

**Declara el Tribunal Supremo que en la revisión jurisdiccional de la actuación de la Administración debe atenderse a las alegaciones realizadas por los ciudadanos y las pruebas aportadas, se hayan invocado o no en la vía previa administrativa**

**Con estimación del recurso interpuesto, se anula la resolución de expulsión de España del actor. Declara la Sala que, conforme a la última jurisprudencia, la orden de expulsión, como sustitutiva de la sanción de multa por la infracción grave de la estancia irregular en el territorio nacional de un extranjero, requiere un juicio de proporcionalidad, en el que se tengan en cuenta las circunstancias que puedan concurrir en el sancionado, en particular de aquellas que puedan comportar un agravamiento de la conducta respecto de la mera estancia.**

Ese juicio de proporcionalidad no solo debe realizarse por la Administración al dictar la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador, sino que deben realizarlo los Tribunales al revisar dichas resoluciones, para lo que han de tenerse en cuenta las pruebas aportadas tanto en vía administrativa como jurisdiccional. En el presente caso tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación no tomaron en consideración las pruebas que habían sido aportadas con la demanda inicial, cuando en la revisión jurisdiccional deben atenderse a las alegaciones realizadas por los ciudadanos y las pruebas aportadas, se hayan invocado o no en la previa vía administrativa.

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección 5.ª**

**Sentencia 732/2023, de 05 de junio de 2023**

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 3424/2022

Ponente Excmo. Sr. WENCESLAO FRANCISCO OLEA GODOY

En Madrid, a 5 de junio de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 3424/2022 interpuesto por don Santos representado por el procurador don Mario Lázaro Vega y defendido por el letrado don Jesús Alberto Cobo Cano contra sentencia núm. 229/2022, de 10 de marzo, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Décima) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en recurso de apelación n.º 905/21, confirmatoria de la sentencia núm. 186/2021, de 2 de junio, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 6 de los de Madrid, que desestimó el Procedimiento Abreviado n.º 316/20 interpuesto por el recurrente contra la resolución, de 7 de septiembre de 2020, de la Delegación del Gobierno en Madrid, que había acordado su expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada por tres años.

Ha comparecido como parte recurrida la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado don Francisco Espinosa Fernández.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Objeto del proceso en la instancia.-

La Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Décima) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia núm. 229/2022, de 10 de marzo, confirmatoria en apelación (n.º 905/21) de la sentencia núm. 186/2021, de 2 de junio, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 6 de los de Madrid, que desestimó el Procedimiento Abreviado n.º 316/20 interpuesto por la representación procesal de don Santos contra la resolución, de 7 de septiembre de 2020, de la Delegación del Gobierno en Madrid, que había acordado su expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada por tres años [ art. 53.1.a) Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero].

La "ratio decidendi" del fallo de la sentencia recurrida, se encuentra en sus fundamentos de derecho quinto a séptimo, en los que la sala, en esencia, tras considerar que la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, 366/2021, de 17 de marzo, (rec. 2870/2020) permanece inalterada tras la STJUE, de 3 de marzo de 2022 (C-409/20), en lo tocante a la procedencia de la expulsión si existen elementos negativos, razona lo siguiente:

"[...] 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 apelante fue detenido el 13 de abril de 2020 en Madrid por infracción de extranjería. En el momento de su detención no portaba pasaporte, extremo que reseña el acto recurrido. Formuló alegaciones en la fase administrativa, 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. Afirmó en el trámite de alegaciones haber aportado el pasaporte del mismo, sin que, como hemos expresado en el fundamento cuarto de esta sentencia. Esta Sala viene considerando desde hace mucho tiempo, que, si bien es deber del extranjero estar documentado con su pasaporte, si en el momento de la incoación no lo porta, lo puede aportar en el trámite de alegaciones, presentado no solo la página biográfica, sino también la página (o páginas) en las que consten los sellos de entrada en territorio nacional, aportación que tiene sentido ante la Administración, pues solo así podrá la Administración constatar si se ha excedido el período de estancia, y, sobre todo el tiempo de permanencia en nuestro país, que es relevante a la hora de valorar el arraigo del interesado. Nada de eso se hizo en la fase administrativa, aunque es cierto que junto con la demanda se realizó un relativo esfuerzo probatorio, aportándose entonces el pasaporte del interesado y otros elementos.

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, tal y como pretende la representación del apelante, 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 amparada, 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 la recurrente se encontraba indocumentado, desconociéndose cómo y por dónde entró en territorio nacional, extremo que se menciona en el acto recurrido, y, que, además como hemos

analizado arriba, es elemento suficiente por sí solo, ante la carencia de otros, para poder decretar la expulsión del apelante. [...]" (La negrita se ha añadido).

SEGUNDO. - El recurso de casación promovido por la parte.-

Frente a dicha sentencia la representación procesal de don Santos anunció recurso de casación, presentando escrito de preparación, en el que, tras justificar la concurrencia de los requisitos de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución, identificó como normas y jurisprudencia consideradas infringidas: 1) 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 en relación con el art. 57.1 del mismo texto legal, el artículo 6, apartado 1 y 8, apartado 1 en relación con el artículo 4, apartado 2 y 3, de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de Diciembre de 2008 y jurisprudencia del Tribunal Supremo conformada por las SSTS de 17 de marzo de 2021 y de 27 de mayo de 2021, discrepando en esencia de la concurrencia de elementos negativos añadidos a la estancia irregular que permitieran justificar la proporcionalidad de la expulsión, aduciendo que aportó copia de documentación de identificación tanto en fase administrativa como con la propia demanda; y, 2) el artículo 24 de la CE, por la falta de notificación de la propuesta de resolución.

