



Roj: **STS 3628/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3628**

Id Cendoj: **28079130052022100159**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **05/10/2022**

Nº de Recurso: **270/2022**

Nº de Resolución: **1247/2022**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **OCTAVIO JUAN HERRERO PINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 12063/2021,**
ATS 3848/2022,
STS 3628/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1.247/2022

Fecha de sentencia: 05/10/2022

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 270/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/10/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina

Procedencia: T.S.J.MADRID CON/AD SEC.10

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Sinforiano Rodriguez Herrero

Transcrito por: MSP

Nota:

R. CASACION núm.: 270/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Sinforiano Rodriguez Herrero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1247/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Octavio Juan Herrero Pina, presidente

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy



D.^a Inés Huerta Garicano

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

D. Fernando Román García

En Madrid, a 5 de octubre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 270/2022, interpuesto por don Valeriano, representado por el procurador don Antonio Nicolás Vallellano y defendido por la letrada doña Rosa María Sanz Carrasco, contra la sentencia de 4 de noviembre de 2021, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, desestimando el recurso de apelación 445/2021, interpuesto contra la sentencia de 4 de febrero de 2021, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 16 de Madrid en el procedimiento abreviado 40/2020, en el que se impugna la resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid de 12 de diciembre de 2019, que acordó la expulsión del recurrente del territorio nacional, con prohibición de entrada en España por un periodo de tres años, como autor de una infracción administrativa grave de estancia irregular en España tipificada en el artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. Interviene como recurrido el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la Administración del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 3 de julio de 2019 se acordó la iniciación de procedimiento preferente para la expulsión del recurrente, refiriendo como hechos que: "Que a las 09:15 horas del día 03-07-19, en AVENIDA000 NUM000, de esta Ciudad, ha sido detenido el ciudadano extranjero. Cédula de Identidad NUM001, Valeriano, hijo de Millán y de María Luisa, nacido el NUM002 -91 en DIRECCION000 (HONDURAS), con domicilio en C/ DIRECCION001 n.º NUM003 (Madrid), por Estancia irregular, no constando que el mismo sea titular de una autorización de residencia en vigor o que disponga de algún tipo de documento con el que pueda acreditar que se encuentre dentro del período de estancia.

Una vez consultado el Registro Central de Extranjeros de la Dirección General de la Policía, no consta el mismo sea titular de ningún permiso de residencia en vigor.

Dicho extranjero no sólo no dispone de autorización para residir en nuestro país, sino que además: Existe riesgo de incomparecencia, pues no ha acreditado de forma fehaciente que tenga domicilio fijo y estable, no temporal o de tránsito; al tiempo de la detención estaba indocumentado, no acreditando su identidad y filiación, ignorándose además cuándo y por dónde entró en territorio español; no ha acreditado de forma fehaciente que disponga de ingresos ni de medios económicos proporcionados por una actividad laboral o de otra naturaleza, para cubrir sus necesidades básicas; no ha acreditado de forma fehaciente convivencia con parientes de primer grado en situación legal en nuestro país.

Formuladas alegaciones por el representante del interesado se dictó la resolución impugnada de 12 de diciembre de 2019, por la que acuerda su expulsión del territorio nacional; con la consiguiente prohibición de entrada en España por un periodo de 3 años, a contar desde la fecha en que se lleve a efecto, en razón de los siguientes hechos:

"1- De las actuaciones practicadas que obran en el expediente, consta que por sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 2 de Toledo, ha sido condenado como autor de un delito de falsedad en documento público, a la pena de seis meses de prisión.

2.- En fecha 03/07/2019 se acordó la incoación del oportuno procedimiento sancionador de carácter preferente conforme a lo dispuesto en el art. 63 de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y en los artículos 216 y siguientes del Reglamento de la referida Ley Orgánica aprobado por R.D. 557/2011 de 20 de abril, dándose traslado de la propuesta de resolución para que alegase lo que considerase adecuado practicándose de oficio, las actuaciones que se consideraron necesarias para el examen de los hechos, recabando los datos e informaciones relevantes para determinar la existencia de responsabilidades susceptibles de sanción.

3.- En el plazo concedido al efecto se ha presentado escrito de alegaciones, sin que las manifestaciones contenidas en el mismo, desvirtúen los hechos imputados, pues además de la condena referida, consta en el expediente diferentes detenciones policiales por su participación en otros hechos delictivos, maltrato en el ámbito familiar y otros. Igualmente por esta medida de expulsión no está prevista sanción económica, sino únicamente expulsión."



Interpuesto recurso contencioso-administrativo, se dictó sentencia desestimatoria de 4 de febrero de 2021 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 16 de Madrid, en el procedimiento abreviado 40/2020, en la que, tras rechazar la alegación de caducidad del expediente, se examina la cuestión atendiendo a la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015, y la aplicación que de dicha doctrina efectuó este Tribunal Supremo en sentencia de 12 de junio de 2018 y otras posteriores; analiza la incidencia que en tal doctrina pudiera tener la STJUE de 8 de octubre de 2020, según sentencias dictadas al respecto por el TSJ de Madrid y razona la desestimación del recurso en los siguientes términos:

"Dicho esto, conforme a la anterior doctrina, que compartimos, no cabe más que concluir que en los casos de estancia irregular en España de nacionales de terceros países, la Administración viene obligada a decretar su expulsión del territorio nacional y retorno a su país de origen. Ahora bien, existen dos excepciones a esta regla general:

En primer lugar, salvo que, concurran en el interesado alguna de las circunstancias recogidas en los apartados 2 a 5 del art. 6 de la Directiva 2008/115 -ser titular de un permiso de residencia válido u otra autorización que otorgue un derecho de estancia expedido por otro Estado miembro, que otro Estado miembro se haga cargo del mencionado nacional en virtud de acuerdos o convenios bilaterales vigentes, que se conceda un permiso de residencia autónomo u otra autorización que otorgue un derecho de estancia por razones humanitarias o de otro tipo o que tenga pendiente un procedimiento de renovación del permiso de residencia u otra autorización que otorgue el derecho de estancia.

