

La mera estancia irregular de un extranjero en España no comporta su expulsión salvo que concurren datos negativos que lo justifiquen

Se plantea de nuevo ante el Tribunal la cuestión relativa a la necesidad de la valoración y apreciación de circunstancias agravantes que pongan de manifiesto y justifiquen la proporcionalidad de la medida de expulsión del territorio nacional del extranjero en situación irregular.

Tal y como ya ha resuelto la Sala, la situación de estancia irregular determina, en su caso, la imposición de la sanción de multa o de expulsión, siendo preferente la primera cuando no concurren circunstancias que, con arreglo al principio de proporcionalidad, justifiquen la expulsión. Cuando la decisión consista en la imposición de una multa, la resolución administrativa debe contener una orden de salida de cumplimiento voluntario que concrete el mandato del art. 28.3 c) de la LOEX, y de la Directiva 2008/115/CE. En ejecución de lo acordado los plazos que se establezcan para la salida del territorio nacional deben ser prudentemente limitados en el tiempo, dentro de los márgenes de los que dispone la Administración. La expulsión 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. Por tales circunstancias de agravación han de considerarse las que se ha venido apreciando por la jurisprudencia en relación a la gravedad de la mera estancia irregular.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección 5.ª

Sentencia 1870/2024, de 22 de noviembre de 2024

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 8120/2019

Ponente Excmo. Sr. ANGELES HUET DE SANDE

En Madrid, a 22 de noviembre de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por don Juan Ramón contra la sentencia de 20 de junio de 2019, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección Segunda, que desestima el recurso de apelación interpuesto por la misma parte contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo 2 de Tarragona que a su vez desestimó el recurso contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Tarragona acordada en fecha 11 de julio de 2016.

Comparece como parte recurrida la Administración del Estado representada y defendida por la Abogacía del Estado.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En el recurso de apelación núm. 178/2018, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección Segunda, con fecha 20 de junio de 2019, dictó sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor:

“DECIDIM

1r.- Desestimar aquest recurs d'apel·lació.

2n.- Imposar a l'apel·lant les costes d'aquest recurs d'apel·lació fins al límit de 300 euros.

Notifiqui's a les parts la present Sentència, que no és ferma. Contra la mateixa es pot deduir, si s'escau, recurs de cassació a través d'aquesta Sala, [...].”

SEGUNDO. Contra la referida sentencia la representación procesal de don Juan Ramón preparó recurso de casación que por la Sala de instancia se tuvo por preparado mediante auto de 25 de octubre de 2019, que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento a las partes.

TERCERO. Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, con fecha 18 de enero de 2023, dictó auto en cuya parte dispositiva se acuerda:

“1.º) Admitir el recurso de casación n.º 8120/2019, preparado por la representación procesal de D. Juan Ramón contra la sentencia dictada el 20 de junio de 2019 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso de apelación n.º 178/2018.

2.º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si, conforme a 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-.

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

[...]”.

CUARTO. La representación procesal de don Juan Ramón interpuso recurso de casación mediante escrito en el que termina suplicando a la Sala:

“[...] 1.º) Que con estimación del presente recurso de casación se anule la sentencia impugnada, con imposición de las costas del recurso a la parte recurrida.

2.º) Que como consecuencia de la estimación del recurso de casación y la consiguiente anulación de la sentencia impugnada, el Tribunal Supremo se sitúe en la posición procesal propia del Tribunal -o Juzgado- de instancia, y entre al examen del fondo del asunto, procediendo a la resolución del litigio en los términos en que quedó planteado el debate procesal en la instancia;

3.º) y en consecuencia estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto por esta parte contra la RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN DE LA DELEGACIÓN DE GOBIERNO EN TARRAGONA, de fecha

27/10/2016, en los términos solicitados en el escrito de demanda, es decir que se dicte Sentencia por la que se anule la resolución sancionadora recurrida, y se permita al señor Juan Ramón a permanecer en territorio español, ordenándose la eliminación de toda referencia al procedimiento sancionador seguido contra mi representado así como la eliminación de todos los archivos policiales y administrativos referentes al procedimiento sancionador incoado contra mi mandante.”

QUINTO. La Abogacía del Estado se opuso al recurso de casación interpuesto de contrario, ejercitando las siguientes pretensiones:

“1.º) Que desestime este recurso de casación y confirme las sentencias y el acto administrativo impugnados.