Habiendo efectuado de forma suficiente el preceptivo juicio de relevancia --si bien únicamente respecto del primer grupo de infracciones denunciado--, invocó, como supuestos de interés casacional objetivo, los previstos en el artículo 88.2.a), b), c) y f) así como en el artículo 88.3.a) LJCA.

TERCERO. - Admisión del recurso.-

Mediante auto de 22 de abril de 2022, la Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el plazo de treinta días, con remisión de los autos originales y del expediente administrativo.

Recibidas las actuaciones y personadas las partes ante este Tribunal, por la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo se dictó auto el 5 de octubre de 2022, acordando:

"1.º) Admitir el recurso de casación n.º 3424/2022 preparado por la representación procesal de D. Santos contra la sentencia, de 10 de marzo de 2022, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Décima) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (apelación n.º 905/21).

2.º) Precisar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar: si la apreciación de circunstancias agravantes añadidas a la situación irregular del extranjero (concretamente, la falta de presentación de documentación identificativa) en un momento inicial de la tramitación del expediente administrativo sancionador, puede ser modulada con posterioridad (bien en fase administrativa -alegaciones/recurso de reposición-, bien en fase jurisdiccional), de acreditarse un cambio en relación con dichas circunstancias (como la aportación de fotocopia del pasaporte), a efectos de valorar nuevamente la proporcionalidad o no de la sanción de expulsión.

3.º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, será objeto de interpretación, los artículos 53.1.a), 55.1.b) y 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, 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).

4.º) Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

5.º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

6.º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección Quinta de esta Sala Tercera, a la que corresponde el enjuiciamiento del recurso con arreglo a las vigentes normas sobre reparto de asuntos."

CUARTO.- Interposición del recurso.-

Abierto el trámite de interposición del recurso, se presentó escrito por la representación procesal de don Santos con exposición razonada de las infracciones normativas y/o jurisprudenciales identificadas en el escrito de preparación, precisando el sentido de las pretensiones que deduce y los pronunciamientos que solicita y termina suplicando a la Sala: "Que teniendo por presentado este escrito de interposición, se sirva admitirlo y en su virtud: 1.º.- Estimar íntegramente el recurso de casación, anular la sentencia recurrida, y estimar en su totalidad el recurso contencioso-administrativo formulado en la instancia, con imposición de sus costas a la Administración demandada. 2.º.- Condenar a la Administración demandada, además, al pago de las costas generadas por este recurso de casación."

QUINTO.- Oposición al recurso.-

Dado traslado para oposición a la Abogacía del Estado, presentó escrito argumentando en contra del planteamiento del recurso, suplicando a la Sala: "que, teniendome por opuesto al Recurso de Casación, tramite el proceso y, tras el desarrollo del mismo, dicte sentencia que DESESTIME el presente recurso de casación y confirme la sentencia impugnada, declarando en su caso la interpretación jurisprudencial que considere conveniente, sin perjuicio de las facultades ex 93 LRJCA."

SEXTO.- Ninguna de las partes solicitó la celebración de vista y la Sala no la consideró necesaria, señalándose para votación y fallo la audiencia del día 30 de mayo de 2023, en cuyo acto tuvo lugar su celebración, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Objeto del recurso.

El presente recurso de casación 3424/2022 se interpone por la representación procesal de don Santos, a la sazón ciudadano de la República de Perú, contra la sentencia 229/2022, de 10 de marzo, dictada por la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el rollo de apelación 905/2021, que había sido promovido por el mencionado recurrente, en impugnación de la sentencia 186/2021, de 2 de junio, dictada en el procedimiento abreviado 316/2020, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 6 de los de Madrid. El mencionado procedimiento inicial se había interpuesto contra la resolución de la Delegación del Gobierno en la Comunidad de Madrid, de 7 de septiembre de 2020, por la que se había acordado la expulsión del recurrente del territorio nacional, con la orden expresa de prohibición de entrada en el plazo de tres años por la comisión de una infracción grave de la legislación sobre extranjería.

Los fundamentos de la decisión adoptada por la Administración, a tenor de lo que se hace constar en la resolución inicialmente impugnada, es que el recurrente había sido "*requerido por las fuerzas policiales, el día 13/04/2020 para proceder a su identificación y tras las actuaciones llevadas a cabo con posterioridad, se ha comprobado que no dispone de documento alguno que acredite la situación de estancia o residencia en España.*" Se consideraban que los mencionados hechos eran constitutivos de la infracción grave prevista en el artículo 53-1.º-a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (en adelante LOEX), procediendo imponer la mencionada orden de expulsión y la prohibición de entrada, de conformidad con lo establecido en el artículo 57 de la mencionada Ley Orgánica.