Pues bien, al respecto de esta excepción, no consta que el recurrente sea titular de autorización alguna ni que se encuentre en trámites de regularización. Según se desprende del expediente administrativo, consultado el servicio informático del Registro Central de Extranjeros no le consta ningún trámite o residencia. Por tanto, carece de autorización que justifique su estancia en España.

Y, en segundo lugar, salvo que deba prevalecer el interés superior del niño o de la vida familiar...

Pues bien, respecto de esta cuestión, nos encontramos, de un lado, con que en el escrito de demanda se alega que el actor "esta empadronado y tiene domicilio conocido en la calle DIRECCION001 n° NUM003, de DIRECCION002, donde puede ser localizado en todo momento para cualquier actuación relacionada con su procedimiento sancionador.

Se indica que "En Madrid vive con su madre, María Luisa, y sus hermanos, Carla, Jose Ramón y Crescencia, las tres en situación de residencia legal en España, por lo que considera que cabe afirmar que tiene arraigo en nuestro país.

En el escrito de alegaciones presentado en contestación al acuerdo de inicio del procedimiento de expulsión, se alegaba por el actor que residía en España junto con su mujer y su hija menor de edad y aportaba, a efectos acreditativos, junto con su pasaporte, volante de empadronamiento individual en el que aparece Encarna empadronada en la CALLE000 NUM004 de DIRECCION002, desde 11 de octubre de 2018 y un escrito de una Trabajadora social en el que se indica que Evangelina convive con su hija Encarna. Se aportó también el acta de nacimiento de la menor en Honduras en la que consta que es hija del actor y de doña Evangelina.

Pues bien, de la documentación aportada debe concluirse que no concurren las circunstancias exigidas -interés superior del niño y de la vida familiar-, por cuanto no se acredita, si quiera, que conviva con su hija. En estas circunstancias, debe concluirse que el actor carece de arraigo familiar y las circunstancias esgrimidas en el escrito de demanda y acreditadas por la documentación aportada no resultan suficientes para desvirtuar tal conclusión.

En definitiva, la permanencia ilegal del actor en territorio nacional unido al hecho de que no consta que exista un interés superior digno de protección, todo ello permite concluir que la sanción de expulsión es plenamente proporcionada a las circunstancias del caso."

Interpuesto recurso de apelación, se dictó la sentencia desestimatoria aquí recurrida de 4 de noviembre de 2021, en la que se examina la evolución jurisprudencial sobre la materia, hasta la sentencia de este Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2021 (rec. 2870/2020), y en aplicación de tal jurisprudencia razona la desestimación del recurso en los siguientes términos:

"Siendo la proporcionalidad de la expulsión el núcleo esencial de la cuestión a debatir, y puesto que, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2021, la orden de expulsión requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal, que valore de manera individualizada las circunstancias de cada caso, en la medida en que aparezcan claramente constatadas, y los derechos afectados por la decisión, es preciso tener en consideración que del expediente y de los autos resultan los siguientes hechos:



El recurrente y ahora apelante Jose Ramón fue detenido el 9 de julio de 2019 en DIRECCION003 por infracción de **extranjería**, el mismo se identificó presentando una cédula de identificación hondureña.

Al formular alegaciones por el Letrado, el mismo aportó una fotocopia incompleta de su pasaporte, únicamente aportó la página biográfica del mismo, sin presentar la página en la que constaba el sello de entrada. También aportó una hoja de empadronamiento en la localidad de DIRECCION002 de su hija Leonor, y un escrito de un Trabajador Social fechado el 24 de agosto de 2018, referido a esta menor y su madre. En la hoja de empadronamiento y en el escrito del trabajador social no se expresa que la madre de la menor y esta convivan en el mismo domicilio que el apelante.

Habiéndose acreditado que no tiene pendiente de resolver ninguna solicitud de residencia o trabajo, reseñando la resolución recurrida que tampoco ha acreditado especial arraigo en nuestro país, extremo que, por otra parte, con total acierto reseña la sentencia apelada. En la demanda no expresó circunstancia alguna de su hija, si bien indicó que en Madrid vivían su madre y tres de sus hermanos quienes se encontraban en situación regular en España (folio 16 de los autos).

No nos ha acreditado a que actividad se dedica. No pretende la Sala que se aporten pruebas directas de su actividad laboral, pues es evidente que la situación de irregularidad administrativa impide la existencia de un contrato y alta en la Seguridad Social, pero, al menos nos podía aportar unos movimientos bancarios que justificasen unos ingresos de los que inferir, indirectamente, la existencia de una actividad laboral, que nos permitiría inferir una actividad laboral, aun informal, pero remunerada.

Por lo que, estando el recurrente en situación irregular en España, tal y como se admite, no se acredita circunstancia alguna que pueda operar como excepción a la expulsión conforme al art. 5 de la Directiva 2008/115/CE. Ante esta ausencia de acreditación, cuya carga correspondía al actor, no nos cabe más que considerar acertada tanto la decisión administrativa como la de la Magistrado de instancia, que ponderó minuciosa y adecuadamente las circunstancias concurrentes, sin que quepa, como ya se ha razonado más arriba, sustituir la expulsión por la sanción de multa, pues como decimos, no se ha acreditado, si quiera sea de un modo mínimo, la existencia de un principio de "vida familiar" que pueda ser amparado, al amparo de lo previsto en el art. 5 de la Directiva 2008/115/CE. Empero, si nos consta que en el momento de su detención el recurrente se encontraba indocumentado, lo cual, como hemos analizado arriba, es elemento suficiente por sí solo, puesto que la documentación posterior en las alegaciones no sana este defecto, al aportarse un pasaporte incompleto (carente de sello de entrada). Este elemento negativo (la Sala prefiere utilizar ese nombre al de agravantes) debe de ser tenido en cuenta y, nos conducen, como concluyó la sentencia de instancia a la desestimación del recurso, y la consiguiente desestimación de la apelación. Por otro lado, en el acto administrativo se alude a una condena por un delito de falsedad y diversas detenciones por violencia doméstica, de los que da buena cuenta el fundamento 4º de la sentencia apelada (folio 6 de la misma), sin que por la parte se haya propuesto prueba al respecto para desvirtuar tal extremo, bastaba haber interesado del Juzgado se recabase una hoja histórico penal del apelante y de la DGP la lista de reseñas en las que se estaba implicado."

