



Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla - Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga

Avda. Manuel Agustín Heredia, 16, 29001, Málaga.

N.I.G.: 2906745320220001851.

Procedimiento: Recurso de Apelación 450/2023.

De: VELO BUDO

Procurador/a: ANA MARIA RODRIGUEZ FERNANDEZ

Contra: SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN MALAGA

Letrado/a: ABOGACIA DEL ESTADO DE MALAGA

SENTENCIA NÚMERO 3258/2024

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

PRESIDENTE

D. MANUEL LÓPEZ AGULLÓ

MAGISTRADOS

D^a. MARIA TERESA GÓMEZ PASTOR

D. CARLOS GARCIA DE LA ROSA

Sección Funcional 1^a

En la ciudad de Málaga, a dieciocho de diciembre de dos mil veinticuatro.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, el recurso de apelación registrado con el número de rollo 450/23, interpuesto por la representación de VELO BUDO contra la sentencia 46/23, de 21 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo número 8 de Málaga en el seno del procedimiento abreviado 239/22; habiendo comparecido como apelado la SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN MALAGA, representada y asistida por el Sr. Abogado del Estado, se procede a dictar la presente resolución.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Carlos García de la Rosa, quien expresa el parecer de la Sala.



Código:	OSEQR2BQURS4HK63ADPXPRW8Q52VLD	Fecha	20/12/2024
Firmado Por	CARLOS GARCÍA DE LA ROSA MARÍA TERESA GÓMEZ PASTOR MANUEL LÓPEZ AGULLO		
URL de verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	1/14



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de VELO BUDO se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Málaga en la que se acuerda la expulsión del recurrente con prohibición de entrada en el espacio de los países suscriptores del acuerdo de aplicación del convenio de Schengen por un periodo de tres años.

SEGUNDO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número 8 de Málaga dictó, en este recurso contencioso-administrativo tramitado con el nº PA 239/22, sentencia de fecha 21 de febrero de 2023 por la que desestimaba el recurso contencioso administrativo interpuesto.

TERCERO.- Contra dicha sentencia por la parte actora se interpuso Recurso de Apelación, en el que se exponen los correspondientes motivos y que fue admitido a trámite, y del que se dio traslado a las partes personadas, oponiéndose a la estimación del recurso la representación procesal de la Subdelegación del Gobierno en Málaga, se remitieron seguidamente las actuaciones a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo.

CUARTO.- No habiéndose solicitado celebración de vista o presentación de conclusiones, quedaron los autos, sin más trámite para votación y fallo, designándose ponente y señalándose seguidamente día para votación y fallo, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto y confirmó la resolución impugnada que acordaba la expulsión del ciudadano extranjero recurrente por hallarse incurso en el supuesto previsto en el artículo 53.1 de la Ley Orgánica 4/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y de su Integración Social, sanción prevista para la infracción descrita en el anterior precepto en el artículo 57.1 de LOEX.

Frente a esta sentencia se alza la recurrente solicitando el dictado de sentencia que revoque la de instancia, y con ella la resolución administrativa combatida por la que se acuerda la expulsión del recurrente, pues considera errática la valoración de la prueba efectuada en la instancia, y entiende inmotivada la imposición de una sanción de expulsión, infractora del principio de proporcionalidad al no quedar justificada la imposición de la sanción de expulsión en lugar de la preferente sanción de multa.

La Abogacía del Estado se opone al recurso de apelación e interesa la confirmación de la sentencia atacada en base a sus propios fundamentos.



Código:	OSEQR2BQURS4HK63ADPXPRW8Q52VLD	Fecha	20/12/2024
Firmado Por	CARLOS GARCÍA DE LA ROSA MARÍA TERESA GÓMEZ PASTOR MANUEL LÓPEZ AGULLO		
URL de verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	2/14



SEGUNDO.- La resolución administrativa impugnada cita y reproduce los preceptos legales referentes a las infracciones cometidas y la sanción de expulsión que impone está prevista en el Art. 57.1 de mencionada ley , y constando que la situación en la que se encuentra la recurrente encaja en dentro de aquella infracción,y así aparece descrita tanto en el acuerdo de inicio del expediente sancionador como en la propuesta de resolución elevada por la instrucción, ninguna falta es achacable a la resolución definitiva por su deficiente motivación pues el recurrente ha tenido perfecto conocimiento en el curso del procedimiento de cuales son los hechos que se le imputan, la infracción que constituyen tales hechos, y la sanción que la Ley reserva a esas conductas, en consecuencia, ninguna vulneración se ha producido al principio de legalidad que pudiera determinar la nulidad de la resolución que pretende la recurrente, y ninguna transgresión del principio de presunción de inocencia puede achacarse a la resolución combatida.