2.º) Y resuelva la cuestión de interés casacional en los siguientes términos:

“Conforme la interpretación dada por las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de octubre de 2020 -asunto C-568/19-y de 3 de marzo de 2022, asunto C-409/20, 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 las conductas tipificadas como graves en el art. 53.1.a) Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y en los que concurren circunstancias agravantes añadidas a su situación irregular, tal como sucede en el presente caso”.

Y termina suplicando a la Sala que “[...] dicte sentencia desestimatoria del mismo en los términos expuestos.”.

SEXTO. Mediante providencia de 19 de septiembre de 2024, se señaló el presente recurso para votación y fallo el día 12 de noviembre de 2024, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La resolución administrativa y las sentencias del Juzgado y de la Sala.

A.- Se dirige el recurso de casación contra la sentencia de 20 de junio de 2019, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección Segunda, por la que se desestimó el recurso de apelación interpuesto por don Juan Ramón contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 2 de Tarragona de 9 de noviembre de 2017, que había desestimado el recurso interpuesto contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Tarragona de 11 de julio de 2016, confirmada en reposición, que impuso al recurrente, nacional de Marruecos, la sanción de expulsión prevista en el art. 57.1 de la Ley de Extranjería por haber cometido la infracción grave prevista en el art. 53.1.a) de la Ley de Extranjería, por encontrarse en España de forma irregular.

En la resolución que acuerda la expulsión se explica que tras ser detenido el interesado por la comisión de un presunto delito de falsedad documental y usurpación de estado civil, se comprobó su estancia ilegal en España y se acordó la iniciación de un procedimiento sancionador.

Asimismo, se afirma que “No consta que el interesado haya realizado ningún trámite tendente a regularizar su situación durante los diez años que, según se manifiesta en las alegaciones, lleva residiendo de manera irregular en nuestro país. No acredita arraigo alguno en territorio español, ni vínculos familiares ni tenencia de medios económicos”.

También se refleja que consta “en el expediente, además de la permanencia irregular en España, datos negativos adicionales relativos al interesado, los cuales han sido valorados y tenidos en cuenta en la elección de la sanción a imponer”.

Estos hechos se calificaban en los fundamentos de derecho como constitutivos de la infracción grave prevista en el art. 53.1.a) de la Ley de Extranjería y se le imponía la sanción de expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada por un periodo de dos años.

B.- El Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 2 de Tarragona en su sentencia de 9 de noviembre de 2017, desestimó el recurso contencioso administrativo deducido frente a la anterior resolución al considerar que estaba justificada la imposición de la sanción de expulsión con fundamento en la STJUE de 23 de abril de 2015 -dictada en cuestión prejudicial dictada en el asunto C-38/14 planteada a propósito de la legislación española de extranjería-, que declaró la improcedencia de la elección entre las sanciones de multa o expulsión. Entendió el Juzgador que la sanción de expulsión era, por ello, la procedente al no concurrir ninguna de las circunstancias que permitirían no imponerla al amparo de los arts. 5 y 6 de la Directiva 2008/115/CE (directiva de retorno). Asimismo, descarta el arraigo alegado -convivir con sus hermanos- por no haber sido acreditado, y considera “especialmente reprochable [...] que a pesar de llevar diez años en territorio español, tal y como afirma le mismo, no ha realizado esfuerzo alguno por intentar su regularización. Por otro lado se desconocen sus medios de vida [...]”.

C.- Interpuesto recurso de apelación por don Juan Ramón, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en su sentencia de 20 de junio de 2019, desestimó el recurso, con fundamento asimismo en la STJUE de 23 de abril de 2015, entendiendo que la sanción de expulsión era la procedente al no concurrir ninguna de las circunstancias previstas en los arts. 5 y 6 de la Directiva 2008/115/CE.

SEGUNDO. El auto de admisión del recurso.

El auto de admisión advierte que sobre cuestión análoga a la aquí suscitada se ha pronunciado esta Sala de forma sobrevenida a la sentencia recurrida en casación y en un sentido que podría resultar favorable a la parte aquí recurrente, en sentencias de 17 de marzo y 27 de mayo de 2021 (RC 2870/2020 y 1739/2020) -dictadas con ocasión de la STJUE de 8 de octubre de 2020 (asunto C-568/19)- y, más recientemente, en sentencias de 20 de julio, 14 de septiembre y 20 de octubre de 2022 (RC 340/2021, 7218/2021 y 5793/2021) -dictadas tras la STJUE de 3 de marzo de 2022 (asunto C-409/20)-.