Por otra parte y en relación con la alegación del interesado sobre su condición de padre de una menor, la Sala de apelación examina la existencia de vida familiar a tenor del art. 5 de la Directiva 2008/115/CE, relativo al principio de no devolución por el interés superior del niño y la vida familiar, y concluye que: "atendidos los elementos probatorios aportados al expediente administrativo y a los autos el apelante no ha cumplido con la carga de justificar su vida familiar en España en los términos antes definidos.

No basta la mera aportación de una partida de nacimiento- como aquí se hizo; no en la demanda, sino en las alegaciones previas por un letrado distinto del actuante en este proceso, lo cual nos parece extremadamente llamativo, toda vez que en la demanda el apelante solo se refiere a su madre y a sus tres hermanos-, es necesario que se acredite la convivencia, o, alternativamente el cumplimiento de las obligaciones paternofiliales, singularmente la de alimentos. En el caso de autos, se ha aportado un volante de empadronamiento de empadronamiento de la menor en un domicilio distinto del apelante, lo cual no nos permite inferir esa convivencia y vida familiar que, como excepción, se puede aplicar en los supuestos de expulsión.

En efecto, la mera presencia en nuestro país de la hija del apelado menor de edad y su madre, no supone por sí sola, causa de exclusión de la expulsión cuando tampoco se acredita el cumplimiento por su parte de los deberes asistenciales, personales y económicos, inherentes a la patria potestad, como es el caso, faltan elementos adicionales de prueba que justifiquen suficientemente la vida familiar efectiva entre ambos, extremo del que está huérfano este procedimiento.

Así las cosas, en defecto de pruebas concluyentes, no es posible afirmar que existe una situación familiar excluyente de la expulsión al amparo del artículo 5 de la Directiva 2008/115/CE, ni que la decisión



administrativa haya vulnerado los artículos 10, 18 y 39 de la Constitución Española, los artículos 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como tampoco que la expulsión comporte peligro de desmembración de la familia, ni riesgo para el efecto útil de la ciudadanía europea de la menor, ya que no es presumible que se vea obligado a acompañar al recurrente a su país de origen."

SEGUNDO.- Una vez notificada la sentencia, por la representación procesal de don Valeriano se presentó escrito de preparación de recurso de casación, en los términos previstos en el art. 89 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, que se tuvo por preparado por auto de 30 de diciembre de 2021, ordenando el emplazamiento de las partes ante esta Sala de Tribunal Supremo, con remisión de los autos y del expediente administrativo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes, por la Sección Primera de esta Sala se dictó auto de 23 de marzo de 2022 admitiendo el recurso de casación preparado, al apreciar interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia y declarando que la cuestión planteada en el recurso, que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, consiste en: "en precisar, completar o matizar las STS 366/2021, 17 de Marzo; y STS 2339/2021, de 21 de mayo, a fin de determinar si la cita genérica de la existencia de condena penal o de antecedentes policiales, es circunstancia agravante que permita cumplir con el presupuesto de proporcionalidad de la expulsión del territorio nacional en el sentido fijado por las mismas."

Se identifican como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación, los artículos 53.1.a), 55.1.b) y 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000, ello sin perjuicio de que la Sala de enjuiciamiento pueda extenderse a otras, si así lo exigiese el debate procesal finalmente trabado (art. 90.4 LJCA).

CUARTO.- Abierto el trámite de interposición del recurso, se presentó el correspondiente escrito, con exposición razonada de las infracciones que denuncia y precisando el sentido de las pretensiones que deduce, solicitando que, estimando íntegramente este recurso, se case la sentencia recurrida.

QUINTO.- Dado traslado para oposición a la parte recurrida, se presentó escrito por el Abogado del Estado argumentando en contra del planteamiento del recurso y solicitando su desestimación y que se confirme la sentencia impugnada, declarando en su caso la interpretación jurisprudencial que considere conveniente, sin perjuicio de las facultades ex 93 LRJCA.

SEXTO.- Por providencia de 8 de julio de 2022, no considerándose necesaria la celebración de vista, se señaló para votación y fallo el día 4 de octubre de 2022, fecha en la tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el escrito de interposición el recurrente alega infracción del principio constitucional de proporcionalidad en la determinación de la sanción imponible (ex artículo 47.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre) y de los artículos 53.1.a), 55.1.b), 55.3 y 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000, en su redacción dada por la Ley Orgánica 2/2009, así como la doctrina jurisprudencial que interpreta tales preceptos, contenida en las SSTS 366/2021, de 17 de marzo, y 750/2021, de 27 de mayo, al no resultar procedente la imposición de la sanción de expulsión por no concurrir en el recurrente circunstancia negativa alguna aparte de la mera situación de su estancia irregular en España.

A tal efecto señala: en primer lugar, que no puede alegarse por los órganos judiciales una circunstancia negativa (no acreditación de la fecha de entrada en España) que la Administración no tuvo en cuenta por conocer precisamente la fecha de entrada en España al obrar en poder de las autoridades policiales el pasaporte, en una de cuyas páginas figuraba precisamente estampillado el sello de entrada en España; en segundo lugar, que de acuerdo con la jurisprudencia sentada por la STS de 17 de marzo de 2021 (RCA 2870/2020), no le corresponde a ningún extranjero en situación irregular, para evitar la sanción de expulsión, acreditar a qué actividad se dedica, ni unos movimientos bancarios que justifiquen unos ingresos ni tampoco acreditar que tenga un especial arraigo o "vida familiar" en nuestro país; en tercer lugar, que no consta en el expediente administrativo remitido la referencia concreta a esa "condena por un delito de falsedad" ni se aportó por la Administración una hoja histórica de antecedentes penales del recurrente, el cual no tenía ni tiene obligación alguna de probar su inocencia ni de solicitar tal hoja histórico penal en su descargo lo que supone una flagrante vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia y una inaceptable inversión de la carga de la prueba; era a la Administración a la que le correspondía probar la existencia de la "condena por un delito de falsedad", con referencia concreta a la fecha de la sentencia del Juzgado sentenciador, del procedimiento en que se dictó y, en su caso, de la ejecutoria, sin que le correspondiese al recurrente prueba alguna de descargo; por otra parte, añade que la mera detención policial de un extranjero en el marco de la presunta comisión de un delito no constituye una circunstancia negativa o agravante que justifique la imposición de la sanción de expulsión



