido este plazo sin que el nacional del tercer país de que se trate haya salido voluntariamente de dicho territorio, procederá ya dictar la orden de expulsión si aquel no regulariza su situación. Así pues, a juicio del órgano jurisdiccional remitente, la multa contemplada en la normativa española controvertida en el litigio principal no regulariza por sí misma al extranjero ni impide su ulterior expulsión.

Sobre esta base formuló su pregunta, que consistía en esencia si la Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que sanciona la permanencia irregular de un nacional de un tercer país en el territorio de ese Estado miembro, cuando no concurren circunstancias agravantes, en un primer momento, con una sanción de multa que lleva aparejada la obligación de abandonar el



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.



territorio de dicho Estado miembro en el plazo fijado salvo que, antes de que este expire, se regularice la situación del nacional de un tercer país y, en un segundo momento, si no se ha regularizado su situación, con una decisión en la que se ordena obligatoriamente su expulsión.

El Tribunal contestó a esta pregunta en el apartado 64 de la sentencia:

"64 Habida cuenta de todas las anteriores consideraciones, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que la Directiva 2008/115, en particular sus artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, leídos en relación con los artículos 6, apartado 4, y 7, apartados 1 y 2, de la misma, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro que sanciona la permanencia irregular de un nacional de un tercer país en el territorio de ese Estado miembro, cuando no concurren circunstancias agravantes, en un primer momento, con una sanción de multa que lleva aparejada la obligación de abandonar el territorio de dicho Estado miembro en el plazo fijado salvo que, antes de que este expire, se regularice la situación del nacional de un tercer país y, en un segundo momento, si no se ha regularizado su situación, con una decisión en la que se ordena obligatoriamente su expulsión, siempre que dicho plazo se fije de conformidad con las exigencias establecidas en el artículo 7, apartados 1 y 2, de esta Directiva."

En definitiva, el TJUE considera conforme con el Derecho Europeo la imposición de una multa siempre que ésta no excluya la obligación de retorno del extranjero, lo que obligó a la Sala 3ª del Tribunal Supremo, como luego veremos, a reconsiderar lo afirmado sentencia de 17 de marzo de 2021, recurso 2870/2020, y las que la siguieron, que excluían la imposición de la multa tratando de acomodar nuestra normativa al Derecho comunitario según había sido interpretado, en relación con la legislación nacional, por las SSTJUE de 2015 y 2020.

Si recapitulamos en relación con estas tres sentencias del TJUE podemos afirmar que cada una de ellas es tributaria del marco normativo que le había sido expuesto por el tribunal español que interpelaba la respuesta prejudicial. Así, la de 2015 da respuesta a una supuesta incompatibilidad de la decisión de retorno con la imposición de la sanción de multa en un procedimiento sancionador, considerándola no conforme con el Derecho de la Unión.

La segunda decisión prejudicial - STJUE de 8 de octubre de 2020, C-568/19- partiendo de la existencia de una disyuntiva en nuestro ordenamiento entre multa y expulsión, afirma que la Directiva, en la medida en que no esté transpuesta al ordenamiento interno, tiene límites en relación a su aplicación a los particulares. Finalmente, presentado nuestro marco normativo por el órgano nacional interpelante de manera diferente, el TJUE en la sentencia de 3 de marzo de 2022, asunto C-409-2020, concluye que la normativa española, con los matices que se introducen, no es contraria en este punto con el Derecho Europeo, incluida la imposición de una multa siempre que esta no excluya la decisión de retorno.



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.



En el planteamiento de la cuestión prejudicial realizada por el Juzgado de Pontevedra que dio lugar a esta última sentencia, se puso de manifiesto que la sanción de multa contemplada en el ordenamiento español para la infracción grave, consistente en la estancia irregular en territorio nacional, no regularizaba por sí misma al extranjero, ni impedía la ejecución forzosa de esa obligación de salida (expulsión) cuando el extranjero no la cumple voluntariamente, salvo que el extranjero durante ese tiempo regularice su situación. La Sala 3ª, como veremos inmediatamente a continuación, tras el análisis de la STJUE de 3 de marzo de 2022, comparte este criterio interpretativo, ya que es el que permite un mejor ajuste del ordenamiento español con la Directiva de retorno, ajuste o acomodación al que estamos obligados, si ello fuere posible, en nuestra labor hermenéutica. Este nuevo posicionamiento nos obliga a rectificar lo afirmado en el fundamento cuarto de nuestra sentencia de 16 de marzo de 2022, recurso 6695/2020, al examinar el alcance de la STJUE de 3 de marzo de 2022, asunto C-409/2020.

2.3 La posición del Tribunal Supremo (Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2023)

En la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2023 – ECLI:ES:TS:2023:3701 – se indicó:

« 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 concurren 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.



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 los
leyes.



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 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.

Quinto, que por tales circunstancias de agravación han de 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, y que pueden comprender otras de análoga significación".