En consecuencia, precisa que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si, conforme a 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-.

E identifica como normas jurídicas que, en principio, debemos interpretar, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiera el debate finalmente trabado en el recurso, las siguientes: los artículos 53.1.a), 55.1.b) y 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, en relación con la Directiva 2008/115/CE.

TERCERO. El escrito de interposición.

Alega el recurrente que la sanción de expulsión que le ha sido impuesta carece de justificación y es desproporcionada porque no consta ningún dato negativo añadido a la mera estancia ilegal. Se refiere

a la STS de 17 de marzo de 2021, que exige la individualización y justificación de la expulsión. Asimismo, considera vulnerado el art. 39 CE sobre protección a la familia y a la infancia porque no se ha tenido en cuenta que reside en España desde hace más de siete años con su mujer y su hija menor, formando una familia estable con todo su arraigo sociolaboral y familiar en el país. También considera desproporcionada la prohibición de entrada por un periodo de cinco años (sic).

CUARTO. El escrito de oposición.

A.- El representante del Estado en su escrito de oposición efectúa un análisis de la evolución de nuestra jurisprudencia y de la jurisprudencia del TJUE en relación con la sanción a imponer en los supuestos de estancia irregular.

Se refiere a la doctrina inicial de esta Sala, en cuya virtud, en los supuestos de estancia irregular la elección de la sanción de expulsión en lugar de la de multa, prevista en la ley como preferente, debía quedar reservada, por exigencias del principio de proporcionalidad, únicamente para los supuestos en los que a la estancia irregular se unía algún otro factor que pudiera ser susceptible de valoración negativa.

Esta posición hubo, sin embargo, de reinterpretarse a raíz de la STJUE de 23 de abril de 2015 -dictada en cuestión prejudicial dictada en el asunto C-38/14 planteada a propósito de la legislación española de extranjería-, a la vista de cuyos fundamentos cabe concluir que no resultaría ajustada a la Directiva 2008/115/CE una interpretación de la norma estatal que, ante una situación de estancia irregular, permitiera excluir el dictado de una decisión de retorno, o su ejecución, mediante la imposición, en su lugar, de otra consecuencia distinta como la sanción de multa. Recuerda el Abogado del Estado que esta doctrina fue corroborada por este Tribunal Supremo a raíz de la STS de 12 de junio de 2018, casación 2958/2017.

No obstante, trae a colación la STJUE de 8 de octubre de 2020, asunto C-568/19 -también dictada en relación con la legislación española de extranjería-, que declaró que la Directiva 2008/115/CE, 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 agravantes. Doctrina del TJUE que da lugar a las SSTS de 17 de marzo y 27 de mayo de 2021.

Finalmente, se refiere a la STJUE de 3 de marzo de 2022, asunto C-409/20, según la cual, es conforme a la Directiva de retorno una normativa que, como la española, reacciona ante la permanencia irregular de un nacional de un tercer país en el que no concurren circunstancias agravantes con una sanción de multa que no regulariza su situación, sino que va seguida de una decisión de salida obligatoria voluntaria o, en su defecto, forzosa. Por lo tanto, a su juicio, en el sistema español la sanción económica (multa), por sí misma, ni regulariza la situación administrativa del nacional de un tercer Estado que carece de autorización de residencia en el territorio nacional, ni impide su ulterior salida obligatoria del territorio nacional. Por ello, la normativa española (fundamentalmente, la LOEx y el Real Decreto 557/2011) y la jurisprudencia que la interpretaba con anterioridad a la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en el asunto Zaizoune, resulta conforme con la Directiva 2008/115 y la interpretación que de la misma ha hecho el Tribunal de Justicia, garantizando el efecto útil de la misma.

B.- Y tras enumerar diversas circunstancias o datos negativos que, a su juicio, permiten fundamentar la decisión de imponer la sanción de expulsión, aborda ya el caso concreto que nos ocupa, sosteniendo el Abogado del Estado que concurren circunstancias agravantes que cualifican la mera estancia ilegal.