del territorio nacional ni puede llegarse a tal conclusión sobre la base de la enumeración *ad exemplum* que efectúa la STS de 17 de marzo de 2021 por su remisión a los criterios establecidos en la Instrucción 11/2020, de 23 de octubre, de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, de la Dirección General de la Policía, del Ministerio del Interior. Y ello es así porque existe jurisprudencia clara y rotunda en la que se viene a afirmar con carácter de "*ratio decidendi*" que la mera detención o la existencia de antecedentes policiales de un extranjero en situación irregular no constituye el plus peyorativo que justifique su expulsión del territorio español, pues ello supondría también una vulneración de su derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE, invocando al efecto la jurisprudencia según la cual, "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", por lo que entiende el recurrente que, proyectada dicha jurisprudencia al caso concreto, resulta que no consta en el expediente administrativo remitido, ni la Administración se ha encargado de acreditarlo en la fase probatoria, la suerte judicial que corrieron las supuestas detenciones policiales a las que se refiere la resolución de expulsión de la Delegación de Gobierno en Madrid de 12 de diciembre de 2019.

Entiende por todo ello, que no concurría en el recurrente, nacional de Honduras, ninguna circunstancia personal agravante aparte de la mera situación de estancia irregular en territorio español, ya que se hallaba en posesión de un pasaporte válido y en vigor, que obraba en poder de las autoridades policiales al haberlo retenido como medida cautelar para asegurar la ejecución de la expulsión (cfr. artículo 61.1.c) LOEx), como así efectivamente tuvo lugar; acreditó haber entrado en España por un puesto fronterizo habilitado al efecto, constando estampillado en su pasaporte el sello de entrada en España, lo que nunca puso en duda la Administración; disponía de trabajo y de domicilio conocido en la localidad de DIRECCION002 donde se encontraba empadronado; carecía de antecedentes policiales y penales, tanto en España como en su país de origen, no habiendo demostrado la Administración lo contrario; y en Madrid tenía familiares directos en situación de residencia legal en España (su madre, María Luisa, y sus hermanas, Carla y Crescencia).

Concluye señalando que lo procedente es la anulación de la sanción de expulsión, y no la imposición de una mera multa, incluso tras la STJUE de 3 de marzo de 2022 (asunto C-409/20, UN y Subdelegación del Gobierno en Pontevedra), como así ha declarado la reciente STS 337/2022, de 16 de marzo de 2022 (recurso casación 6695/2020), que reitera la aplicación de la doctrina jurisprudencial contenida en la STS de 17 de marzo de 2021.

Por su parte, el Abogado del Estado entiende que la sentencia recurrida se ajusta a la jurisprudencia y que si bien puede apreciarse una cierta confusión en el orden expositivo que sigue, en el fundamento 6º, que transcribe, expresa con claridad la fundamentación de la desestimación de la apelación y la confirmación de la resolución administrativa de expulsión de extranjero, concluyendo que la sentencia de instancia, en apreciación de hechos probados ha considerado que existían circunstancias de agravación suficientes para la resolución de expulsión, singularmente el déficit de documentación del interesado, y que la sentencia no cuestiona ni deja de aplicar la doctrina TS sobre acreditación de precedentes penales o policiales porque sólo menciona estos antecedentes como circunstancia de abundamiento incluida en la resolución de expulsión, pero no le da valor trascendente para la expulsión.

Y en razón de sus alegaciones, termina señalando que las respuestas jurisprudenciales a las cuestiones planteadas podrían ser:

a) Puede reiterarse la doctrina jurisprudencial sobre necesidad de acreditar por la Administración Pública los antecedentes penales o policiales que se invoquen como motivo para la expulsión del extranjero (circunstancias agravantes) pero especificando que, aún cuando figure en el Auto de admisión TS, esta cuestión no requiere particular corrección de la sentencia de apelación del TSJM porque el TSJM no la cuestiona.

b) Puede establecerse que los factores o circunstancias de abundamiento que no se consideren motivo suficiente para agravamiento de expulsión, no se mencionen ni consideren por el órgano judicial que conoce del caso pero no lo consideramos procedente porque supondría coartar la libertad de apreciación y expresión del órgano judicial que debe incluir todos los factores, principales, secundarios y meramente accidentales que le llevan a confirmar (o a no confirmar) la resolución administrativa de exclusión.

c) Puede, en fin, entrar a valorar si la circunstancia principal apreciada por la Sala TSJM, el déficit sustancial de documentación, concurre aquí, pero tampoco lo consideramos procedente porque la valoración efectuada por el TSJM entra dentro de sus facultades de valoración de hechos probados y la doctrina de anteriores STS han considerado que sí es motivo suficiente para la expulsión.

d) Puede, en fin, establecer que el déficit de documentación, el ir o estar indocumentado, no es, en abstracto, motivo para la expulsión (modificando así la doctrina de anteriores STS, cambiando su doctrina) pero tampoco



lo consideramos procedente porque verdaderamente el no saber cómo ni dónde ha entrado una persona en territorio nacional o no contar con la identificación por pasaporte es un motivo grave que debe fundar la expulsión (siempre, claro está, que pueda determinarse a donde puede expulsarse la persona que ha entrado en el país en esta forma).

En todo caso, y sin perjuicio de la doctrina que pueda establecer la Excmá Sala consideramos que el recurso de casación deberá desestimarse.

SEGUNDO.- Así planteado el recurso, se observa que la cuestión de interés casacional que se suscita en el auto de admisión del recurso, consistente en determinar si la cita genérica de la existencia de condena penal o de antecedentes policiales, es circunstancia agravante que permita cumplir con el presupuesto de proporcionalidad de la expulsión del territorio nacional en el sentido fijado por las STS 366/2021, 17 de Marzo; y STS 2339/2021, de 21 de mayo, parte de la doctrina establecida en las mismas sobre la expulsión por estancia irregular en España, que responde a la evolución jurisprudencial sobre la materia y que conviene reproducir, por cuanto es la adecuada aplicación de la misma la que constituye el objeto de este recurso.