La referida resolución administrativa fue recurrida ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, como antes se dijo, que desestima el recurso y confirma la decisión administrativa. Los fundamentos de la sentencia para la decisión adoptada fue la de rechazar que en la resolución impugnada se hubiese incurrido en falta de proporcionalidad al decretar la orden de expulsión, estimando la defensa del recurrente que procedía imponerse la alternativa sanción de multa, excluyendo la orden de expulsión. La sentencia rechaza esa petición al considerar que, conforme a la última jurisprudencia tanto del TJUE como de este Tribunal Supremo, en supuestos como el de autos procedía imponer la orden de expulsión, a la vista de los hechos que se imputaban al recurrente, que no se consideraban desvirtuados en el recurso. En el sentido expuesto se hacía constar, no solo el hecho de que el recurrente no pudiera ser identificado al ser requerido por los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, por carecer de documento acreditativo, así como que carecía de autorización de residencia en vigor, se añade que esa omisión se mantuvo en los momentos posteriores el procedimiento administrativo que fue tramitado y concluyó con la resolución impugnada, ni se hubiese intentado la regularización en nuestro País, carecía de arraigo social, familiar, laboral o económico, si bien realizaba envío de dinero a su País, sin que conste su procedencia, de donde se concluía, que resultaba de aplicación el artículo 53-1.º-a) de la LOEX, conforme había sido interpretado por la antes mencionada jurisprudencia. Así mismo, se rechaza en la sentencia del Juzgado que fueran apreciables los defectos de forma (falta de motivación y del trámite de audiencia) que se habían invocado por el recurrente.

La sentencia del Juzgado fue recurrida en apelación ante la Sala territorial de Madrid que, en la sentencia aquí recurrida, desestima el mencionado recurso y confirma la de instancia. Los fundamentos que llevan al Tribunal a confirmar la sentencia apelada se contienen, en lo que trasciende al presente recurso, en los fundamentos quinto a séptimo, en los que se declara:

"[...] Despejada esta cuestión hemos de entrar al análisis del tema central del recurso cual es el de la proporcionalidad de la sanción de expulsión.

"En las sentencias del Tribunal Supremo de 27 y 31 de enero de 2006, 10 de febrero de 2006, 21 de abril de 2006, 19 de mayo de 2006, 30 de junio de 2006, 29 de septiembre de 2006, 22 de febrero de 2007, 19 de julio de 2007, y 27 de mayo de 2008, entre muchas otras, se declaraba que la Administración no podía optar discrecionalmente entre la imposición de la multa o la expulsión sin justificarlo, por lo que la expulsión del territorio español, como sanción más grave y secundaria, precisaba de una causa específica y motivada, distinta o complementaria de la multa que, en el sistema de la Ley Orgánica sobre Derecho y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, se consideraba la sanción principal que correspondía a la pura permanencia ilegal.

"Por lo tanto, según dicha doctrina, cuando la Administración optaba por la expulsión ha de especificar cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y, en general, las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la elección de la sanción de expulsión, en vez de la menos grave de multa, aunque dicha motivación puede constar tanto en la resolución misma como en el expediente administrativo, según las circunstancias concurrentes en el caso: cuando se trate de supuestos en que la causa de expulsión sea simplemente la permanencia ilegal sin otros hechos negativos, la motivación habrá de incluirse expresamente en la resolución administrativa, pues la Administración ha de justificar por qué acude a la sanción de expulsión cuando, en principio, la permanencia ilegal se sanciona con multa; por el contrario, si en el expediente administrativo consta, además de la permanencia ilegal, otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, y esos datos son de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justifican la expulsión, no dejará ésta de estar motivada porque no haberse hecho mención de ellos en la propia resolución sancionadora.

"En ulteriores sentencias el Tribunal Supremo fue matizando la precitada doctrina, declarando que, en los casos de estancia irregular en España, son hechos o circunstancias que constituyen causa y

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

"En consecuencia, para resolver el motivo de recurso hay que determinar si, en relación al apelante, consta en las actuaciones la concurrencia de algún hecho o circunstancia negativos de idéntico o similar alcance a los que se acaban de reseñar, pues sólo entonces podría afirmarse que existe fundamento y motivación suficiente para justificar la imposición de la sanción de expulsión, en cuyo caso no se habría desconocido el principio de proporcionalidad ni se habrían dejado de exponer las razones por las que se expulsó al expedientado del territorio nacional.

"[...] Al hilo de lo anterior, y en aplicación de la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015, dictada en procedimiento prejudicial planteado por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, según la cual la multa no es idónea como alternativa excluyente a la expulsión para sancionar la infracción de estancia irregular de los extranjeros en España, según se razona en sus consideraciones jurídicas 29 a 40.

"En su parte dispositiva dicha sentencia declara que:...

"La sentencia del Tribunal Supremo 980/2018, de 12 de junio, (RCAs 2958/ 2017) zanjó definitivamente la cuestión sobre la interpretación de la sanción aplicable a los extranjeros cuando hayan incurrido en las conductas tipificadas como graves en el apartado a) del artículo 53.1 de la Ley Orgánica 4/2000, declarando que "lo procedente es decretar la expulsión del extranjero cuando concurra un supuesto de estancia irregular, salvo que concurra alguno de los supuestos de excepción previstos en los apartados 2 a 5 del artículo 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".

"La doctrina declarada en la precitada sentencia se ha mantenido en las dictadas por el Tribunal Supremo en fechas de 4 y 19 de diciembre de 2018 y en muchas otras posteriores.