En lo relativo a la idoneidad y proporcionalidad de la sanción, alegando el recurrente que la Administración demandada se limitó a imponer la sanción de expulsión, sin referir la posibilidad de la sanción de multa prevista en el Art. 55.1 b) de la LO 4/2000 , se ha de indicar que por lo que se refiere a la vulneración del principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción por optarse por la expulsión en lugar de imponerse sanción económica prevista en el Art. 55.1 b), la Jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida entre otras en la Sentencia de 9-12-2005 (Rec. 5824/2002) y la Sentencia de fecha 9-03-2007 (Rec. 9887/2003), por la que se sentaba que en el sistema de la Ley, la sanción principal es la de multa pues así se deduce del Art. 55.1 y de la propia literalidad del Art. 57.1 , a cuyo tenor, y en los casos de permanencia ilegal, entre otros, "podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio nacional", y dice la última sentencia citada que en cuanto sanción más grave y secundaria, la expulsión requiere una motivación específica y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal ya que esta es castigada simplemente con multa, esta tesis fue superada por la STJUE de 23 de abril de 2015, (C-38-14, asunto Zaizoune), que abordaba una cuestión prejudicial planteada por el TSJ de País Vasco, que suscita la duda acerca de la compatibilidad de la regulación interna de la figura de la expulsión como sanción supletoria para el caso de extranjeros en situación irregular, en los que concurran circunstancias de valoración adversa adicionales conforme a la jurisprudencia citada.

La cuestión se presentó desde el prisma de la posible contradicción con los fines previstos en la directiva 2008/115, de 16 de diciembre, del Parlamento y del Consejo, sobre normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, perspectiva que se impone a la del reglamento 2006/562, de 15 de marzo, del Parlamento y del Consejo, sobre código comunitario de normas para el cruce por las fronteras, también conocido como código de fronteras Schengen, que es fruto de la regulación detallada del acervo Schengen y en particular del convenio de aplicación del acuerdo Schengen, a la vista de la cual se suscitó una cuestión prejudicial por la Sala de lo Contencioso administrativo de TSJ Murcia, que resuelta en sentencia TJUE de 22 de octubre de 2009 (C-261/08), concluyó la inexistencia de una obligación para los Estados de adoptar contra un nacional de un tercer país en situación irregular la medida de expulsión, al interpretar el apartado 3 del art. 11 el citado reglamento.



Código:	OSEQR2BQURS4HK63ADPXPRW8Q52VLD	Fecha	20/12/2024
Firmado Por	CARLOS GARCÍA DE LA ROSA MARÍA TERESA GÓMEZ PASTOR MANUEL LÓPEZ AGULLO		
URL de verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	3/14



La sentencia de TJUE de 23 de abril de 2015 en términos radicalmente opuestos, aborda la cuestión desde el prisma de la directiva 2008/115, y explica que *"mediante la cuestión planteada se pregunta 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.*

29. Resulta del auto de remisión que, con arreglo a la normativa nacional controvertida en el procedimiento principal, tal como es interpretada por el Tribunal Supremo, la situación irregular de los nacionales de terceros países en territorio español puede ser sancionada exclusivamente mediante una multa, que es incompatible con la expulsión del territorio nacional, medida esta que sólo se acuerda si existen circunstancias agravantes adicionales.

30. A este respecto, ha de recordarse que el objetivo de la Directiva 2008/115, tal como se desprende de sus considerandos 2 y 4, es establecer una política eficaz de expulsión y repatriación. Además, en virtud de su artículo 1, esta Directiva establece las "normas y procedimientos comunes" aplicables por cualquier Estado miembro al retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

31. Como indica el apartado 35 de la sentencia *El Dridi* (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268), el artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva prevé ante todo, con carácter principal, la obligación de los Estados miembros de dictar una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio.

32. En efecto, una vez comprobada la irregularidad de la situación, las autoridades nacionales competentes deben, en virtud de dicho precepto y sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5 del mismo artículo, adoptar una decisión de retorno (sentencia *Achughbaban*, C-329/11, EU:C:2011:807, apartado 31). A este respecto, ningún dato del expediente remitido al Tribunal de Justicia permite suponer que el Sr. Juan Manuel se encuentre en una de las situaciones contempladas en dichos apartados.