En primer lugar, al recurrente le consta haber sido detenido por un delito de falsedad documental y usurpación del estado civil.

En segundo lugar, no consta que el recurrente haya solicitado regularizar su situación en España ni que se encuentre pendiente de resolver ninguna solicitud de autorización de residencia y/o trabajo.

Además, hay que tener en cuenta los siguientes datos negativos: carece de arraigo familiar (aunque ahora alega, sin prueba alguna, tener esposa e hija menor en España, en el expediente sólo alegó tener dos hermanos en España, también sin prueba alguna); no hay prueba de arraigo social ni laboral alguno; y no se ha alegado que su estado de salud no sea bueno.

Por lo tanto, a juicio del representante de la Administración, hay dos circunstancias agravantes y cuatro datos negativos, adicionales a la situación irregular del recurrente, que justifican la sanción de expulsión y la decisión de retorno acordada por la Administración que, en consecuencia, ha de ser confirmada.

QUINTO. El marco normativo español sobre la situación irregular de los extranjeros en territorio nacional.

En el auto de admisión del recurso de casación se identifican como normas que, en principio, serán objeto de interpretación los artículos 53.1.a), 55.1.b) y 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, en su redacción dada por la Ley Orgánica 2/2009.

Antes del examen de estos preceptos y para dar luz a su correcto entendimiento, conviene recordar que tanto la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, como el Reglamento de desarrollo (Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009), contemplan como un deber legal la salida obligatoria de España de aquellos extranjeros que carezcan de autorización para permanecer en nuestro país.

Así, el artículo 28.3.c) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en su versión reformada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, preceptúa que el extranjero estará obligado a salir del territorio español en caso de denegación administrativa de la solicitud que haya formulado para continuar permaneciendo en dicho territorio o de falta de autorización para encontrarse en España.

Conviene advertir que este precepto en su redacción originaria, previa a la reforma de 2009, no contemplaba expresamente la obligación de la salida obligatoria para los casos de falta de autorización para encontrarse en España (supuesto típico de situación irregular), habiéndose introducido precisamente dicha previsión por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reforma que trae causa, entre otras, en la incorporación a nuestro ordenamiento interno de diversas Directivas comunitarias que afectan al Derecho de Extranjería de los Estados europeos, entre ellas la Directiva 2008/115/CEE, de 16 de diciembre de 2008, del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal (DOUE de 24 de diciembre de 2008).

Este precepto fue objeto de severa crítica en nuestra sentencia de 17 de marzo de 2021, recurso 2870/2020, por las insuficiencias de la ley en cuanto a los plazos y mecanismo para hacer efectiva esa obligación.

Pese a esas carencias, es lo cierto que esta previsión normativa nos permite afirmar que, con independencia de que se abra o no un procedimiento sancionador como consecuencia de la situación irregular de un extranjero en territorio nacional, el extranjero que se encuentra en esa situación está

obligado *ex lege*, y no solo en virtud de resolución administrativa, a salir del territorio nacional, y esta salida podrá materializarse de forma voluntaria o ser compelido para ello por las autoridades españolas en los términos que veremos más adelante. De esta manera, el art. 28, con su pronunciamiento genérico, se configura como instrumento de garantía en última instancia de la eficacia de los mecanismos de retorno así como en elemento de interpretación de las normas relativas al mismo, de manera que las carencias y defectos de la Ley y del Reglamento deben abordarse a la luz de este precepto.

Complementan el precepto legal los arts. 19 y 24 del Reglamento de Extranjería, aprobado con posterioridad a la reforma de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre. El art 19.1 establece que, en ejercicio de su libertad de circulación, los extranjeros podrán efectuar libremente su salida del territorio español, salvo en los casos previstos en el artículo 28.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en los que la salida será obligatoria. A su vez, el art. 24.1 del Reglamento establece que la resolución administrativa que constate la situación irregular del extranjero en España -falta de autorización para encontrarse en España, incumplimiento de requisitos de entrada o de estancia, denegación administrativa de solicitudes de prórrogas de estancia, etc [...]- debe contener la advertencia al interesado de la obligatoriedad de su salida del país. En el apartado 2 de este precepto se indica, además, que la salida obligatoria habrá de realizarse dentro del plazo establecido en la resolución denegatoria de la solicitud formulada, o, en su caso, en el plazo máximo de quince días contado desde el momento en que se notifique la resolución denegatoria, salvo que concurren circunstancias excepcionales y se justifique que se cuenta con medios económicos suficientes; en tal caso, se podrá prorrogar el plazo hasta un máximo de noventa días. Una vez transcurrido el plazo indicado sin que se haya efectuado la salida, se aplicará lo previsto en este Reglamento para los supuestos a que se refiere el artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, es decir, se considerará infracción administrativa grave y puede ser objeto de sanción.