"Sobre esta orientación jurisprudencial inciden la sentencia de 17 de marzo de 2021, que invocan tanto la sentencia apelada como el propio contenido de la apelación y la recientísima sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2022 (UN / Subdelegación del Gobierno en Pontevedra, C-409/20, EU:C:2022:148), del Tribunal de Justicia considera que la legislación española, que prevé la imposición de una multa por estancia irregular y, a continuación, la expulsión por no cumplir la orden de abandonar el territorio nacional, no es contraria a la Directiva 2008/115/CE sobre el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

"La sentencia responde una cuestión prejudicial remitida por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Pontevedra que conocía de la impugnación de una ciudadana colombiana a la que se le había impuesto la sanción de expulsión por estancia irregular. Clau La referida sentencia del TJUE declara la compatibilidad del modelo español de la Ley de Extranjería que contemplaba la multa como regla general y la expulsión como excepción (supeditada está a la concurrencia de hechos negativos).



"En según lugar la sanción de multa, que solo se podrá imponer ante la ausencia de elementos negativos, deberá ir acompañada de una advertencia del deber de abandonar el territorio español en un plazo (30 días). La novedad radica en que en ese "plazo de tolerancia" para emprender el retorno, puede solicitarse y obtenerse un permiso de residencia que regularice la situación arbitrándose un plazo razonable de regularización.

"Así la sentencia fija como punto de partida la regulación española, para evitar equívocos:...

"[...] Desde esta perspectiva, y partiendo de los hechos o datos negativos que son el presupuesto de la expulsión es perfectamente posible integrar la doctrina establecida en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2021 (RCAs 2870/2020) sobre la que se construye tanto el razonamiento de la juzgadora de instancia como el reproche a la misma realizado por el apelante, pues el presupuesto básico de la expulsión es la estancia irregular con presencia de elementos negativos. En efecto el contenido de la sentencia de 3 de marzo de 2022, no innova a nuestro juicio el panorama de la expulsión en nuestro derecho, sino que vuelve, retoma y refuerza la doctrina expresada por el propio TJUE en la sentencia de 8 de octubre de 2020, en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, que citábamos antes y que expresa lo siguiente:...

"Podemos así concluir que la Sentencia de fecha 17 de marzo de 2021 dictada en la Casación 2870/2020 permanece inalterada en lo tocante a la procedencia de la expulsión si existen elementos negativos, rechazando la posibilidad de que, en los supuestos en que no concurren los mismos no sea procedente la simple multa, todo ello sin perjuicio del análisis, cuando sea procedente, de las circunstancias previstas en los arts. 2 a 5 de la Directiva 2008/2015 (criterio de la vida familiar), lo cual a juicio de la Sala es acertado pues de otro modo dejaría sin sancionarse la mera estancia irregular, que, no olvidemos, el Legislador español castiga como infracción.

"Por ello todo el desarrollo argumental que contiene la sentencia de 17 de marzo de 2021 sobre los elementos negativos o circunstancias agravantes, sigue, a juicio de esta Sala plenamente vigente, y así lo recordamos.

"En efecto, en relación a esa necesaria concurrencia de circunstancias que agraven la estancia, refiere la sentencia de 17 de marzo de 2021 (RCAs 2870/2020), refiere que:...

"Y como criterios meramente orientativos para decretar una orden de expulsión ha considerado aprovechables los anteriores pronunciamientos del Tribunal Supremo antes de la aprobación de la Directiva de Retorno, enunciando "ad exemplum" los siguientes:

"- El encontrarse el extranjero en situación irregular, pero sin documentación alguna por la que pudiera ser identificado ( sentencia de 27 de mayo de 2008).

"- O incluso con el añadido de ignorar, por esa ausencia de documentación, no solo los datos personales, sino también la forma de entrada en territorio nacional ( sentencias de 26 de diciembre de 2007; 14 de junio de 2007; y de 5 de junio de 2007).

"- No haber cumplimentado voluntariamente una orden previa de salida obligatoria, adoptada conforme a lo establecido en el artículo 28 de la Ley Orgánica de Extranjería ( sentencia de 22 de febrero de 2007).

"- La constatación de que la residencia autorizada fue obtenida de manera fraudulenta, basada en hechos posteriormente declarados falsos y revocada dicha residencia ( sentencia de 8 de noviembre de 2007).

"- Los supuestos a que se hace referencia en el artículo 63.1.º, párrafo segundo, de la precitada Ley Orgánica al regular el Procedimiento Preferente de acuerdo con el artículo 7.4.º de la Directiva, referido a los supuestos en que la decisión de retorno puede ejecutarse sin plazo de salida, en

concreto: 1.- Que el extranjero en estancia irregular constituya "un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional"; 2.- Que el extranjero en situación irregular, por las peculiaridades que se acrediten, trate de evitar o dificultar la expulsión; 3.- Y que exista riesgo de incomparecencia.

"- 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, en concreto:

"- Haber sido detenido el extranjero en el marco de la comisión de un delito o que al mismo le conste antecedentes penales.

"- Que el extranjero invoque una falsa nacionalidad.

"- La existencia de una prohibición de entrada anterior.

"- Carencia de domicilio y de documentación.

"- Incumplimiento de una salida obligatoria.

"- Imposibilidad de comprobar cómo y cuando entró en territorio español determinada por la indocumentación del extranjero o de la ausencia de sello de entrada en el documento de viaje.