33. Asimismo, ha de señalarse que, cuando se ha adoptado una decisión de retorno respecto a un nacional de un tercer Estado, pero éste no ha respetado la obligación de retorno, ya sea en el plazo concedido para la salida voluntaria, ya sea cuando no se ha fijado plazo alguno al efecto, el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2008/115 impone a los Estados miembros, con objeto de garantizar la eficacia de los procedimientos de retorno, la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para proceder a la expulsión del interesado, esto es, como dispone el artículo 3, punto 5, de la citada Directiva, al transporte físico del interesado fuera del Estado miembro (véase, en este sentido, la sentencia *Achughbaban*, C-329/11, EU:C:2011:807, apartado 35).

34. Por otra parte, debe recordarse que tanto del deber de lealtad de los Estados miembros como de las exigencias de eficacia recordadas en particular en el considerando 4 de la Directiva 2008/115, se deriva que la obligación impuesta a los Estados miembros por el



Código:	OSEQR2BQURS4HK63ADPXPRW8Q52VLD	Fecha	20/12/2024
Firmado Por	CARLOS GARCÍA DE LA ROSA MARÍA TERESA GÓMEZ PASTOR MANUEL LÓPEZ AGULLO		
URL de verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	4/14



artículo 8 de la citada Directiva de proceder a la expulsión , en los supuestos mencionados en el apartado 1 de ese artículo, debe cumplirse lo antes posible (véase la sentencia Sagor, C-430/11 , EU:C:2012:777 , apartado 43 y jurisprudencia citada).

35. De ello se deriva que una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal no responde a las manifiestas exigencias impuestas por los artículos 6, apartado 1 , y 8, apartado 1, de la Directiva 2008/15.

36. La facultad de los Estados miembros de establecer excepciones, en virtud del artículo 4, apartados 2 y 3, de la Directiva 2008/115, a las normas y procedimientos regulados en ésta no puede desvirtuar dicha conclusión.

37. Así, respecto a las disposiciones pertenecientes al acervo comunitario en materia de inmigración y de asilo que resulten más favorables para el nacional de un tercer país, contempladas en el apartado 2 de dicho artículo, es preciso señalar que ningún precepto de dicha Directiva ni ninguna disposición de un acto perteneciente al acervo comunitario permiten establecer un sistema que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de un Estado miembro, imponga, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión , siendo ambas medidas excluyentes entre sí.

38. En cuanto al apartado 3 del mismo artículo, debe señalarse que la facultad de establecer excepciones que contiene está supeditada al requisito de que las disposiciones más favorables para las personas incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115, adoptadas o mantenidas por los Estados miembros, sean compatibles con dicha Directiva. Ahora bien, habida cuenta del objetivo que persigue esta Directiva, recordado en el apartado 30 de la presente sentencia, y de las obligaciones que imponen claramente a los Estados miembros los artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, de la misma Directiva, la citada compatibilidad no queda garantizada si la normativa nacional establece un sistema como el descrito en el apartado anterior de esta sentencia.

39. A este respecto, cabe recordar que los Estados miembros no pueden aplicar una normativa que pueda poner en peligro la realización de los objetivos perseguidos por una directiva y, como consecuencia de ello, privarla de su efecto útil (véase, en este sentido, la sentencia Achughbavian, C-329/11 , EU:C:2011:807 , apartado 33 y jurisprudencia citada).

40. De lo anterior se desprende que una normativa nacional como la controvertida en el procedimiento principal puede frustrar la aplicación de las normas y de los procedimientos comunes establecidos por la Directiva 2008/115 y, en su caso, demorar el retorno, menoscabando de este modo el efecto útil de dicha Directiva (véase, en este sentido, la sentencia Achughbavian, C-329/11 , EU:C:2011:807 , apartado 39).

41. En atención a las consideraciones anteriores, debe responderse a la cuestión planteada que 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



Código:	OSEQR2BQURS4HK63ADPXPRW8Q52VLD	Fecha	20/12/2024
Firmado Por	CARLOS GARCÍA DE LA ROSA MARÍA TERESA GÓMEZ PASTOR MANUEL LÓPEZ AGULLO		
URL de verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	5/14



de multa, o bien la expulsión , siendo ambas medidas excluyentes entre sí."

La trascendencia de estas conclusiones del TJUE dejan escaso margen de duda en cuanto a la falta de compatibilidad de la regulación interna de la disciplina, que prevé con carácter principal la imposición de una sanción de multa a un extranjero en situación irregular, pues no es ésta una medida eficaz en orden a garantizar el cumplimiento de los fines proclamados en la directiva 2008/115.

