

Sentencia de la sala tercera de 3 de abril de 2025 (rec.4694/2023)

Encabezamiento

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 388/2025

Fecha de sentencia: 03/04/2025

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 4694/2023

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 01/04/2025

Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Lesmes Serrano

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

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

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 4694/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Lesmes Serrano

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 388/2025

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Carlos Lesmes Serrano, presidente

D. Fernando Román García

D.^a Ángeles Huet De Sande

D. Jose Luis Quesada Varea

D.^a María Consuelo Uris Lloret

D.^a María Concepción García Vicario

D. Francisco Javier Pueyo Calleja

En Madrid, a 3 de abril de 2025.

Esta Sala ha visto visto el recurso de casación RCA/4694/2023 interpuesto por doña María Dolores representada por la procuradora D^a. Miriam Aceituno Martínez, bajo la dirección letrada de D. Félix Ordoño Martínez, contra la *sentencia n.^º 357/2023, de 20 de abril, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Décima)*, que desestimó el recurso de apelación n.^º 929/2022, interpuesto por aquel contra la *sentencia n.^º 550/2022, de fecha 1 de septiembre de 2022, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 14 de Madrid en el procedimiento abreviado número 90/2022*.

Ha sido parte recurrida la Administración General del Estado representada y defendida por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Carlos Lesmes Serrano.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de doña María Dolores interpuso recurso de apelación contra la *sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.^º 14 de Madrid con fecha 1 de septiembre de 2022*, la cual desestimó el recurso interpuesto contra la resolución de fecha 30 de noviembre de 2021 de la Delegación del Gobierno en Madrid, por la que se decreta la expulsión del territorio nacional de la recurrente y la prohibición de entrada en el mismo durante un periodo de 5 años.

SEGUNDO.- La Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del *Tribunal Superior de Justicia de Madrid*, dictó *sentencia con fecha 20 de abril de 2023*, cuyo fallo literalmente establecía:

«Que debemos desestimar el recurso de apelación número **929/2022**, interpuesto por el letrado don Félix Ordoño Martínez, en representación de doña María Dolores, nacional de Colombia, posteriormente representada por la procuradora doña Miriam Aceituno Martínez, que se dirige contra la *sentencia de 1 de septiembre de 2022, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 14 de los de esta Villa, y en el Procedimiento Abreviado seguido ante el mismo con el número 90/2022*, por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo por ella interpuesto contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid de 30 de noviembre de 2021, que se confirma. Con imposición de las costas procesales hasta el límite, por todos los conceptos, de 300 €.;»

TERCERO.- Contra la referida sentencia preparó recurso de casación la

representación procesal de doña María Dolores el cual se tuvo por preparado por *auto de fecha 16 de junio de 2023, dictado por la Sala de instancia, con emplazamiento de las partes para su comparecencia ante este Tribunal Supremo* y remisión de las actuaciones.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la *Sección de Admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por auto de 7 de febrero de 2024* acordó:

«1.º) Admitir el recurso de casación nº 4694/2023, preparado por la representación procesal de Dª María Dolores contra la *sentencia de 20 de abril de 2023, de la Sala de lo Contencioso-administrativo (Sección Décima) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimó el recurso de apelación nº 929/2022* .

2.º) Declarar que las cuestiones que presentan interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consisten en:

a) Reafirmar, complementar, matizar y, en su caso, corregir o rectificar la doctrina jurisprudencial establecida con ocasión de determinar la sanción a imponer como consecuencia de la comisión de la infracción de estancia irregular de extranjero en territorio español, tipificada en el artículo 53.1 a) de la LOEX, en atención a la interpretación establecida en la *sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de marzo de 2022 -asunto C-409/20* - y a la doctrina del Tribunal Constitucional.

b) Reafirmar, complementar, matizar y, en su caso, corregir o rectificar la doctrina jurisprudencial referida a las circunstancias agravantes que, añadidas a la situación irregular del extranjero, puedan justificar la proporcionalidad de la medida de expulsión del territorio nacional del extranjero que se encuentre en situación irregular y, singularmente, si la falta de acreditación de la identidad, filiación y forma de entrada a territorio nacional, que no aparecen reflejadas en la resolución administrativa sancionadora, pueden servir de fundamento, como circunstancias agravantes, que permitan cumplir con el presupuesto de proporcionalidad de la medida de expulsión del territorio nacional del extranjero en situación irregular.