Pues bien, la jurisprudencia de este Tribunal viene establecida ampliamente en sentencia de 17 de marzo de 2021 (rec. 2870/20) y reproducida de manera sintética en la sentencia de 27 de mayo de 2021 (rec. 1739/20) y otras posteriores, pronunciándose esta última en los siguientes términos:

<<[...] sobre esta cuestión hemos tenido ocasión de pronunciarnos recientemente en nuestra sentencia de 17 de marzo de 2021, rec. 2870/2020, en la que se da una completa respuesta a la misma y a cuyos pormenorizados razonamientos debemos remitirnos, destacando aquí solamente, en una muy apretada síntesis, los aspectos sustanciales de su argumentación -que deben ser necesariamente completados con cuanto allí más detalladamente explicábamos-.

A) .- Parte la sentencia (FJ 2º) de una exposición del panorama jurisprudencial existente en la interpretación del art. 57.1 LOEx, marcado por los siguientes pronunciamientos sustanciales, tanto del TJUE como de este Tribunal Supremo:

a). - Se refleja, en primer término, la interpretación que había efectuado este Tribunal Supremo en relación con la dualidad alternativa de sanciones, multa-expulsión, que la LOEx (art. 57.1) preveía respecto de la situación de estancia irregular, considerada por el legislador como infracción administrativa grave (art. 53.1.a), interpretación que había sido acuñada por esta Sala antes de que se aprobara la Directiva 2008/115.

Conforme a esta jurisprudencia, este Tribunal Supremo había declarado reiteradamente que "E[en] el sistema de la Ley la sanción principal es la de multa, pues así se deduce de su artículo 55-1 y de la propia literalidad de su artículo 57-1, a cuyo tenor, y en los casos, (entre otros) de permanencia ilegal, "podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio nacional". [...] En cuanto sanción más grave y secundaria, la expulsión requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal, ya que ésta es castigada simplemente, como hemos visto, con multa. Según lo que dispone el artículo 55-3, (que alude a la graduación de las sanciones, pero que ha de entenderse que resulta aplicable también para elegir entre multa y expulsión), la Administración ha de especificar, si impone la expulsión, cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y, en general, añadimos nosotros, cuáles son las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la expulsión y prohibición de entrada, que es una sanción más grave que la de multa." (sentencia de 4 de octubre de 2007, dictada en el recurso de casación 8953/2003; ECLI:ES:TS:2007:6679, entre otras que podrían citarse de la misma época).

Entre estas circunstancias agravatorias o negativas que podían justificar la opción por la expulsión en lugar de la multa, se destacaron, entre otras de análoga significación, la indocumentación, el carecer de domicilio conocido, desconocerse cuándo y por dónde se entró en territorio español, tener antecedentes penales, haber incumplido una obligación de salida previa, y otras similares.

b).- En esa situación se aprueba la Directiva 2008/115, conforme a la cual, como regla general y sin perjuicio de las excepciones que se contemplan, debe dictarse una decisión de retorno a todo ciudadano de un tercer Estado que se encuentre en territorio de la Unión en situación irregular, dando oportunidad de una salida voluntaria o, en su defecto, se acordará su expulsión de manera forzosa.

c).- El TJUE, en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por la Sala del País Vasco sobre la compatibilidad con esta Directiva de la alternativa multa-expulsión prevista por la legislación española para la situación de estancia irregular, dice lo siguiente en su sentencia de 23 de abril de 2015 (EU:C:2015:260) –en adelante 2015/260--:

"La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros

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

En congruencia con esta sentencia del TJUE se dictó por esta Sala la sentencia de 12 de junio de 2018, rec. 2958/2017, en la que se concluye que, en los supuestos de estancia irregular, lo procedente es decretar la expulsión del extranjero, salvo que concurra alguno de los supuestos de excepción previstos en los apartados 2 a 5 del art. 6 de la Directiva de retorno o, en su caso, de los supuestos del art. 5 que propicien la aplicación del principio de no devolución, sin que dicha decisión de expulsión pueda sustituirse por la sanción de multa.

d).- Y a continuación, en respuesta a otra cuestión prejudicial planteada, esta vez, por la Sala de Castilla-La Mancha sobre el alcance del efecto directo en relación con la aplicación de la Directiva 2008/115, responde el TJUE en su sentencia de 8 de octubre de 2020 (ECLI:EU:C:2020:807), asunto C-568/19 (en adelante, 2020/807) –que es a la que se hace referencia en el auto de admisión del presente recurso de casación– que "La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, debe interpretarse en el sentido de que, cuando la normativa nacional, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de un Estado miembro, imponga, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, teniendo en cuenta que la segunda medida solo puede adoptarse si existen circunstancias agravantes en la persona de dichos nacionales, adicionales a su situación irregular, la autoridad nacional competente no podrá basarse directamente en lo dispuesto en la Directiva para adoptar una decisión de retorno y hacer cumplir dicha decisión aun cuando no existan circunstancias agravantes."

B).- Expuesto el panorama jurisprudencial al que esquemáticamente hemos aludido, se adentra nuestra sentencia de 17 de marzo de 2021 (FJ 3º), en la incidencia de esta nueva sentencia del TJUE en nuestro derecho interno, indagándose, asimismo -como obligaba su fundamento 36-, "una interpretación del artículo 57 conforme a la Directiva, con el límite que comporta la inaplicación del precepto nacional, que confiere una posición más favorable a los ciudadanos extranjeros en situación irregular en nuestro País y, por tanto, no puede obviarse con la aplicación directa de la norma comunitaria".

a).- Y en esta tarea, tras abundar en el principio de interpretación conforme, su alcance y límites, se alcanza una primera conclusión:

"que el artículo 57.1º de la LOEX solo puede interpretarse en el sentido de considerar que la estancia irregular de un extranjero en España, solo puede ser "sancionada" con expulsión. Bien claro ha establecido el Tribunal de Justicia en las dos sentencias referidas, que una "sanción" de multa, que excluye la expulsión, es contrario a la Directiva. Ello supone que debe rechazarse, en la opción que se contiene en el precepto, la posibilidad de la sanción de multa, que no procede en ningún caso.