En cuanto a las posiciones divergentes en la interpretación de la jurisprudencia europea que han mantenido algunos Tribunales Superiores de Justicia, la cuestión ha sido zanjada por la STS de 16 de junio de 2018 (rec. 2958/19) que confirma la postura mayoritaria de quienes consideran incompatible con las prescripciones de la directiva retorno la sanción de multa, y por ende su inaplicabilidad desde el dictado de la STJUE de 23 de abril de 2015. La sanción de expulsión es la única medida viable en caso de detección de una situación de estancia irregular para dar exacto cumplimiento a la directiva europea y así se razona que *"la STJUE, cuyo fundamento 33 señala, que cuando se ha adoptado una decisión de retorno respecto a un nacional de un tercer Estado, pero éste no ha respetado la obligación de retorno, ya sea en el plazo concedido para la salida voluntaria, ya sea cuando no se ha fijado plazo alguno al efecto, el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2008/115 impone a los Estados miembros, con objeto de garantizar la eficacia de los procedimientos de retorno, la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para proceder a la expulsión del interesado, esto es, como dispone el artículo 3, punto 5, de la citada Directiva, al transporte físico del interesado fuera del Estado miembro, añadiendo el fundamento 34, que tanto del deber de lealtad de los Estados miembros como de las exigencias de eficacia recordadas en particular en el considerando 4 de la Directiva 2008/115, se deriva que la obligación impuesta a los Estados miembros por el artículo 8 de la citada Directiva de proceder a la expulsión, en los supuestos mencionados en el apartado 1 de ese artículo, debe cumplirse lo antes posible, concluyendo en el fundamento 35, que de ello se deriva que una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal no responde a las manifiestas exigencias impuestas por los artículos 6, apartado 1 , y 8, apartado 1, de la Directiva 2008/15."*

La alternativa a la expulsión no será la multa, que es medida inadecuada para el cumplimiento de los fines de la directiva retorno, lo que no quiere decir que la medida sancionadora de expulsión sea una solución expresada en términos absolutos e incondicionales, pues admite excepciones por aplicación de las previsiones del art. 6.4 y 5.1 de la referida directiva 2008/115. Así lo declara el TS en su referida sentencia de 12 de junio de 2018 cuando explica que *"Por otra parte y como se señala por la Sala en la sentencia recurrida, la expulsión en los supuestos de estancia irregular no constituye una regla de carácter absoluto sino que presenta excepciones o modulaciones, como es el caso del art. 6 de la citada Directiva, regula la llamada "decisión de retorno"*.

Esta construcción ha resultado trastocada de forma muy trascendente con ocasión del dictado de la sentencia del TJUE de 8 de octubre de 2020 (C-568/19), esta sentencia como conclusión más relevante niega efecto directo a la directiva retorno, pues el efecto directo vertical de las directivas opera de abajo arriba y no a la inversa, esto es, no puede ser invocado por las autoridades del Estado incumplidor contra los particulares, y por



Código:	OSEQR2BQURS4HK63ADPXPRW8Q52VLD	Fecha	20/12/2024
Firmado Por	CARLOS GARCÍA DE LA ROSA MARÍA TERESA GÓMEZ PASTOR MANUEL LÓPEZ AGULLO		
URL de verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	6/14



consiguiente impide su aplicación directa al caso en perjuicio del interesado, cuando existe una ley nacional que no puede interpretarse de conformidad con la directiva. En suma, descartado el efecto directo de la directiva retorno, no es viable aplicar el efecto del desplazamiento de la ley nacional incompatible, de manera que el órgano jurisdiccional nacional " *no podrá basarse directamente en dicha directiva...* ", y en su consecuencia " *no podrá adoptar una decisión de retorno .. y hacer cumplir esta cuando no existan circunstancias agravantes.* "

La STS de 17 de marzo de 2021 (rec. 2870/20) vino a arrojar luz sobre la cuestión tras este aparente giro de la jurisprudencia europea, y patrocinando una interpretación conforme al derecho de la Unión, que insiste en la imposibilidad de aplicar a los extranjeros en situación irregular la sanción de multa, pues no se ajusta a las exigencias del derecho comunitario, al tiempo que impone que la medida de expulsión se adopte tras un examen individualizado de la situación personal del extranjero en la que se haga referencia a las circunstancias de valoración adversa tradicionalmente consideradas por la jurisprudencia patria en aplicación del principio de proporcionalidad para justificar la medida de expulsión, la omisión total de esta valoración singular, cuando ni tan siquiera pueda inferirse del contenido del expediente administrativo, determinará la anulación de la resolución sancionadora de expulsión, y así resume el TS su doctrina sobre este particular en los siguientes términos:

"En relación con el alcance de la interpretación dada a la Directiva 2008/115/CE por la STJUE 8 Oct. 2020, asunto C-568/19, ha de entenderse:

Primero, que la situación de estancia irregular determina, en su caso, la decisión de expulsión y no cabe la posibilidad de sustitución por una sanción de multa.