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

[...]]»

QUINTO.- Admitido el recurso, por diligencia de ordenación de 13 de febrero 2024, se concedió a la parte recurrente un plazo de treinta días para presentar el escrito de interposición, lo que efectuó la representación procesal de doña María Dolores, por escrito de fecha 7 de marzo de 2024, en el que, tras alegar cuanto tuvo por conveniente, lo concluyó con el siguiente SUPLICO:

«...dictar Sentencia por la que, casando y anulando la Sentencia recurrida ya referenciada, se estime plenamente nuestro recurso en los siguientes términos:

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por mi mandante contra la *Sentencia Nº 357/2023, de fecha 20/04/2023, en el Recurso de Apelación 929/2022*

de la Sala de lo Contencioso -administrativo del Tribunal Superior de justicia de Madrid, Sección Décima, acordando declarar nula y sin efecto la sanción de expulsión impuesta a mi representada.

2.º. Fijar como doctrina jurisprudencial la siguiente: "Según los artículos 53.1.a) y 57.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y la jurisprudencia que los interpreta, la mera estancia irregular en España no es suficiente para acordar la expulsión ya que para ello precisa la concurrencia de elementos negativos debidamente ponderados y motivados"

3.º- Imponer las costas de la instancia, del recurso de apelación y del presente Recurso de Casación a la administración demandada conforme a lo establecido en el artículo 139.1 de la LJCA .»

SEXTO.- Por providencia de 11 de marzo de 2024 se dio traslado a la parte recurrente a fin de que pudiera oponerse al recurso, y en escrito presentado en fecha 27 de marzo de 2024, el Abogado del Estado formuló escrito de oposición al recurso de casación mediante el que solicita se dicte sentencia desestimatoria del recurso.

SÉPTIMO.- No habiendo solicitado ninguna de las partes la celebración de vista pública y, al considerarla innecesaria atendiendo la índole del asunto, quedó concluso el recurso y por providencia de fecha 6 de marzo de 2025, se señaló para deliberación, votación y fallo el 1 de abril de 2025, fecha en la que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Objeto del presente recurso de casación.

A.- Se dirige el recurso de casación contra la *sentencia, de 20 de abril de 2023, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Décima*, que desestima el recurso de apelación interpuesto por Doña María Dolores, nacional de Colombia, contra la *sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 14 de Madrid, con fecha de 1 de septiembre de 2022*, que había desestimado el recurso interpuesto contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid, de 30 de noviembre de 2021, por la que se acordó su expulsión del territorio nacional, con la consiguiente prohibición de entrada en España por un período de cinco años, por la comisión de una infracción prevista en el *artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España* y su integración social.

B.- En síntesis, la Sala de instancia razonó del siguiente modo en la sentencia que ahora se impugna:

«[...] Un examen del expediente administrativo permite observar que la resolución por la cual se dio inicio al expediente de expulsión refleja que la interesada se encontraba indocumentada en el momento de su detención, indocumentación que también quedó referida en el acta de declaración de la interesada. Aquella resolución refleja la asignación del NIE a la aquí apelante, así como las circunstancias en las que se produjo su detención y el requerimiento de identificación. Dicho acuerdo de inicio del expediente, en relación con algún eventual procedimiento pendiente dirigido a obtener su regularización en España, refiere que doña María Dolores no tiene trámites pendientes.

Consta que doña María Dolores presentó al expediente administrativo escrito de alegaciones solicitando su archivo. Sin embargo no acompañó dicho escrito con documentación alguna relativa a sus circunstancias; tampoco aportó acreditación de su domicilio en España.

La propuesta de resolución refiere, de nuevo, la indocumentación que afectaba a doña María Dolores y a las circunstancias de su detención en un local abierto al público.