Sin perder de vista este marco normativo, acudamos al Título III de la Ley, dedicado a las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador, donde se contienen los preceptos que el auto de admisión identifica a los efectos de su interpretación (los arts. 53.1.a), 55.1.b) y 57.1).

El art. 53.1.a) nos dice lo que sigue:

“1. 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”.

Para dichas infracciones graves el art. 55.1.b) establece la sanción de multa de 501 a 10.000 euros. Y el art. 57.1 añade:

“1. 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”.

Advirtamos aquí también que la referencia al principio de proporcionalidad fue introducida por la reforma de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre.

Examinada esta normativa en su conjunto y no de forma fragmentada podemos afirmar que, salvo las excepciones previstas, aquellos extranjeros que se encuentren en España sin autorización (en

situación irregular) tienen la obligación legal de salir de territorio nacional, lo que es plenamente coherente con los postulados de la Directiva 2008/115/CEE.

Dicha obligación de salida no desaparece por el hecho de haber sido sancionado el extranjero con una multa por estancia irregular pues en ninguna norma de la Ley o del Reglamento de Extranjería se establece que, una vez impuesta la sanción de multa, desaparezca la obligación de salida del territorio nacional genéricamente impuesta en el art. 28.

Hasta la Directiva de retorno del año 2008, nuestra jurisprudencia venía sosteniendo que la Administración no podía optar discrecionalmente entre la imposición de la multa o la expulsión sin justificarlo, por lo que la expulsión del territorio español, como sanción más grave y secundaria, precisaba de una causa específica y motivada, distinta o complementaria de la multa que, en el sistema de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, se consideraba la sanción principal que correspondía a la pura permanencia ilegal.

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: Estar indocumentado el extranjero, ignorándose cuándo y por dónde entró en territorio español y si lo hizo contraviniendo las normas que en el Reglamento de Extranjería regulan los requisitos y las condiciones de entrada en territorio nacional (sentencias de 30 de junio de 2006, 31 de octubre de 2006 y 29 de marzo de 2007); haber sido detenido por su participación en un delito, y seguirse por este hecho diligencias penales en un Juzgado de Instrucción (sentencia de 19 de diciembre de 2006); carecer de domicilio y arraigo familiar y estar, además, indocumentado (sentencia de 28 de febrero de 2007); haberse dictado con carácter previo a la expulsión una orden de salida obligatoria del territorio nacional que tendría que haberse hecho efectiva, sin haber intentado legalizar su situación en España (sentencia de 22 de febrero de 2007).

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).

Esta jurisprudencia debe ser ratificada con las precisiones que se expusieron en nuestras sentencias de 18 de septiembre de 2023, recursos 2251/2021 y 1537/2022.

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.

Este planteamiento que ahora se hace supone, no obstante, 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, así como la respuesta que dimos al respecto en nuestra sentencia de 15 de marzo de 2022, rec. 6695/2020, sentencia que se mostró crítica con la STJUE de 2022. En las recientes sentencias que hemos citado (sentencias de 18 de septiembre de 2023, recursos 2251/2021 y 1537/2022) se explican con detenimiento los argumentos de estas matizaciones en nuestra doctrina y a ellas nos remitimos.

SEXTO. El juicio de proporcionalidad. Las circunstancias que son de agravación y las que no lo son.

Dada la relevancia del juicio de proporcionalidad para la elección de la sanción a imponer a la infracción de encontrarse un extranjero irregularmente en territorio español (art. 53.1. a) de la Ley de Extranjería), conviene hacer recordatorio de 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.

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 cuando 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 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, si bien en relación con esto último el Tribunal Constitucional ha matizado en su reciente STC 87/2023, de 17 de julio de 2023, 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 (FJ 3.º).

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 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 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 que 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 3.º 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); relacionada con la cual, 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).