"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 apelante fue detenido el 13 de abril de 2020 en Madrid por infracción de extranjería. En el momento de su detención no portaba pasaporte, extremo que reseña el acto recurrido. Formuló alegaciones en la fase administrativa, 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. Afirmó en el trámite de alegaciones haber aportado el pasaporte del mismo, sin que, como hemos expresado en el fundamento cuarto de esta sentencia. Esta Sala viene considerando desde hace mucho tiempo, que, si bien es deber del extranjero estar documentado con su pasaporte, si en el momento de la incoación no lo porta, lo puede aportar en el trámite de alegaciones, presentado no solo la página biográfica, sino también la página (o páginas) en las que consten los sellos de entrada en territorio nacional, aportación que tiene sentido ante la Administración, pues solo así podrá la Administración constatar si se ha excedido el período de estancia, y, sobre todo el tiempo de permanencia en nuestro país, que es relevante a la hora de valorar el arraigo del interesado. Nada de eso se hizo en la fase administrativa, aunque es cierto que junto con la demanda se realizó un relativo esfuerzo probatorio, aportándose entonces el pasaporte del interesado y otros elementos.

"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, tal y como pretende la representación del apelante, 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 amparada, 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 la recurrente se encontraba indocumentado, desconociéndose cómo y por dónde entró en



territorio nacional, extremo que se menciona en el acto recurrido, y, que, además como hemos analizado arriba, es elemento suficiente por sí solo, ante la carencia de otros, para poder decretar la expulsión del apelante.

"Por lo expuesto considera la Sala procede desestimar el presente recurso formulado por la representación del nacional peruano Jacobo contra la sentencia de fecha de 2 de junio de 2021 del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo n.º 6 de los de Madrid *que desestimó el recurso contra la resolución de fecha 17 de septiembre de 2020 de la Delegación del Gobierno en Madrid por la que se acordó la expulsión de territorio nacional del mismo con la consiguiente prohibición de entrada por un período de tres años, como consecuencia de la comisión de una infracción del art. 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, que por no ser contraria a derecho se confirma en todas sus partes y pronunciamientos.*"

SEGUNDO. El recurso de casación.

La decisión del Tribunal de instancia, a la vista de la fundamentación ya expuesta, fue cuestionada por el recurrente que preparó el recurso de casación y, como ya se dijo, fue admitido a trámite, declarándose que la cuestión que suscita interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia era determinar si la circunstancia agravante a la mera situación de estancia irregular y carecer de documentación acreditativa en el momento inicial del procedimiento sancionador, puede ser ponderada a los efectos de aplicar la proporcionalidad de la orden de expulsión en vez de la sanción de multa, bien en vía administrativa o de revisión jurisdiccional. A tales efectos se consideraba que debían ser objeto de interpretación, entre otros que se considerasen de pertinente aplicación, los artículos 53-1.º-a), 55-1.º y 57-1.º de la LOEX.

En el escrito de interposición del recurso de casación se aduce por la defensa del recurrente, tras examinar y realizar las consideraciones que se concluyen de la jurisprudencia ya mencionada en la sentencia recurrida, que se han vulnerado los preceptos mencionados en el auto de admisión de la LOEX, por cuanto en el presente supuesto y en las dos sentencias dictadas en las instancias, no se ha tenido en cuenta las conclusiones de las sentencias citadas del TJUE y las más recientes de esta Sala del Tribunal Supremo en orden a primar la sanción de multa a la de expulsión, como se sostiene en la sentencia que se recurre. Más concretamente, se reprocha a la Sala territorial de Madrid que en su sentencia no haya tomado en consideración las pruebas aportadas con la interposición del presente recurso, de la que cabe concluir, a juicio del recurrente, que las circunstancias que tanto la sentencia del Juzgado como la de la Sala justificarían, conforme a la mencionada jurisprudencia, la orden de expulsión, habrían quedado desvirtuadas con dichas pruebas.

Conforme a dichas consideraciones se suplica en el recurso que se fije como criterio interpretativo de los preceptos a que se refiere la cuestión casacional que, a los efectos de circunstancias de agravación de la infracción de estancia ilegal en el territorio nacional para decretar la expulsión, puede acreditarse tanto en la previa vía administrativa como en la jurisdiccional. De todo ello se suplica que se estime el recurso, se anule la sentencia de instancia y se deje sin efecto la resolución originariamente impugnada y la orden de expulsión decretada.

Ha comparecido en el recurso para oponerse al mismo el Abogado del Estado que aduce, en contra de los motivos de la interposición del recurso, que los fundamentos de la sentencia recurrida son plenamente ajustados a la referida jurisprudencia, dejando constancia de las circunstancias que en el caso de autos justifican la orden de expulsión, por lo que se termina suplicando que se desestime el presente recurso.

TERCERO. Delimitación del objeto del recurso.

Antes de proceder al examen de la cuestión casacional, en la forma en que ha sido delimitada en el auto de admisión, se impone determinar las peculiaridades que ofrece el presente recurso. En efecto, el debate que aquí se suscita, y así aparece reflejado en la delimitación de la cuestión casacional, no esté referida a la correcta aplicación de la más que conflictiva jurisprudencia sobre la interpretación del polémico artículo 57 de la LOEX, conforme a la cual, para dictar la orden de expulsión por la estancia irregular de los extranjeros en España (tipificada como infracción grave en el artículo 53-1.º-a) se requiere la concurrencia de circunstancias que permitan apreciar una gravedad de la conducta, añadida a esa mera instancia. La Sala de instancia, y ya ante el Juzgado, hace una reseña más que acertada de dicha jurisprudencia (no se hace referencia a nuestra última sentencia 337/2022, de 16 de marzo, dictada en el recurso 6695/2020; ECLI:ES:TS:2022:988 por razones temporales) y esta Sala no puede sino compartir los razonamientos de la sentencia recurrida que se da por reproducida.

