

DERECHO DE EXTRANJERÍA

Estancia irregular sin elementos negativos: Regreso a la sanción de multa

Gerard MOLINA FEBRERO

Inspector de la Policía Nacional

Tal y como advertimos hace ya algún tiempo, la resolución a la cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Pontevedra en virtud de la STJUE de 3 de marzo de 2022, asunto C-409/20 obligaría a nuestro Alto Tribunal a replantearse su posicionamiento y cambiar de nuevo el criterio sentado por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo en su STS 337/2022, de 16 de marzo, la cual, a pesar de hacerse eco de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, mantuvo su posición en el sentido de que en los casos de estancia irregular la única sanción posible sería la expulsión y, en el caso de no concurrir elementos negativos en la conducta del expedientado, lo procedente no era la imposición de un sanción de multa con obligación de retorno voluntario, sino que se debería otorgar al expedientado un plazo de salida voluntaria en el que, debido a su estancia irregular, debería abandonar el territorio nacional y, en caso de incumplimiento, iniciar un procedimiento administrativo sancionador dirigido a su expulsión del territorio nacional por la comisión de la infracción del artículo 53.1 a) LOEx. tal y como dispone el artículo 24. 2º del RELOEx. Este criterio, adelantamos ya, ha vuelto a cambiar.

La posición que nuestro Alto Tribunal ha venido manteniendo hasta la fecha se aparta del criterio fijado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su STJUE de 3 de marzo de 2022, asunto C-409/20 y en el que se concluía 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, en particular sus artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, leídos en relación con los artículos 6, apartado 4, y 7, apartados 1 y 2, de la misma, debe interpretarse en el sentido de que **no se opone a una normativa de un Estado miembro que sanciona la permanencia irregular de un nacional de un tercer país en el territorio de ese Estado miembro, cuando no concurren circunstancias agravantes, en un primer momento, con una sanción de multa que lleva aparejada la obligación de abandonar el territorio de dicho Estado miembro en el plazo fijado salvo que, antes de que este expire, se regularice la situación del nacional de un tercer país y, en un segundo momento, si no se ha regularizado su situación, con una decisión en la que se ordena obligatoriamente su expulsión, siempre que dicho plazo se fije de conformidad con las exigencias establecidas en el artículo 7, apartados 1 y 2, de esta Directiva**”.*

De esta manera, para el Alto Tribunal europeo nada obsta a que un Estado miembro imponga a un extranjero en situación irregular (en el que no concurren elementos negativos que posibiliten acudir directamente a la sanción de expulsión) una sanción de multa junto con el dictado de una orden de salida de cumplimiento voluntario por carecer de autorización para encontrarse en España en el plazo fijado en la resolución.





Con respecto al plazo en el que el extranjero sin autorización para encontrarse en España debe abandonar el territorio nacional (extranjero en el que no concurren elementos negativos que impiden acudir directamente a la sanción de expulsión), la STJUE de 3 de marzo de 2022, asunto C-409/20 recuerda que *“por lo que atañe a la duración del plazo que puede concederse al interesado para que cumpla voluntariamente la obligación de retorno, el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2008/115 dispone que, sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 y 4 de este precepto, la decisión de retorno ha de establecer, en principio, un plazo adecuado, cuya duración oscilará entre siete y treinta días, para la salida voluntaria”*. A este respecto señala la STS 1141/2023, de 18 de septiembre, que *“[...] ninguna norma impide que la Administración en el propio procedimiento sancionador en el que decida la imposición de una multa, una vez constatada la situación irregular sin apreciación de circunstancias agravantes, concrete el mandato legal del art. 28 y fije un plazo para su cumplimiento voluntario”*.

Pues bien, como adelantábamos al principio, el Tribunal Supremo ha rectificado su posición. Así las cosas, teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, nuestro Alto Tribunal en su STS 1141/2023, de 18 de septiembre, señala que *“este nuevo posicionamiento (se refiere a la STJUE de 3 de marzo de 2022, asunto C-409/20) nos obliga a rectificar lo afirmado en el fundamento cuarto de nuestra sentencia de 16 de marzo de 2022, recurso 6695/2020, al examinar el alcance de la STJUE de 3 de marzo de 2022, asunto C-409/2020”*.