Esa primera conclusión requiere una mayor explicación. En primer lugar, que al suponer un efecto favorable de la Directiva para los ciudadanos, debe ser de aplicación directa.

(...) y en segundo lugar, no es admisible interpretar el artículo 57.1º en el sentido de poder aplicar la pretendida opción de multa o expulsión al extranjero en situación irregular, porque; o procede su expulsión o la acción debe quedar al margen del ámbito sancionador, en el criterio que establece el mencionado precepto. La sanción de multa a la estancia irregular es una opción que ya la Directiva 2008/115 excluye de manera taxativa y lo vino a declarar de manera concreta la sentencia del TJUE de 2015; porque para la norma comunitaria, y al margen de consideraciones punitivas, la finalidad es la salida de todos aquellos extranjeros que se encuentren de manera irregular en alguno de los Estados de la Unión, lo cual es contrario a la posibilidad de imponer una sanción de multa sin dicha salida"

b).- Una vez alcanzada esa primera conclusión que rechaza la posibilidad de imponer la sanción de multa a la situación de estancia irregular -pronunciamiento que deriva de la STJUE de 23 de abril de 2015, contenido, asimismo, en nuestra sentencia de 12 de junio de 2018, y que no se ve alterado por la STJUE de 8 de octubre de 2020-, indaga nuestra sentencia cuándo la situación de estancia irregular exige dictar la orden de expulsión, abordando aquí las exigencias individualizadoras y causalizadoras que derivan del principio de proporcionalidad, que se encuentra consagrado tanto en el derecho interno como en el derecho de la Unión, aunque ceñido ya, en exclusiva, a la propia decisión de expulsión.

Destaca, a este respecto, que la propia Directiva en sus considerandos rechaza cualquier automatismo en la adopción de la decisión de expulsión y exige que la decisión de retorno se adopte de manera individualizada; se refiere al principio de proporcionalidad y a su interpretación por la jurisprudencia del TJUE, y afirma que



"conforme a la jurisprudencia comunitaria es el juicio de proporcionalidad el que (ha de) determinar, en función de los factores añadidos a la mera estancia irregular, cuándo procede dictar una decisión de retorno. En esa interpretación, en nuestro artículo 57.1º el principio de proporcionalidad ha de aplicarse ya para determinar cuándo la estancia irregular pueda o no dar lugar a la expulsión, única medida ya posible".

Y entiende que todo ello nos conduce a la necesidad de motivación de cualquier decisión de expulsión:

"La motivación de los actos administrativos ha sido siempre una exigencia tradicional en nuestro Derecho --en la actualidad, en el artículo 35 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas-- y constituye una exigencia reforzada conforme a la jurisprudencia comunitaria, a la hora de establecer los criterios de la aplicación de la normativa sobre **extranjería** en general, precisamente por la necesidad, como antes hemos visto en esta concreta materia regulada en la Directiva 2008/115, de individualizar las medidas que se imponen. De esa garantía de los ciudadanos se hace un exhaustivo estudio en nuestra sentencia 321/2020, de 4 de mayo, dictada en el recurso de casación 5364/2018 (ECLI:ES:TS:2020:753), tomando en consideración los criterios que al respecto se han establecido por este Tribunal Supremo, nuestro Tribunal Constitucional, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; que debe traerse a este debate a los efectos de poder concretar la necesidad de individualizar las condiciones que deben determinar, de conformidad con la interpretación que se ha concluido del artículo 57.1º, la orden de expulsión. Especial consideración merece la exigencia que impone la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, que se reseña en dicha sentencia, sobre el alcance de la motivación de los resoluciones administrativas que, en la medida que afecta a derechos de indudable relevancia de los ciudadanos, deja ya de ser un importante requisito formal de los actos administrativos, para integrarse en una exigencia constitucional, en cuanto las decisiones que se adoptan afectan a derechos fundamentales de las personas, como sucede en el caso que examinamos. Ello da idea de la necesidad de la motivación de las decisiones administrativas, que constituye la garantía de que la decisión de retorno deba adoptarse de manera individualizada, valorando todos los derechos afectados por esa decisión, exigencia que no comporta sino aplicar el principio de proporcionalidad que se impone tanto por la Directiva como por nuestro Derecho interno.

Sentado lo anterior, somos conscientes de la dificultad que comporta determinar una casuística sobre cuándo, conforme a la interpretación del artículo 57.1º de la LOEX, de acuerdo con las exigencias de la Directiva y la necesidad de la concurrencia de factores o circunstancias añadidas a la estancia irregular, procede dictar una orden de expulsión. Será la motivación y el examen de las circunstancias que concurren en cada caso cuando podrá justificarse, conforme al principio de proporcionalidad, dicha decisión de retorno. No obstante, es lo cierto que a esos efectos son aprovechables los pronunciamientos de este Tribunal Supremo, para cuando interpretó el mencionado precepto antes de la aprobación de la Directiva y era necesario, en base al principio de proporcionalidad --que no se dudaba era el que debía regir aunque aún no estaba añadido en el precepto formalmente--; en relación a la posibilidad de adoptar la Administración una orden de expulsión. Esa jurisprudencia es aprovechable en el sentido de que ahora el debate no es ya la posibilidad de esa opción originaria del precepto, sino para justificar, en base al principio de proporcionalidad, cuando procede decretar la expulsión."

[...] Y tras estos razonamientos, que en una muy apretada síntesis hemos reflejado, responde la sentencia (FJ 4º) a la cuestión que nos planteaba el auto de admisión, sentando dos conclusiones sustanciales:

1.- Incompatibilidad con la Directiva de retorno de la alternativa multa-expulsión.

Tras la STJUE de 23 de abril de 2015 y, en consonancia con la misma, la STS de 12 de junio de 2018, se pone de manifiesto "la existencia de una norma de derecho interno incompatible con la Directiva, en cuanto permite eludir la única respuesta de retorno, prevista para la situación de estancia irregular, mediante la imposición de una sanción de multa, incompatibilidad de la norma interna que, ya sea debida a su preexistencia a la Directiva o consecuencia de una deficiente transposición por el Estado miembro, no puede desconocerse por el juzgador en su función de interpretación del ordenamiento jurídico y elección de la norma aplicable.