(...)

Una vez instalado el procedimiento jurisdiccional mediante escrito de demanda consta que doña María Dolores aportó copia de la primera página de su pasaporte, que refleja la fecha de su nacimiento, en el año 1992, y que se trata de un pasaporte en vigor. La presentación mediante copia y parcial del pasaporte no permite comprobar la fecha de su llegada a España, y, por tanto, tampoco permite comprobar el tiempo que resultaría de dicho dato, durante el cual pudiera estimarse que vive en España; también aportó solicitud para su empadronamiento de fecha 16 de junio de 2021, pero no ha aportado documento en virtud del cual conste su empadronamiento efectivo.

Por tanto, hemos de concluir la procedencia de desestimar el recurso de apelación puesto que, desde la perspectiva de la proporcionalidad y de conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo a la que hemos hecho referencia en los anteriores fundamentos de derecho, concurren en contra de doña María Dolores datos negativos claramente constatados en el expediente administrativo habida cuenta de que en el momento de su detención no disponía de documento acreditativo de su identidad, no conociéndose, por tanto, ni su identidad, ni su filiación. Tampoco aportó al expediente administrativo acreditación alguna de su domicilio o lugar de residencia en España. A pesar de que presentó escrito formulando alegaciones no acompañó dicho escrito con documentación referida a su identidad o bien a su domicilio en España. La aportación de la copia parcial de su pasaporte fue realizada, como reconoce la propia apelante, en un momento posterior, concretamente, acompañando la demanda interpuesta contra la resolución de expulsión; también acompañó en ese momento acreditación de su solicitud de empadronamiento de fecha 16 de junio de 2021, pero en ningún momento ha acreditado a través del volante de empadronamiento del ayuntamiento de Parla, su empadronamiento efectivo en dicho municipio.

Desde la perspectiva de la proporcionalidad de la sanción procedente considemos que concurren en el caso analizado datos negativos o desfavorables respecto de la situación constitutiva de la infracción prevista en el *artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000*, pues en un momento la interesada aportó al expediente administrativo documentación relativa a su identidad y filiación; ni tampoco aportó documentación relativa al periodo tiempo de su residencia en España, no habiendo acreditado el momento y lugar por el cual realizó su entrada en territorio nacional, ni ha acompañado acreditación de su empadronamiento en el municipio de Parla.».

SEGUNDO. El auto de admisión del recurso.

En el auto de admisión se nos plantean dos cuestiones, estrechamente vinculadas entre sí, que presentan interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, consisten en:

«a) Reafirmar, complementar, matizar y, en su caso, corregir o rectificar la doctrina jurisprudencial establecida con ocasión de determinar la sanción a imponer como consecuencia de la comisión de la infracción de estancia irregular de extranjero en territorio español, tipificada en el artículo 53.1 a) de la LOEX, en atención a la interpretación establecida en la *sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de marzo de 2022 -asunto C409/20* - y a la doctrina del Tribunal Constitucional.

b) Reafirmar, complementar, matizar y, en su caso, corregir o rectificar la doctrina jurisprudencial referida a las circunstancias agravantes que, añadidas a la situación irregular del extranjero, puedan justificar la proporcionalidad de la medida de expulsión del territorio nacional del extranjero que se encuentre en situación irregular y, singularmente, si la falta de acreditación de la identidad, filiación y forma de entrada a territorio nacional, que no aparecen reflejadas en la resolución administrativa sancionadora, pueden servir de fundamento, como circunstancias agravantes, que permitan cumplir con el presupuesto de proporcionalidad de la medida de expulsión del territorio nacional del extranjero en situación irregular.».

E identifica como normas jurídicas que, en principio, debemos interpretar, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiera el debate finalmente trabado en el recurso, las siguientes: los *artículos 53.1.a), 55.1.b) y 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España* y su Integración Social, en relación con la *Directiva 2008/115/CE*.

TERCERO. El escrito de interposición.