Por lo tanto, según dicha doctrina, cuando la Administración optaba por la expulsión tenía que especificar cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y, en general, las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la elección de la sanción de expulsión, en vez de la menos grave de multa, aunque dicha motivación podía constar tanto en la resolución misma como en el expediente administrativo, según las circunstancias concurrentes en el caso: cuando se trataba de supuestos en que la causa de expulsión fuera simplemente la permanencia ilegal sin otros hechos negativos, la motivación tenía que incluirse expresamente en la resolución administrativa, pues la Administración tenía que justificar por qué acude a la sanción de expulsión cuando, en principio, la permanencia ilegal se sanciona con multa; por el contrario, si en el expediente administrativo constaban, además de la permanencia ilegal, otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, y esos datos eran de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justificaban la expulsión, no dejaba ésta de estar motivada por no haberse hecho mención de ellos en la propia resolución sancionadora.

También nuestra jurisprudencia había señalado que eran hechos o circunstancias que **constituían causa y motivación suficiente** para justificar la imposición de la sanción de expulsión, en vez de la de multa, entre otros:

—encontrarse el extranjero en situación irregular sin documentación alguna por la que



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



podiera 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 (...) [C]omo hemos razonado en la sentencia de 27 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 relación con esta circunstancia, lo cierto es la jurisprudencia también apreció como agravante únicamente la de ignorarse cuándo y por donde se efectuó la entrada en España, STS de 28 de febrero de 2007, recurso 10263/2003, ratificando este criterio la más reciente STS de 12 de enero de 2022, recurso 7746/2020, -FD 3º párrafo penúltimo-.

–También se ha venido considerando circunstancia de agravación no haber cumplimentado voluntariamente una orden previa de salida obligatoria (sentencia de 22 de febrero de 2007). Esa misma consideración se atribuye a la constatación de que la residencia autorizada fue obtenida de manera fraudulenta, invocando una nacionalidad falsa (STS de 8 de noviembre de 2007, rec. 2448/2004);

–También se ha apreciado como agravante la de disponer de documentación identificativa falsa (SSTS de 25 de octubre de 2007, rec. 2260/2004, y de 27 de mayo de 2008, recurso 5853/2004).

–La 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) el TS ha 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 la Sala 3ª del TS 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 65/2022, 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 lo que atañe a las circunstancias que no son de grabación, el TS establece:

–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 "(...) se encontraba en nuestro país de forma irregular, sin haber regularizado su situación y sin haber obtenido prórroga de estancia o permiso de trabajo o residencia, careciendo de arraigo y de domicilio conocido (...)".



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.



–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 (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, 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 492/2022, de 27 de abril, recurso 2958/2021), nº 1125/2022, de 14 de septiembre, recurso 7218/2021, y nº 1247/2022, de 5 de octubre, recurso 270/2022).

En definitiva, en los supuestos de estancia irregular se debía ajustar proporcionalmente la imposición de la consecuencia (sanción) de expulsión a aquellos supuestos en los que a la estancia irregular se unía algún otro factor que pudiera ser susceptible de valoración negativa (circunstancia de agravación).

Por lo tanto, 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.



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.



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.

Pues bien, en el caso que ahora nos ocupa, la resolución sancionadora no se sustenta en la concurrencia de algún dato negativo que justifique la imposición de la sanción de expulsión en lugar de la de multa.

La mera existencia de una detención policial no justifica por sí misma la elección de la sanción de expulsión pues como afirma la STS de 29 de septiembre de 2006 (recurso 5450/2003): «(...) 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.(...)»

Dicha omisión no puede ser suplica en sede judicial a través de la contestación a la demanda por la Abogacía del Estado. En este sentido, la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, Sección 5 del 18 de septiembre de 2023 (ROJ: STS 3701/2023 - ECLI:ES:TS:2023:3701) señala:

«(...)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.»



CUARTO .- COSTAS

Las costas se imponen a la Administración demandada al haberse estimado la demanda, conforme al artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, con el límite de 400 euros.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

- 1º.-) **ESTIMAR el recurso interpuesto**, anulando la resolución impugnada.
- 2º.-) **IMPONER LAS COSTAS DEL RECURSO** a la Administración demandada.

Notifíquese a las partes observando lo dispuesto en el art. 248.4 de la Ley Orgánica del poder Judicial, haciéndoles saber que esta sentencia es susceptible de recurso de APELACIÓN que se interpondrá ante este Juzgado en el plazo de 15 días contados desde el siguiente a su notificación.

Llévese testimonio a los autos y archívese el original, devolviéndose el expediente a su lugar de origen una vez firme.

Así por esta mi Sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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 disposición 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 ha sido firmado electrónicamente por:	
FRANCISCO EUGENIO ÚBEDA TARAJANO - Magistrado-Juez	24/02/2025 - 09:08:37
En la dirección https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramites-comprobacion-documentos puede ser comprobada la autenticidad de este documento mediante el número de documento electrónico siguiente: 50-	
El presente documento ha sido descargado el 24/02/2025 9:10:05	