Esta interpretación de la Directiva y resolución de la indicada controversia se mantiene en la sentencia 2020/807, que se refiere a la misma en sus apartados 30 y 31, de manera que se excluye la posibilidad de eludir la expulsión, que en nuestra normativa comprenden la decisión de retorno y su ejecución, mediante la imposición de una sanción sustitutiva de multa.

Todo ello permite responder, en un primer aspecto, a la cuestión de interés casacional suscitada en el auto de admisión del recurso, 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, sin que tal conclusión resulte alterada por la sentencia 2020/807."

2.- Necesidad de motivar e individualizar conforme al principio de proporcionalidad toda decisión de expulsión.



"... una vez determinada la norma aplicable, en este caso la expulsión, se plantea la controversia en cuanto a los términos de su aplicación individualizada a los interesados, cuando, como sucede en este caso, la norma interna se pronuncia en unos términos más beneficiosos para el interesado, en cuanto supedita la adopción de la decisión de expulsión a la concurrencia de circunstancias agravantes como justificación de la proporcionalidad de la medida.

Pues bien, es a esta concreta controversia a la que responde la sentencia del Tribunal de Justicia 2020/807, invocando su reiterada jurisprudencia en el sentido de que las directivas no pueden, por sí solas, crear obligaciones a cargo de los particulares, pues los Estados miembros no pueden invocar las disposiciones de la directivas, en su calidad de tales, contra dichas personas, lo que le conduce a la conclusión de que "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".

Ello nos permite completar la respuesta a la cuestión suscitada en el auto de admisión en el sentido de que, de acuerdo con nuestro derecho interno, la expulsión, comprensiva de la decisión de retorno y su ejecución, exige la valoración y apreciación de circunstancias agravantes que pongan de manifiesto y justifiquen la proporcionalidad de la medida adoptada en cada caso, circunstancias agravantes a las que se ha hecho referencia, como criterio meramente orientativo, en el anterior fundamento, que pueden comprender otras de análoga significación. En el bien entendido que, conforme a la jurisprudencia del TJUE, la decisión de retorno y su ejecución no se produce de manera automática, sino que es preciso seguir un procedimiento justo en el que se dé intervención al interesado y se valoren de manera completa y adecuada las circunstancias personales y familiares del interesado y las condiciones en que se va a materializar el retorno."

Y como corolario de todo lo anterior se llega a la síntesis final que se expresó en nuestra sentencia en estos términos:

"Por todo ello y respondiendo a la cuestión de interés casacional suscitada en el auto de admisión del recurso, en relación con el alcance de la sentencia del TJUE 2020/807, 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 a la gravedad de la mera estancia irregular, bien sean de carácter subjetivo o de carácter objetivo, y que pueden comprender otras de análoga significación.">>

Por otra parte, dictada por el TJUE la sentencia de 3 de marzo de 2022, asunto 409/2020, se planteó la incidencia que la misma podía tener sobre la modificación o mantenimiento de dicha jurisprudencia, a lo que se dio respuesta en la sentencia de 16 de marzo de 2022 (rec. 6695/2020) en la que se argumenta ampliamente que, "atendiendo a la interpretación del Derecho nacional que se sostiene reiteradamente por este Tribunal, que no es la que se sostiene por el Abogado del Estado en el recurso y por el Juzgado remitente de la cuestión prejudicial resuelta en la sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2022, ha de efectuarse el enjuiciamiento de este recurso atendiendo al régimen jurídico al que ha de sujetarse la resolución administrativa de expulsión adoptada en el único procedimiento abierto al respecto y en aplicación de la doctrina que reiteradamente se viene estableciendo desde las sentencias de 17 de marzo de 2021 y 27 de mayo de 2021", criterio que se viene reiterando por este Tribunal Supremo en las sucesivas sentencias dictadas sobre la materia, como son las de 6-4-2022 (rec.3529/21), 27-4-2022 (rec. 2958/21), 4-5-2022 (rec.3881/21), 9-5-2022 (rec.2968/21) y 22-6-2022 (rec. 3598/21).

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

Por otra parte, la apreciación de tales circunstancias no puede identificarse ni confundirse con la falta de concurrencia de los supuestos de excepción previstos en los apartados 2 a 5 del art. 6 de la Directiva 2008/115/CE o, en su caso, los supuestos del art. 5, que se refieren a la aplicación del principio de no devolución y que, como se indica en la sentencia TS de 15 de octubre de 2019 (rec.1629/2018), tales supuestos de excepción,



incluido el previsto en el art. 6.4 de la Directiva, no operan como criterios de ponderación o proporcionalidad, es decir, circunstancias de agravación de la estancia irregular que justifiquen la sanción de expulsión, sino 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.

Pues bien, desde este planteamiento general estamos en condiciones de responder a las cuestiones que se suscitan en este recurso de casación, señalando en primer lugar, como reconoce el Abogado del Estado, una cierta mezcla de conceptos en la exposición de la sentencia recurrida, que trata conjuntamente y no diferencia con claridad los distintos efectos que para la fundamentación de la expulsión aquí cuestionada tiene la apreciación de las circunstancias agravantes indicadas o la concurrencia de los supuestos de excepción previstos en los apartados 2 a 5 del art. 6 de la Directiva 2008/115/CE, cuyo alcance es distinto según se ha señalado antes. Por eso, todas las argumentaciones que se recogen con alguna extensión en la sentencia sobre estos últimos supuestos relativos a la situación familiar, arraigo, situación laboral y demás circunstancias personales, carecen, como se alega por el recurrente, de trascendencia como fundamentación de la expulsión acordada, que no responde a la apreciación de tales circunstancias, dado que las mismas no operan como criterios de ponderación o proporcionalidad, es decir, circunstancias de agravación de la estancia irregular que justifiquen la sanción de expulsión, sino como excepciones a la ejecutividad de la medida de expulsión del extranjero en situación irregular.