Alega el recurrente, en su escrito de interposición del recurso de casación, que la sentencia recurrida infringe el principio de proporcionalidad y supone una posible contravención tanto de la doctrina jurisprudencial de este Tribunal, como del TJUE, con cita, entre otras, de la *STS de 18 de septiembre de 2023*, al entender que para para que pueda adoptarse, de forma legítima, la sanción de expulsión, deben concurrir circunstancias agravantes a la mera estancia irregular que pongan de manifiesto y justifiquen la proporcionalidad de la decisión adoptada.

Respecto de la fundamentación que sirve a la sentencia de la Sala de instancia para confirmar la procedencia de la sanción de expulsión, la parte estima que el conjunto de circunstancias de agravación que la Sala ha observado a la mera estancia irregular, tales como la falta de acreditación de la identidad, filiación y forma de entrada a territorio nacional, no constan en la resolución administrativa sancionadora objeto de impugnación jurisdiccional, con infracción, en este sentido, de nuestra doctrina jurisprudencial y del derecho fundamental a la legalidad sancionadora.

En atención a lo anterior, solicita que se estime el recurso de casación interpuesto contra la sentencia recurrida y, con su revocación, que se estime el recurso contencioso-administrativo formulado contra la resolución de la Delegación de Gobierno de Madrid, de fecha de 30 de noviembre de 2021, por la que se ordena su expulsión de España, con prohibición de entrada, determinándose la anulación de la misma. Solicita, igualmente, que se fije como doctrina jurisprudencial que "[s]egún los *artículos 53.1.a) y 57.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España*, la mera estancia irregular en España no es suficiente para acordar la expulsión ya que para ello precisa la concurrencia de elementos negativos debidamente ponderados y motivados"

CUARTO. El escrito de oposición.

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

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

Esta posición hubo, sin embargo, de reinterpretarse a raíz de la *STJUE de 23 de abril de 2015 -dictada en cuestión prejudicial dictada en el asunto C-38/14* planteada a propósito de la legislación española de extranjería-, a la vista de cuyos fundamentos cabe concluir que no resultaría ajustada a la *Directiva 2008/115/CE* una interpretación de la norma estatal que, ante una situación de estancia irregular, permitiera excluir el dictado de una decisión de retorno, o su ejecución, mediante la imposición, en su lugar, de otra consecuencia distinta como la sanción de multa.

Recuerda el Abogado del Estado que esta doctrina fue corroborada por *este Tribunal Supremo a raíz de la STS de 12 de junio de 2018, casación 2958/2017*.

No obstante, trae a colación la *STJUE de 8 de octubre de 2020, asunto C-568/19* -también dictada en relación con la legislación española de extranjería-, que declaró que la *Directiva 2008/115/CE*, debe interpretarse en el sentido de que, cuando la normativa nacional, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de un Estado miembro, imponga, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, teniendo en cuenta que la segunda medida solo puede adoptarse si existen circunstancias agravantes en la persona de dichos nacionales, adicionales a su situación irregular, la autoridad nacional competente no podrá basarse directamente en lo dispuesto en la Directiva para adoptar una decisión de retorno y hacer cumplir dicha decisión aun cuando no existan circunstancias agravantes. Doctrina del TJUE que da lugar a las *SSTS de 17 de marzo y 27 de mayo de 2021*.

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

Por último, referencia las sentencias del Tribunal Supremo (por todas, las *SSTS de 20 de julio y de 14 de septiembre de 2022*) posteriores a la *STJUE de 3 de marzo de 2022, asunto C-409/20*, concluyendo que en dichos pronunciamientos se

ha mantenido la doctrina de las referidas *SSTS de 17 de marzo y 27 de mayo de 2021*. Se hace alusión, igualmente, a la incidencia que presenta en la cuestión la Instrucción 11/2020, de 23 de octubre de 2020, dictada por la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, de la Dirección General de la Policía, del Ministerio del Interior, a raíz de la mencionada *STJUE de 8 de octubre de 2020, cuestión prejudicial C-568/19*; y cómo este conjunto jurisprudencial y normativo ha de aplicarse de conformidad con Recomendación 2017/432/UE, de 7 de marzo, de la Comisión Europea, sobre la manera de lograr que los retornos sean más eficaces al aplicar la Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo .

B.- Centrándose en el supuesto concreto, afirma la Abogacía del Estado que la resolución de expulsión de fecha de 30 de noviembre de 2021 se ajustaba a la doctrina jurisprudencial entonces vigente, de forma que "*las circunstancias agravantes que aparecían reflejadas en el expediente administrativo podían fundar las decisiones de expulsión de los extranjeros en situación irregular aun cuando las mismas no apareciesen reflejadas en la resolución de expulsión*". Reconoce, no obstante, que esa jurisprudencia ha cambiado recientemente en virtud de sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo conforme a las cuales "*la existencia de alguna circunstancia agravante añadida a la situación de estancia irregular que pueda decretar la expulsión del territorio nacional ha de quedar reflejada en la resolución de expulsión no siendo suficiente con que la misma aparezca en el expediente administrativo*".

Por lo tanto, a juicio del representante de la Administración, y ante la hipótesis de que se anulase la expulsión decretada, "*con arreglo a las recientes sentencias de esa Sección de 18 de septiembre de 2023, una vez que nadie cuestiona la situación irregular en España del recurrente, si ese TS estimase que no concurren circunstancias agravantes en el mismo y que, en consecuencia, no procede su expulsión, debería aplicarse la otra alternativa a la estancia irregular que es la imposición de multa por importe entre 501 y 10.000 € seguida de la obligación de retorno de la ahora recurrente en el plazo previsto en el artículo 24 del Reglamento de la Ley de Extranjería*". Todo ello bajo la consideración de que "*[n]o cabe duda de que los Tribunales de lo contencioso-administrativo pueden y deben restablecer el principio de proporcionalidad sancionadora no respetado por la Administración sustituyendo la sanción impuesta por ésta por otra que se encuentre ajustada a dicho principio*".

QUINTO. La doctrina jurisprudencial establecida en relación con las cuestiones de interés casacional planteadas.

I. El auto de admisión ha considerado necesario que abordemos nuevamente la doctrina [contenida, entre otras, en las *sentencias de 17 de marzo y 27 de mayo de 2021* (*RC nº 2870/2020* y *1739/2020*) -dictadas con ocasión de la *STJUE de 8 de octubre de 2020* (*asunto C-568/19*)- y, más recientemente, en las *sentencias de 20 de julio , 14 de septiembre y 20 de octubre de 2022* (*RC nº 340/2021 , 7218/2021* y *5793/2021*) -dictadas tras la *STJUE de 3 de marzo de 2022* (*asunto C-409/20*)-] según la cual, la decisión de expulsión del extranjero por su situación de estancia irregular -que no cabe sustituir por una sanción de multa- exige, en cada caso y de manera individualizada, la valoración y apreciación de circunstancias agravantes que pongan de manifiesto y justifiquen la proporcionalidad de la medida adoptada, tras la tramitación de un procedimiento con plenas garantías de los derechos de los afectados, conforme exige la jurisprudencia comunitaria.

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

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

Así, en relación con el alcance de la *STJUE de 8 de octubre de 2020, C-568/19* , teniendo en cuenta también la incidencia en la cuestión de la posterior *sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de marzo de 2022 -asunto C-409/20* -, la respuesta a la cuestión casacional es la siguiente:

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

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

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

Cuarto, que la expulsión, comprensiva de la decisión de retorno y su ejecución, exige, en cada caso y de manera individualizada, la valoración y apreciación de circunstancias agravantes que pongan de manifiesto y justifiquen la proporcionalidad de la medida adoptada, tras la tramitación de un procedimiento con plenas garantías de los derechos de los afectados, conforme exige la jurisprudencia comunitaria

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

II. Pues bien, una vez expuesta -aun de forma resumida- la doctrina establecida en las citadas sentencias, debemos señalar que, a nuestro juicio, no cabe apreciar en este momento la concurrencia de motivo alguno que pudiera justificar una modificación de dicha doctrina, por lo que, en respuesta a la primera cuestión de interés casacional planteada en el auto de admisión, reiteramos aquélla expresamente, remitiéndonos a lo razonado en las mencionadas sentencias en cuanto fuere necesario.