Segundo, 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.

Tercero, que por tales circunstancias de agravación han de considerarse las que se han venido apreciando por la jurisprudencia en relación con la gravedad de la mera estancia irregular, bien sean de carácter subjetivo o de carácter objetivo, y que pueden comprender otras de análoga significación."

La STS de 16 de marzo de 2022 (rec. 6695/2020), deja declarado 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. Se reitera de este modo la doctrina de la STS 366/2021, de 17 Mar. No comparte la Sala Tercera del TS la reciente doctrina del TJUE establecida en su sentencia de 3 Marzo de 2022, en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 1 de Pontevedra, que parte de la interpretación del Derecho nacional proporcionada por el Juzgado, según la cual cuando no concurren circunstancias agravantes, cabe sancionar la situación irregular de



Código:	OSEQR2BQURS4HK63ADPXPRW8Q52VLD	Fecha	20/12/2024
Firmado Por	CARLOS GARCÍA DE LA ROSA MARÍA TERESA GÓMEZ PASTOR MANUEL LÓPEZ AGULLO		
URL de verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	7/14



los nacionales de terceros países en el territorio nacional con una multa que lleva aparejada una obligación de retorno, y, sucesivamente, con una orden de expulsión.

El reciente hito de la evolución jurisprudencial en la materia que constituye la STS de 18 de septiembre de 2023 (rec. 2251/21) contiene la siguiente doctrina casacional:

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

Segundo, que cuando la decisión consista en la imposición de una multa, la resolución administrativa que la imponga debe contener una orden de salida de cumplimiento voluntario que concrete el mandato contenido en el art. 28.3.c) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y en la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

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

Cuarto, que la expulsión, comprensiva de la decisión 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".

Para concluir de esta manera el debate en torno a la viabilidad imposición preferente de la sanción de multa en constaste con el derecho de la UE se razonó 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 concurran 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



Código:	OSEQR2BQURS4HK63ADPXPRW8Q52VLD	Fecha	20/12/2024
Firmado Por	CARLOS GARCÍA DE LA ROSA MARÍA TERESA GÓMEZ PASTOR MANUEL LÓPEZ AGULLO		
URL de verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	8/14



conurrencia 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 concurran 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...”

Sobre el juicio de proporcionalidad que permite descartar la aplicación de la preferente sanción de multa por la más gravosa sanción de expulsión se aclara que :

“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 nº 732/2023, de 5 de junio, rec 3424/2022, razona que los Tribunales, al revisar la resolución de expulsión, pueden revisar también el juicio de ponderación de las circunstancias que puedan justificar la orden de expulsión, conforme al material probatorio que obre en las actuaciones, tanto en el proceso como en su expediente, 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 (FJ3º).

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 n º 366/2021, de 17 de marzo, rec. 2870/2020, sino igualmente algunas otras que también han sido apreciadas por la jurisprudencia.

Ha de señalarse en primer lugar la de encontrarse el extranjero en situación irregular sin documentación alguna por la que pudiera ser identificado (sentencia de 27 de mayo de 2008). En relación con este supuesto, la STS nº 1247/2022, de 5 de octubre, rec. 270/2022,



Código:	OSEQR2BQURS4HK63ADPXPRW8Q52VLD	Fecha	20/12/2024
Firmado Por	CARLOS GARCÍA DE LA ROSA MARÍA TERESA GÓMEZ PASTOR MANUEL LÓPEZ AGULLO		
URL de verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	9/14



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

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



Código:	OSEQR2BQURS4HK63ADPXPRW8Q52VLD	Fecha	20/12/2024
Firmado Por	CARLOS GARCÍA DE LA ROSA MARÍA TERESA GÓMEZ PASTOR MANUEL LÓPEZ AGULLO		
URL de verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	10/14