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

En otras ocasiones (STS 366/2021, de 17 de marzo, rec. 2870/2020) hemos utilizado, como criterio interpretativo, los supuestos a que se hace referencia en el artículo 63.1.º, 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 252/2022, de 28 de febrero, rec. 7671/2020, -FD 7.º-; aunque, como precisa la STS 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 750/2021, de 27 de mayo, rec. 1739/2020, y otras posteriores que transcriben o recogen su contenido -entre otras, SSTS 12/2022, de 12 de enero, rec. 7746/2020; n.º 65/2022, de 26 de enero, rec. 5003/2020; n.º 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 252/2022, de 28 de febrero, rec. 7671/2020 -FD 7.º- 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 [...]”.

Circunstancias que no son de agravación.

Resulta relevante también reseñar distintos pronunciamientos jurisprudenciales que, de forma reciente, han precisado que algunas circunstancias aducidas por la Administración no pueden ser consideradas agravantes a efectos de justificar la proporcionalidad de la expulsión (especialmente, SSTS 208/2022, de 18 de febrero, rec. 5883/2020, y 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 de la Directiva 2008/115/CE no operan como criterios de ponderación o proporcionalidad (STS 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 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 492/2022, de 27 de abril, recurso 2958/2021; n.º 1125/2022, de 14 de septiembre, recurso 7218/2021, y n.º 1247/2022, de 5 de octubre, recurso 270/2022).

SÉPTIMO. La reciente doctrina del Tribunal Constitucional sobre la cuestión litigiosa.

El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse, desde la perspectiva de la legalidad sancionadora, sobre el asunto que estamos analizando en esta sentencia.

Así, en la STC 47/2023, de 10 de mayo, del Pleno del Tribunal, se ha declarado expresamente que la imposición de la sanción de expulsión sin la concurrencia de circunstancias de agravación infringe el derecho fundamental a la legalidad sancionadora.

En el recurso de amparo, el demandante denunció que le había sido vulnerado su derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), al haberle sido impuesta una sanción de expulsión del territorio

español con prohibición de entrada durante tres años por el mero hecho de encontrarse en nuestro país en situación irregular. Según la parte recurrente, el motivo por el que se le impuso dicha sanción en lugar de la multa que era la que resultaba procedente se debió a una aplicación defectuosa del régimen sancionador en materia de extranjería derivada de una interpretación errónea de la eficacia de la Directiva de retorno y la jurisprudencia que la interpreta.

El Tribunal Constitucional declaró lo siguiente:

“b) Doctrina constitucional aplicable sobre el derecho a la legalidad sancionadora en su vertiente de garantía material frente a los órganos sancionadores.

El derecho fundamental a la legalidad sancionadora se reconoce en el art. 25.1 CE, en cuya virtud “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones y omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”. Este precepto, como afirma la doctrina constitucional desde la STC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2, incorpora la regla *nullum crimen, nulla poena sine lege*, la extiende al ordenamiento administrativo sancionador y comprende una doble garantía material, de alcance absoluto, y formal, de carácter relativo y expresiva de la necesidad de reserva de ley en la tipificación de ilícitos y sanciones administrativas, sin perjuicio del “carácter, en cierto modo insuprimible, de la potestad reglamentaria en ciertas materias” (STC 133/1999, de 15 de julio, FJ 2).

A su vez, la garantía material despliega su eficacia tanto en el plano o ámbito normativo como en el aplicativo. En el plano normativo, la STC 146/2015, de 25 de junio, FJ 2, recuerda que “comporta el mandato de taxatividad o de certeza que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas y de sus correspondientes sanciones (*lex certa*), en virtud del cual el legislador debe promulgar normas concretas, precisas, claras e inteligibles, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones”. La garantía de certeza opera así, en primer término, en el momento de elaboración de la norma y tiene al órgano encargado de su producción como destinatario principal. En este plano o ámbito normativo, la vulneración del mandato de taxatividad se verifica por el Tribunal Constitucional atendiendo a la accesibilidad y previsibilidad del alcance de la norma.