El debate que se suscita en el auto de admisión, conforme ya se había suscitado por el recurrente, se centra en determinar si esas concretas circunstancias pueden y deben tomarse en consideración solo al inicio del procedimiento en vía administrativa o si, por el contrario, deben valorarse a la vista de las pruebas aportadas tanto en el previo procedimiento administrativo, en un momento posterior a su iniciación, o incluso conforme a las pruebas aportadas en la vía jurisdiccional. En palabras del auto de admisión, si la apreciación de esas circunstancias puede ser modulada en un momento posterior al inicio del procedimiento sancionador o inclusión en vía jurisdiccional.

El planteamiento del debate en tales términos viene propiciado porque, como ya antes se apuntó, en la resolución sancionadora inicial del procedimiento en que se dictó el acto recurrido no se hace referencia a circunstancia de agravación, añadida a la mera estancia en territorio español del recurrente, para imponer la orden de expulsión y la prohibición de entrada. La polémica sobre la exigencia de la concurrencia de circunstancias que justificaran la orden de expulsión se suscita ya en vía jurisdiccional y tanto la sentencia del Juzgado como la del Tribunal territorial de Madrid, confirman la decisión de la Administración, estimando que el recurrente no había aportado pruebas sobre la no concurrencia de tales circunstancias, en el momento inicial del procedimiento administrativo sancionador, conforme ya se vio anteriormente.

Teniendo en cuenta esas peculiaridades que ofrece el presente recurso es necesario que este Tribunal deje constancia que el debate está vinculado, en mayor o menor medida, a la valoración de la prueba que, conforme a la reiterada jurisprudencia de este Tribunal, es materia que está extramuros del debate en el recurso de casación, conforme cabe concluir del artículo 87-bis-1.º de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

La anterior prevención no puede suponer una exclusión del debate suscitado en este recurso de casación, porque en pura técnica procesal y como se determina en el auto de admisión, aquí el debate no es ya tanto el resultado de una concreta valoración de la prueba y los hechos que el Tribunal sentenciador haya concluido, sino si el propio Tribunal sentenciador puede hacer una ponderación de tales circunstancias al momento de dictar sentencia y examinar la legalidad de la resolución sancionadora, conforme a la totalidad de las pruebas que hayan sido aportadas al proceso o su expediente, con independencia de que la Administración, al acordar la expulsión, no dispusiera de ese material probatorio. Ese es el debate que se suscita y su planteamiento está más que justificado por cuanto, no solo de manera implícita, sino que tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación, aceptan que la decisión administrativa estaba ajustada al ordenamiento porque el recurrente no había justificado ante la Administración que no concurrieran circunstancias de agravación a la mera estancia que justificaba la orden de expulsión. Que ello es así lo pone de manifiesto, como ya vimos, la sentencia del Tribunal de Madrid cuando declara, respecto de dicha prueba sobre tales circunstancias, "... [n]ada de eso se hizo en la fase administrativa, aunque es cierto que junto con la demanda se realizó un relativo esfuerzo probatorio, aportándose entonces el

pasaporte del interesado y otros elementos." Es decir, el Tribunal rechaza que en ese momento puedan valorarse dichos " *elementos* " .

Es más, el debate, aunque no se exponga de manera nítida en el escrito de interposición, que se suscita por el recurrente es que ni el Juzgado ni el Tribunal territorial han tomado en consideración las pruebas que fueron aportadas a su instancia ya con la demanda que dio inicio al procedimiento en la primera instancia. Y así, se considera que sí fueron apreciadas en la resolución sancionadora el hecho base de la imputación de encontrarse indocumentado, sin constar la entrada en España, careciendo de domicilio en nuestro país y sin ningún tipo de arraigo en España; no obstante lo cual es lo cierto que en ambas sentencias se mantiene (fundamento tercero de la sentencia del Juzgado) que son esas circunstancias las que justifican, conforme a nuestra jurisprudencia, la orden de expulsión, en vez de la sanción de multa, sin haberse tenido en cuenta las pruebas que fueron aportadas al proceso.

Sin embargo, con la demanda del proceso abreviado iniciado en el Juzgado, se aportó por el recurrente documentos que desacreditaban esa apreciación de las circunstancias del recurrente, cuestión que deberá examinarse posteriormente.

CUARTO. Examen de la cuestión casacional.

Delimitado el debate en la forma expuesta la respuesta a la cuestión casacional ha de ser acorde a la propuesta que se hace en el escrito de interposición y ello por las siguientes razones.

En primer lugar, se debe recordar la misma naturaleza del recurso contencioso-administrativo o, quizás con mayor amplitud, la propia naturaleza de esta Jurisdicción que, conforme ya resulta del artículo 106 de la Constitución tiene por finalidad el control de la actividad administrativa, en los términos que se recogen en los artículos 1 y 25, entre otros, de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de tal forma que la finalidad del recurso contencioso- administrativo es, en última instancia, determinar si una concreta actividad administrativa está o no ajustada al ordenamiento jurídico, como nos impone el artículo 70-2.º de dicha Ley procesal. Pero esa decisión, con carácter general, se ha de determinar examinando la concreta actividad administrativa objeto de examen. Es decir, el Tribunal de lo Contencioso examina la actividad impugnada conforme a las circunstancias que concurrieran cuando dicha actividad se llevó a cabo por la Administración, pero ello no supone que al interesado le esté vedado que, en esa fase de revisión, pueda aportar elementos de prueba que puedan, ya en el proceso, evidenciar que aquella actividad no estaba ajustada al ordenamiento jurídico en aquel momento. Es decir, poder cuestionar que la decisión administrativa no lo estaba conforme al material probatorio que aporta al proceso, material que, por supuesto, ha de estar referido a aquel momento en que se adopta la decisión administrativa.