La rectificación del Tribunal Supremo vuelve a hacer posible que, en los casos de estancia irregular de extranjeros en los que no concurren elementos negativos, se pueda acudir a la imposición de una multa con la advertencia al expedientado de que debe abandonar voluntariamente el territorio nacional en el plazo que se fije en la resolución sancionadora y, en caso de incumplimiento, se pueda proceder a incoar un procedimiento administrativo sancionador por la comisión de la infracción grave del artículo 53.1 a) LOEx. (con carácter general, por los cauces del procedimiento ordinario) que dé lugar a la imposición de la sanción de expulsión al concurrir, ahora sí, un elemento negativo como es no haber cumplido voluntariamente la salida del territorio nacional en el plazo fijado en la resolución por la que se le imponía la multa.

El nuevo criterio fijado por el Tribunal Supremo, tal y como se expone en su STS 1141/2023, de 18 de septiembre, es el siguiente:

“Llegados a este punto y con arreglo a lo razonado en los anteriores fundamentos, la respuesta a la cuestión casacional en relación con el alcance de la STJUE de 8 de octubre de 2020, C-568/19, teniendo en cuenta también la incidencia en la cuestión de la posterior sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de marzo de 2022 -asunto C-409/20-, es la siguiente:

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

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

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 (sic.) la gravedad de la mera estancia irregular, bien sean de carácter subjetivo o de carácter objetivo, y que pueden comprender otras de análoga significación".*

Como hemos visto, el criterio de nuestro Alto Tribunal ha vuelto a cambiar, y ahora es posible nuevamente imponer la sanción de multa a los extranjeros que se encuentren en situación irregular en territorio nacional en el que no concurren elementos negativos, pero **¿qué son elementos negativos y qué no son elementos negativos?**

Tal y como se nos recuerda en la STS 1141/2023, de 18 de septiembre, 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, se pueden resumir en las siguientes:

Causas agravantes.

- a. **Falta de documentación.** La STS 1247/2022, de 5 de octubre, 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**".*
- b. **Ignorar por dónde, cuándo y cómo entró en territorio Schengen.** La jurisprudencia también aprecia como agravante únicamente la de ignorarse cuándo y por dónde se efectuó la entrada en España, tal y como se señala en la STS 12/2022, de 12 de enero.
- c. **Incumplimiento voluntario de la orden de salida.** También se ha venido considerando circunstancia de agravación no haber cumplimentado voluntariamente una orden previa de salida obligatoria.
- d. **Fraude en la obtención de la residencia.** Obtención fraudulenta de la residencia autorizada invocando una nacionalidad falsa (STS de 8 de noviembre de 2007, Recurso 2448/2004)
- e. **Documentación falsificada.** Se ha apreciado como circunstancia agravante la de disponer de documentación identificativa falsa (SSTS de 25 de octubre de 2007, Recurso 2260/2004, y de 27 de mayo de 2008, Recurso 5853/2004).
- f. **Concurrencia de las causas que dan lugar a la incoación por vía del procedimiento preferente.** También se ha utilizado, como criterio interpretativo, los supuestos a que se hace referencia en el artículo 63. 1º, párrafo segundo, de la LOEx. al regular el procedimiento preferente: Cuando el extranjero en situación irregular constituya "un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional", cuando es





previsible que el extranjero en situación irregular, por las peculiaridades que se acrediten, trate de evitar o dificultar la expulsión, y cuando exista riesgo de incomparecencia (STS nº 366/2021, de 17 de marzo).

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** (STS 1141/2023, de 18 de septiembre).

- g. **Existencia de antecedentes penales y policiales.** La existencia de antecedentes penales también constituye una circunstancia de agravación que justifica la proporcionalidad de la medida de expulsión (STS nº 252/2022, de 28 de febrero). Ahora bien, no basta una mera referencia genérica a su existencia (STS nº 1247/2022, de 5 de octubre). A este respecto, es importante recordar que la jurisprudencia, tal y como nos recuerda la STS 1141/2023, de 18 de septiembre, ha experimentado una evolución, en el sentido de que, ciertamente, ha habido sentencias del Tribunal Supremo 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-, y que actualmente se mantiene al señalar 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.(...)**”. Por lo tanto, no basta con consignar en el expediente que el extranjero tiene actuaciones judiciales o policiales en su contra, sino que se debe averiguar qué suerte han corrido dichas actuaciones e incorporarlas al procedimiento, so pena que la resolución de expulsión sea revocada por falta de justificación. Una buena praxis sería la consulta de dichas actuaciones (para su incorporación al expediente) bien a través del SIRAJ o bien directamente a los órganos judiciales que hubieran conocido del procedimiento.
- h. **Carencia de domicilio conocido.** Recuerda la STS 1141/2023, de 18 de septiembre, respecto de la carencia de domicilio conocido que aparece meramente enumerada entre las posibles circunstancias agravatorias o negativas en la STS 750/2021, de 27 de mayo, y otras posteriores que transcriben o recogen su contenido (SSTS 12/2022, de 12 de enero; 65/2022, de 26 de enero; 161/2022, de 9 de febrero) **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, 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 (...)”.