III. Y respecto a la segunda de las cuestiones de interés casacional

objetivo planteadas en el auto de admisión, las circunstancias de agravación que deberán tomarse en consideración serán aquellas 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 -pudiendo comprender otras deanáloga significación-; siendo determinante, en tanto la imposición de la sanción de expulsión sin la concurrencia de circunstancias de agravación infringe el derecho fundamental a la legalidad sancionadora (*STC 47/2023, de 10 de mayo* , del Pleno del Tribunal), la mención de alguna de estas circunstancias agravantes en la propia resolución administrativa que acuerda imponer la sanción de expulsión, a la vista de la más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional (*STC 87/2023, de 17 de julio*) a la que hemos aludido entre otras, en nuestra *STS de 22 de noviembre de 2024 (RC 8120/2019)*).

SEXTO. Decisión del asunto litigioso.

Como hemos señalado en el primero de nuestros fundamentos, la sentencia recurrida de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid venía a justificar la proporcionalidad de la sanción de expulsión por la existencia de "datos negativos o desfavorables" respecto de la situación constitutiva de la infracción prevista en el *artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000* "pues en un momento la interesada aportó al expediente administrativo documentación relativa a su identidad y filiación; ni tampoco aportó documentación relativa al periodo tiempo de su residencia en España, no habiendo acreditado el momento y lugar por el cual realizó su entrada en territorio nacional, ni ha acompañado acreditación de su empadronamiento en el municipio de Parla".

Pues bien, ninguno de dichos datos negativos -algunos de los cuales, de conformidad con nuestra jurisprudencia, efectivamente constituyan circunstancias de agravación a la mera estancia irregular en España- habían sido tomados en consideración en la resolución administrativa que acuerda la expulsión de doña María Dolores. En este sentido, la resolución sancionadora únicamente constata la situación de irregularidad de la estancia de la recurrente en España por carecer de autorización para dicha permanencia en nuestro país, indicando que «*no dispone de documento alguno que acredite la situación de estancia o residencia legal en España*», además de mencionar que «*no aporta ninguna prueba de que tenga un especial arraigo familiar o social en nuestro país*».

Tal hecho determina que, en ausencia de mención alguna referida a estas circunstancias negativas en la propia resolución administrativa que acuerda imponer la sanción de expulsión, forzoso es entonces concluir que la sanción de expulsión no resulta en este caso ajustada a derecho por no haber sido sustentada por la Administración en ninguna circunstancia negativa añadida a la mera situación de estancia irregular que, por sí sola, no puede erigirse en determinante de la sanción de expulsión, en atención a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (*STC 87/2023, de 17 de julio*) a la que hemos hecho referencia en el fundamento de derecho sexto.

Ello obliga a estimar el recurso de casación y a anular dicha resolución administrativa de expulsión, sin que pueda atenderse a la pretensión expresada por la Abogacía del Estado, en su escrito de oposición, de que este Tribunal imponga a la recurrente una sanción de multa, fijando su importe, seguida de la obligación de retorno en el plazo previsto en el *artículo 24 del reglamento de la Ley de Extranjería*, pues no compete a este órgano jurisdiccional, en el ejercicio de sus funciones de control, sustituir *in integrum* la potestad sancionadora que el legislador ha atribuido

a la Administración, determinando el contenido discrecional del acto anulado.

SÉPTIMO. Pronunciamiento sobre costas.

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

FALLO

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

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

Segundo. Haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña María Dolores contra la *sentencia, de 20 de abril de 2023, dictada en el recurso de apelación nº 929/2022, por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Décima*; sentencia que se casa y anula y, en su lugar, estimamos dicho recurso de apelación, revocamos la *sentencia apelada, dictada el 1 de septiembre de 2022, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 14 de Madrid en el PA 90/2022*, y en consecuencia, anulamos la resolución de expulsión que constituía su objeto.

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

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

Así se acuerda y firma.