Es cierto que por más que en el momento actual se haya mitigado el carácter revisor de la jurisdicción --se autoriza impugnar actividades administrativas sin previa decisión administrativa--, nunca esta jurisdicción ha supuesto una segunda instancia respecto de la actividad administrativa impugnada que ya descarto en su Exposición de Motivos la vieja Ley de 1956; muy al contrario, los Tribunales de lo Contencioso han de examinar la legalidad de esa actividad conforme resulte de las alegaciones y pruebas que se hayan aportado al proceso.

En segundo lugar y como complemento al argumento anterior, nuestra Ley procesal autoriza en el artículo 56-1.º que quienes recaben la tutela judicial frente a una actividad de la Administración, puedan alegar en la vía jurisdiccional " *cuantos motivos procedan* " para justificar que dicha actividad no es conforme a Derecho y ello con independencia de que " *hayan sido o no planteados ante la Administración* ". Dicha autorización permite una doble consideración, de una parte, que si se autoriza a los ciudadanos poder invocar nuevos motivos, se está implícitamente autorizando la aportación de nuevas pruebas, porque excluir estas limitaría aquellos; de otra parte, se confirma que los Tribunales de lo Contencioso están obligados a examinar la legalidad de la actividad administrativa impugnada

conforme a lo que resulta del mismo proceso, pero referido al momento en que se adoptó la decisión administrativa.

Las anteriores consideraciones, siendo aplicable para toda actividad administrativa, adquiere especial reforzamiento en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, por su propia naturaleza, que no parece necesario reflejar, en cuanto participa, como se declara de manera inconcusa, de los mismos principios del Derecho penal, si bien con matices, lo cual comporta que la finalidad del proceso no es sino la búsqueda de la verdad real y no solo formal, lo que habilita la más amplia facultad para la aportación de toda prueba de que pueda servirse el acusado.

De lo expuesto deberemos concluir que si, como hemos declarado en nuestra última jurisprudencia, la orden de expulsión, como sustitutiva de la sanción de multa por la infracción grave de la estancia irregular en el territorio nacional de un extranjero, conforme se tipifica en los artículo 53-1.º-a), en relación con el artículo 57 de la LOEX, requiere un juicio de proporcionalidad, en el que se tengan en cuenta las circunstancias que puedan concurrir en el sancionado, en particular de aquellas que puedan comportar un agravamiento de la conducta respecto de la mera estancia, ese juicio de proporcionalidad, no solo debe realizarse por la Administración al dictar la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador, sino que deben realizarlo los Tribunales al revisar dichas resoluciones para lo que han de tenerse en cuenta las pruebas que le haya sido aportado, no solo en vía administrativa sino también en vía jurisdiccional.

En suma, dando respuesta a la cuestión casacional suscitada en este recurso, procede declarar que la ponderación de las circunstancias que puedan justificar la orden de expulsión, como sustitutiva de la sanción de multa que procede en los supuestos de la infracción grave de estancia irregular en España de los extranjeros, conforme al artículo 53-1.º-a), en relación con el artículo 57 de la LOEX, ha de realizarse por la misma Administración en la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador, sin perjuicio de que los Tribunales, al revisar dicha resolución, puedan revisar también ese juicio de ponderación, conforme al material probatorio que obre en las actuaciones, tanto en el proceso como en su expediente.

QUINTO. Examen de la pretensión accionada en el proceso.

El orden de los pronunciamientos que nos impone el artículo 93 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa obliga a que ahora procedamos al examen de la pretensión accionada en el proceso que, al momento presente, es la de anular las sentencias de instancia y dejar sin efecto la orden de expulsión impuesta en la resolución impugnada; examen que ha de realizarse conforme a lo concluido respecto de la cuestión casacional suscitada, como nos impone el mencionado precepto.

Suscitado el debate en la forma expuesta debemos partir del hecho evidente que tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación no tomaron en consideración, como ya se dijo, las pruebas que habían sido aportadas con su demanda inicial del originario procedimiento abreviado, hasta el punto que ya hemos transcrito como la Sala territorial excluye entrar en el examen de ese "esfuerzo probatorio" al que ninguna atención se presta, sin duda debido, conforme entendió el auto de admisión, de que ya no era el momento de hacer esa aportación de pruebas, lo cual es contrario a lo que antes hemos concluido y debe rechazarse, por cuanto en la revisión jurisdiccional deben atenderse a las alegaciones realizadas por los ciudadanos y las pruebas aportadas, se hayan invocado o no en la previa vía administrativa.

Lo concluido comporta declarar que ha lugar al presente recurso y dejar sin efecto la sentencia recurrida, pero se mermaría el derecho a la tutela si nos limitamos a dicha opción, por cuanto se dejaría imprejuzgada la auténtica pretensión del recurrente, que es la de anulación de la resolución impugnada, es decir, lo que ahora corresponde es que procedamos ya directamente, conforme a la

respuesta dada a la cuestión casacional, a resolver " *las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso* " como nos impone el precepto antes mencionado.