Causas no agravantes.

- a. 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 (STS 1141/2023, de 18 de septiembre).
- b. 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 (STS 1141/2023, de 18 de septiembre).





- c. La misma consideración tiene la no constancia de arraigo social aisladamente considerado o la falta de cobertura de la asistencia sanitaria (STS 1141/2023, de 18 de septiembre).
- d. Las circunstancias previstas en los artículos 5 y 6.2 a 5 de la Directiva 2008/115/CE¹ no operan como criterios de ponderación o proporcionalidad (STS nº1363/2019, de 15 de octubre), 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 nº1247/2022, de 5 de octubre), pues operan como excepciones a la ejecutividad de la medida de expulsión del extranjero en situación irregular, excepciones que han de apreciarse a través del procedimiento correspondiente (SSTS nº 492/2022, de 27 de abril; 1125/2022, de 14 de septiembre; nº 1247/2022, de 5 de octubre).

Por lo tanto, y siguiendo el criterio jurisprudencial actual, para poder acudir a la sanción de expulsión en los supuestos de mera estancia irregular habrá que acreditar debidamente en el expediente incoado la existencia de elementos negativos, so pena de vulnerar el principio de legalidad sancionadora, tal y como ha tenido ocasión de recordar el Tribunal Constitucional en su STC Pleno 47/2023, de 10 de mayo, al señalar que **la imposición de la sanción de expulsión sin la concurrencia de circunstancias de agravación infringe el derecho fundamental a la legalidad sancionadora.**

- CONCLUSIONES -

PRIMERA. La sanción principal en los supuestos de estancia irregular cuando no concurren elementos negativos es la multa.

SEGUNDA. En los supuestos de estancia irregular cuando concurren circunstancias negativas en el expedientado, las cuales deben quedar perfectamente acreditadas en el expediente, se puede acudir directamente a la sanción de expulsión.

TERCERA. En el caso de imposición de una sanción de expulsión por estancia irregular por no concurrir elementos negativos, la resolución administrativa que la imponga debe contener una orden de salida de cumplimiento voluntario en el que se incluya el plazo en el que se deberá hacerse efectiva la salida y que debe oscilar entre los 7 y los 30 días.

CUARTA. En el caso de incumplimiento voluntario de la orden de salida procede la incoación de procedimiento sancionador (generalmente, por vía del procedimiento ordinario) por infracción grave del artículo 53.1 a) LOEx. que conllevará la imposición de la sanción de expulsión al concurrir un elemento negativo como es el incumplimiento de la orden de salida del país.

¹ Artículo 6. Decisión de retorno. Directiva 2008/115/CE

1. Los Estados miembros dictarán una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio, sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5.

2. A los nacionales de terceros países que se encuentren en situación irregular en el territorio de un Estado miembro y sean titulares de un permiso de residencia válido u otra autorización que otorgue un derecho de estancia expedido por otro Estado miembro se les exigirá que se dirijan de inmediato al territorio de dicho Estado miembro. En caso de que el nacional de un tercer país de que se trate no cumpla esta exigencia, o si fuera necesaria su salida inmediata por motivos de orden público o de seguridad nacional, se aplicará el apartado 1.

3. Los Estados miembros podrán abstenerse de dictar una decisión de retorno contra un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio si otro Estado miembro se hace cargo del mencionado nacional en virtud de acuerdos o convenios bilaterales vigentes en la fecha de entrada en vigor de la presente Directiva. En ese caso, el Estado miembro que se haya hecho cargo del nacional de un tercer país de que se trate aplicará el apartado 1.

4. Los Estados miembros podrán, en cualquier momento, decidir conceder a un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio un permiso de residencia autónomo u otra autorización que otorgue un derecho de estancia por razones humanitarias o de otro tipo. En este caso no se dictará ninguna decisión de retorno. De haberse ya dictado, se revocará la decisión de retorno o se suspenderá durante el periodo de validez del permiso de residencia o de otra autorización que otorgue un derecho de estancia.

5. Si el nacional de un tercer país que se halla en situación irregular en el territorio de un Estado miembro tiene pendiente un procedimiento pendiente de renovación del permiso de residencia u otra autorización que otorgue el derecho de estancia, el Estado miembro considerará la posibilidad de abstenerse de dictar una decisión de retorno hasta que finalice el procedimiento pendiente, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6.