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

Respecto de la carencia de domicilio conocido aparece meramente enumerada entre las posibles circunstancias agravatorias o negativas en la STS nº 750/2021, de 27 de mayo, rec. 1739/2020, y otras posteriores que transcriben o recogen su contenido - entre otras, SSTS nº 12/2022, de 12 de enero, rec. 7746/2020, nº 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 contra, la STS nº 252/2022, de 28 de febrero, rec. 7671/2020 -FD 7º- parece rechazar que constituyan circunstancias agravantes que pongan de manifiesto y justifiquen la proporcionalidad de la medida adoptada las de que la recurrente "(...) 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 nº 208/2022, de 18 de febrero, 5883/2020, y nº 528/2022, de 4 de mayo, rec. 3881/2021, que se remite a la anterior).

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

Finalmente, nuestra jurisprudencia ha señalado que las circunstancias previstas en los artículos 5 y 6.2 a 5 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



Código:	OSEQR2BQURS4HK63ADPXP RW8Q52VLD	Fecha	20/12/2024
Firmado Por	CARLOS GARCÍA DE LA ROSA MARÍA TERESA GÓMEZ PASTOR MANUEL LÓPEZ AGULLO		
URL de verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	11/14



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).”

Por último la STS de 30 de noviembre de 2023 (rec. 2380/22) hace hincapié en la necesidad de que la concurrencia de circunstancias agravantes que justifiquen la imposición de la sanción de expulsión en lugar de la preferente de multa, debe de quedar explicitada en la resolución administrativa, sin que corresponda a los tribunales completar esta motivación, pues su omisión en la resolución sancionadora de expulsión supone que no se tuvieron en cuenta circunstancias negativas de ningún tipo.

Esto implica para el asunto que nos ocupa, que al no figurar en la resolución administrativa motivos válidos determinantes de la adopción de la más gravosa sanción de expulsión, por referencia a la existencia de circunstancias de valoración adversas atribuibles al extranjero recurrente, luego que consta identificado por medio de pasaporte en vigor en el que figura el tiempo y lugar de entrada en territorio Schengen, concluimos que no se aprecian circunstancias desfavorables agravantes de la situación de estancia irregular por lo que la sanción de expulsión no está suficientemente motivada en cuanto a su proporcionalidad. La citada resolución de expulsión se anula por no ser conforme a derecho.

TERCERO.- La estimación del recurso de apelación determina que no se impongan las costas de esta segunda instancia a cargo de ninguna de las partes (art. 139.2 de LJCA).

Las costas de la primera instancia no se impondrán a cargo de ninguna de las partes al resultar serias dudas de derecho como revela la evolución jurisprudencial sobre la materia (art. 139.1 de LJCA)

Vistos los artículos citados y demás de aplicación.

FALLAMOS

Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de VELO BUDO revocando la sentencia recurrida de fecha 21 de febrero de 2023 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 8 de Málaga, y en su lugar se estima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución de expulsión de fecha 19 de octubre de 2021, que se anula por no ser conforme a derecho, sin expresa imposición de costas a cargo de ninguna de las partes en ninguna de las instancias.

Líbrese testimonio de esta Sentencia para su unión al rollo de apelación.

Contra esa sentencia cabe recurso de casación a preparar por escrito ante esta Sala en el



Código:	OSEQR2BQURS4HK63ADPXPRW8Q52VLD	Fecha	20/12/2024
Firmado Por	CARLOS GARCÍA DE LA ROSA MARÍA TERESA GÓMEZ PASTOR MANUEL LÓPEZ AGULLO		
URL de verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	12/14





plazo de treinta días a contar desde su notificación en los términos previstos en el art. 89.2 de LJCA.

Firme que sea remitase testimonio de la presente resolución al Juzgado de lo Contencioso Administrativo de procedencia para su ejecución.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí, el Secretario. Doy fe.-



Código:	OSEQR2BQURS4HK63ADPXPRW8Q52VLD	Fecha	20/12/2024
Firmado Por	CARLOS GARCÍA DE LA ROSA MARÍA TERESA GÓMEZ PASTOR MANUEL LÓPEZ AGULLO		
URL de verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	13/14



Código:	OSEQR2BQURS4HK63ADPXPRW8Q52VLD	Fecha	20/12/2024
Firmado Por	CARLOS GARCÍA DE LA ROSA		
	MARÍA TERESA GÓMEZ PASTOR		
	MANUEL LÓPEZ AGULLO		
	MARÍA INMACULADA NÚÑEZ PEDRAZA		
URL de verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	14/14