Centrado el debate en la forma expuesta es obligado recapitular el devenir del procedimiento seguido al recurrente y su actuación tanto del previo procedimiento sancionador como en fase jurisdiccional. Es cierto que el recurrente fue requerido por Agentes de la Policía Nacional el día 13 de abril de 2020 para que se identificara y que en ese momento no llevaba documento de identificación alguno, procediéndose a su detención en ese mismo día y a la incoación del procedimiento sancionador, actuaciones que le fueron notificadas al recurrente con información de sus derechos. Al día siguiente, 14 de abril, el recurrente presenta escrito haciendo alegaciones a la apertura del procedimiento, poniendo en conocimiento del instructor ser titular de pasaporte de su País, que se encontraba en España habiendo realizado la entrada por puesto fronterizo, donde desarrollaba un trabajo y convivía con un familiar, residente legal en España, suplicando que no se acordase la incoación del procedimiento sancionador o, de manera subsidiaria, que no se decretase la expulsión, sino que se le impusiera una sanción de multa. En fecha 29 de abril siguiente se dicta la propuesta de resolución, sin referencia a los hechos alegados por el recurrente, y en fecha 7 de septiembre se dicta la resolución ordenando la expulsión que se había propuesto por el instructor. Tales extremos constan en el expediente unido a los autos.

Con ocasión de la demanda de inicio del procedimiento abreviado ante el Juzgado, se aportaron el pasaporte en vigor del recurrente, con sello de entrada en España, certificado de empadronamiento en esta Ciudad de Madrid, desde el día 23 de mayo de 2019, empadronamiento que, como era obligado, fue renovado en fecha 23 de mayo de 2020. Se acredita, así mismo, que tenía suscrita una póliza de seguro de asistencia sanitaria desde el día 1 de enero de 2020, siendo atendido en los Servicios de Urgencias del Hospital Clínico San Carlos de esta Ciudad, en fecha 28 de abril de 2019, constando también documentación acreditativa de envío de dinero a su País. Tales documentos no fueron impugnados de contrario y ninguna referencia se hace de ellos en las dos sentencias de instancia.

La conclusión de la documentación referenciada no puede ser otra que la de dejar sin contenido la concurrencia de las mencionadas circunstancias que comportarían una agravación de la mera estancia del recurrente en España que fueron, debemos recordarlo, la ausencia de documentación al momento de ser requerido, no tener pendiente procedimiento de solicitud de residencia o carecer de arraigo; conclusiones que se hicieron sin haber dado oportunidad a ser contradichas, porque nada se recabó en el procedimiento y ninguna trascendencia tuvo la aportación de la documentación a que se acaba de hacer referencia. Y es que, en definitiva, el recurrente sí tenía la documentación acreditativa sobre su identificación, sin perjuicio de que no la llevara consigo en el momento de ser requerido para ello, pero que sí fue aportada a los autos; siendo de vital importancia dicha documentación la constancia de la forma de entrada en nuestro País; de no atenernos a esa posibilidad se estaría sancionando el mero hecho formal de no llevar la documentación personalmente en un momento determinado, no su inexistencia. Y en cuanto a la ausencia de arraigo, es lo cierto que una permanencia, con empadronamiento constatado durante más de un año a la fecha de inicio del expediente, con constancia de percepción de retribuciones, permite concluir en el ejercicio de actividad de la que obtendría algún tipo de remuneración, como acredita la remisión de dinero a su País.

En suma, que no puede aceptarse que en el caso del recurrente concurren circunstancias añadidas a la mera estancia irregular en nuestro País que justificara la orden de expulsión, conforme exige la reiterada jurisprudencia de este Tribunal que se recoge, con acierto, en la sentencia que se revisa, de donde hemos de concluir que procede declarar haber lugar al recurso, anular las sentencias de instancia y dejar sin efecto la orden de expulsión acordada.

SEXTO. Costas procesales.-

De conformidad con lo establecido en el artículo 93.4.º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no ha lugar a la imposición de las costas de este recurso de casación, al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes. Por lo que se refiere a las costas ocasionadas en la instancia, la estimación del recurso comporta que, de conformidad con lo establecido en el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede tampoco hacer concreta imposición de las costas procesales ni en la primera instancia ni en el recurso de casación.

### **FALLO**

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

Primero. La respuesta a la cuestión casacional que se suscita es la reseñada en el párrafo último del fundamento cuarto.

Segundo. Ha lugar al presente recurso de casación 3424/2022, interpuesto por don Santos, contra la sentencia 229/2022, de 10 de marzo, dictada por la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, mencionada en el primer fundamento.

Tercero. En su consecuencia, se anula y se deja sin valor ni efecto alguno la mencionada sentencia.

Cuarto. En su lugar, se estima el recurso de apelación 905/2021, y se anula la sentencia 186/2021, de 2 de junio, dictada en el procedimiento abreviado 316/2020, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 6 de los de Madrid, anulando, por no estar ajustada al ordenamiento jurídico, la resolución de la Delegación del Gobierno en la Comunidad de Madrid, de 7 de septiembre de 2020, por la que se había acordado su expulsión del territorio nacional y la prohibición de entrada en el plazo de tres años; dejando sin efecto dicha orden de expulsión y la prohibición de entrada.

Quinto. No procede hacer concreta imposición de las costas de este recurso de casación ni de las ocasionadas en las dos instancias previas.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.