Pero esta garantía de certeza despliega asimismo su eficacia en el momento de aplicación de la norma por parte de los órganos sancionadores. En este plano o ámbito aplicativo, que es donde la recurrente radica su queja, la vulneración se verifica por este tribunal determinando “si la aplicación de la norma sancionadora ha sido irrazonable, bien porque [...] se haya desbordado el límite del sentido literal posible del precepto, bien porque, con ocasión del juicio de subsunción, no se hayan respetado los criterios metodológicos comúnmente reconocidos o los parámetros axiológicos que derivan de nuestro ordenamiento constitucional” [STC 219/2016, de 19 de diciembre, FJ 7; con extenso resumen de doctrina, y STC 42/2022, de 21 de marzo, FJ 3 A), que se remite a la STC 14/2021, de 28 de enero, FJ 2].

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 Custodia, 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 art. 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.”

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, 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.

Esta doctrina ha sido reiterada en posteriores sentencias.

OCTAVO. Respuesta a la cuestión casacional.

El auto de admisión ha considerado necesario que abordemos nuevamente la doctrina [contenida, entre otras, en las sentencias de 17 de marzo y 27 de mayo de 2021 (RCA núms. 2870/2020 y 1739/2020) -dictadas con ocasión de la STJUE de 8 de octubre de 2020 (asunto C-568/19)- y, más recientemente, en las sentencias de 20 de julio, 14 de septiembre y 20 de octubre de 2022 (RCA núms. 340/2021, 7218/2021 y 5793/2021) -dictadas tras la STJUE de 3 de marzo de 2022 (asunto C-

409/20)-] según la cual, la decisión de expulsión del extranjero por su situación de estancia irregular - que no cabe sustituir por una sanción de multa- 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.

Y nos pide que nos pronunciemos sobre el mantenimiento, matización o rectificación de nuestra jurisprudencia sobre la necesidad de la valoración y apreciación de circunstancias agravantes que pongan de manifiesto y justifiquen la proporcionalidad de la medida de expulsión del territorio nacional del extranjero en situación irregular.

Nuestras sentencias de 18 de septiembre de 2023, recursos 2251/2021 y 1537/2022, dieron cumplida respuesta a esta cuestión casacional, que ahora reiteramos en esta sentencia.

Así, 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-, la respuesta a la cuestión casacional 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.

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.”

NOVENO. Decisión del asunto litigioso.

Como hemos señalado en el primero de nuestros fundamentos, la resolución administrativa que acuerda la expulsión de don Juan Ramón, nacional de Marruecos, se limita a constatar la situación de irregularidad de su estancia en España por carecer de autorización para dicha permanencia en nuestro país, sin mencionar ningún dato negativo o circunstancia de agravación, pues no lo es, conforme hemos explicado, la carencia de arraigo familiar, laboral o social en España -por lo que carece de relevancia la falta de prueba de estos extremos que se alegan de contrario-, ni la falta de constancia de intentos de regularización. Tampoco lo es, como hemos explicado, la mera mención de un antecedente policial sobre una detención, desconociéndose el curso judicial que haya seguido.

Tampoco la sentencia recurrida, ni la previamente dictada por el Juzgado que aquélla confirma en apelación, hacen referencia a circunstancia de agravación o negativa alguna, sin perjuicio de que lo determinante sea la ausencia de mención de alguna de estas circunstancias negativas en la propia resolución administrativa que acuerda imponer la sanción de expulsión, a la vista de la más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 87/2023, de 17 de julio) a la que hemos aludido en el fundamento sexto.

Forzoso es entonces concluir que la sanción de expulsión no resulta en este caso ajustada a derecho por no haber sido sustentada por la Administración en ninguna circunstancia negativa añadida a la mera situación de estancia irregular que, por sí sola, no puede erigirse en determinante de la sanción de expulsión.

Ello obliga a estimar el recurso de casación y a anular dicha resolución administrativa de expulsión.

DÉCIMO. Pronunciamiento sobre costas.

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

FALLO

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

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

Segundo. Haber lugar al recurso de casación interpuesto por don Juan Ramón contra la sentencia de 20 de junio de 2019, dictada en el recurso de apelación núm. 178/2018, por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección Segunda, sentencia que se casa y anula y, en su lugar, estimamos dicho recurso de apelación, revocamos la sentencia apelada, dictada con fecha 9 de noviembre de 2017, por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 2 de Tarragona en el PA 5/2017, y en consecuencia, anulamos la resolución de expulsión que constituía su objeto.

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

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

Así se acuerda y firma.