Por lo que se refiere a la apreciación de circunstancias agravantes o negativas que según se deduce de la sentencia justifican la decisión de expulsión del recurrente, como resulta de los términos de la misma que se han transcrito antes y señala expresamente el Abogado del Estado, se pueden concretar en el hecho de que en el momento de su detención el extranjero se encontraba indocumentado, y que la documentación posterior en las alegaciones no sana este defecto, al aportarse un pasaporte incompleto (carente de sello de entrada). Por otra parte, en el acto administrativo se cita la condena por un delito de falsedades y detenciones policiales, sin que se haya propuesto por el afectado prueba para desvirtuar tal extremo.

Pues bien, también en estos aspectos han de atenderse las alegaciones del recurrente, pues, en primer lugar, 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, lo que no puede predicarse de supuestos como el presente en el que el recurrente, aunque no aportara documentación en el momento de la detención, no carecía de la misma y de hecho en el propio acuerdo incoación del procedimiento se refleja el número de su Cédula de Identidad, nombre, lugar y fecha de nacimiento y filiación, indicándose también un domicilio en Madrid. Y posteriormente se aportó el correspondiente pasaporte en la parte que a tales efectos resulta suficiente, que después fue retenido por la Administración interviniente, sin que estando su poder y a la vista del mismo se haya cuestionado por la Administración los datos de identificación y tampoco la falta de constancia en el mismo de la entrada en España, de manera que no cabe hablar de falta de documentación que justifique y acredite la identidad y circunstancias personales del recurrente. En tal sentido y contrariamente a lo que se sostiene en la sentencia de apelación, como 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.

En segundo lugar y por lo que se refiere a la cita en el acto administrativo de la condena por un delito de falsedades y detenciones policiales, lo primero que cabe indicar es que el propio Abogado del Estado considera que la sentencia no cuestiona ni deja de aplicar la doctrina TS sobre acreditación de precedentes penales o policiales porque sólo menciona estos antecedentes como circunstancia de abundamiento incluida en la resolución de expulsión, pero no le da valor trascendente para la expulsión, reconociéndose con ello que en los términos en que se alude a dichos antecedentes no pueden considerarse ni valorarse como una de las circunstancias que según la jurisprudencia pueden justificar la adopción de la decisión de expulsión.

Y es que, como señala el auto de admisión del recurso, "no consta en el expediente administrativo, sino una mera referencia a la condena por delito de falsedades y la pena de prisión impuesta (de seis meses), así como, a la existencia de detenciones policiales por otros hechos delictivos, reflejadas en el Hecho primero y tercero de la Resolución de expulsión, sin que, tan siquiera, se identifique la sentencia de condena penal, ni su fecha y sin que sea posible determinar cómo obtiene tales datos la Administración, que no aparecen, ni en la incoación del expediente sancionador, ni en la propuesta de resolución", de manera que se desconoce el alcance de los hechos a que se refiere la citada sentencia, la fecha de los mismos y de la propia sentencia, el carácter firme o no de la misma y las demás circunstancias que permitan valorar su incidencia y consideración como justificación de la decisión de expulsión. Y lo mismo sucede con la genérica referencia a la existencia de



detenciones por otros delitos, cuya realización no se justifica en modo alguno, faltando cualquier referencia a la autoridad que efectúa las detenciones, fecha y lugar de las mismas y actuaciones llevadas a cabo y su trascendencia administrativa o judicial.

A este respecto resulta oportuna la cita de jurisprudencia que se efectúa por el recurrente, que precisamente en relación con la apreciación de circunstancias que justificaban la elección de la expulsión frente a la multa por estancia irregular, cuando aún se consideraba aplicable, señala que "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" (Ss. 29-9-2006, rec. 5450/2003; 28-2-2007, rec. 10260/2003), doctrina que se justifica en dichas sentencias señalando que: "no existe en el expediente administrativo ningún otro dato sobre la suerte que corrieron esas actuaciones policiales, porque la Administración sancionadora no se ha cuidado de averiguarlo. No sabemos, en consecuencia, cuál fue su resultado final, pudiendo ocurrir que éste haya resultado inocuo, bien porque los antecedentes policiales no han desembocado en actuaciones judiciales, bien porque estas han terminado sin ninguna condena, con la consecuencia, en cualquiera de los dos casos, de no poder ser tenidas en cuenta como justificación de la elección de la expulsión, al tratarse de actuaciones administrativas o judiciales que, en sí mismas consideradas y por sí solas, resultan jurídicamente irrelevantes en contra del interesado."

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

CUARTO.- Por todo ello y dando respuesta a la cuestión de interés casacional que se plantea en el auto de admisión ha de entenderse que: la mera cita genérica de la existencia de condena penal o de antecedentes policiales, cuyas circunstancias y resultado no se justifican por la Administración, no puede servir de fundamento o circunstancia agravante que permita cumplir con el presupuesto de proporcionalidad en la adopción de la decisión de expulsión del territorio nacional en el sentido fijado por las STS 366/2021, 17 de Marzo; y STS 2339/2021, de 21 de mayo.

QUINTO.- De acuerdo con la interpretación de las normas que se acaba de exponer y la doctrina establecida en nuestras sentencias, no puede entenderse debidamente justificada en este caso la proporcionalidad de la medida de expulsión, por las razones que antes se han indicado, al no apreciarse la concurrencia de alguna de las circunstancias que según la jurisprudencia agravan la situación de estancia irregular que justifique la adopción de dicha decisión, por lo que el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la decisión administrativa que la acordó debió ser estimado.

En consecuencia, procede estimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 4 de noviembre de 2021 objeto de impugnación, casando la misma y, con estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid de 12 de diciembre de 2019, declarar la nulidad de esta resolución por ser contraria al ordenamiento jurídico, con los efectos propios de dicha anulación.

SEXTO.- 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 de la Ley jurisdiccional, 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 de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico cuarto:

Estimar el recurso de casación n.º 270/2022, interpuesto por la representación procesal de don Valeriano contra la sentencia de 4 de noviembre de 2021, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, desestimando el recurso de apelación 445/2021, que casamos; en su lugar estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el recurrente contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid de 12 de diciembre de 2019, que se anula por ser contraria al ordenamiento jurídico; con determinación sobre costas en los términos establecidos en el último fundamento de derecho.

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

Así se acuerda y firma.