

## "JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE EXTRANJERÍA: CUESTIONES DE ACTUALIDAD"

**Jueves, 12 de marzo de 2009**  
**César Tolosa Triviño**  
**Presidente del Tribunal Superior de Justicia**  
**de Cantabria**

### NORMATIVA

- Constitución Española.
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su redacción dada por las Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre, 11/2003, de 29 de septiembre y 14/2003, de 20 de noviembre.
- Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

### JURISPRUDENCIA

#### 1) CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD SOBRE ART 57 LOEX

**Tribunal Constitucional Pleno, A 12-12-2007, nº 454/2007, rec. 731/2007**

#### RESUMEN

El TC inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 57,1 LO 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España, en cuanto dispone, en relación a la infracción "encontrarse irregularmente en el territorio español", que "podrá aplicarse en lugar de sanción de multa la *expulsión* del territorio español". Considera infundada la cuestión por, entre otros *motivos*, considerar que la norma no incide en la eficacia de la actividad administrativa.

#### NORMATIVA ESTUDIADA

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española, art.103.1

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 26 de enero de 2007 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal un escrito del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Oviedo, al cual se acompaña, junto con el testimonio del correspondiente procedimiento, el Auto de 15 de enero de 2007 de dicho Juzgado por el que se plantea cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España, en cuanto dispone, en relación a la infracción tipificada en el apartado a) del art. 53 ("encontrarse irregularmente en el territorio español"), que "podrá aplicarse en lugar de sanción de multa la expulsión del territorio español".

SEGUNDO.- Los hechos relevantes en este proceso constitucional son los siguientes:

a) Por Resolución dictada por la Delegación del Gobierno en Asturias el 27 de febrero de 2006 se acordó la expulsión del territorio nacional, por un periodo de diez años, de D. Juan Patricio como responsable de la infracción prevista en el art. 53 a), de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, y por la Ley 14/2003, de 20 de noviembre.

b) Con fecha 17 de julio de 2006 D. Juan Patricio interpuso recurso contencioso-administrativo contra la anterior Resolución, alegando, entre otros argumentos, que se había impuesto al recurrente la sanción más gravosa, vulnerándose el principio de proporcionalidad establecido en el art. 55.3 y 4 de la Ley de Extranjería y el art. 97.3 del Reglamento de la Ley. Se alegó asimismo que en el expediente administrativo no figuraba la razón o motivo por el que la Administración optó por la expulsión y no por la sanción de multa.

c) Mediante providencia de 22 de diciembre de 2006 el Juez resolvió, de acuerdo con el art. 35.2 LOTC, conceder a las partes diez días para alegar lo que estimaran oportuno sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en cuanto dispone, en relación a la infracción tipificada en el apartado a) del art. 53 de la misma Ley Orgánica ("encontrarse irregularmente en el territorio español"), que "podrá aplicarse en lugar de sanción de multa la expulsión del territorio español". La duda de inconstitucionalidad expresada por el Juez se basó en la posible vulneración del art. 25.1 CE en relación al art. 9.3 CE, en la infracción del art. 103 CE, y en la vulneración del art. 10.1 CE.

d) En escrito presentado ante el Juzgado el 29 de diciembre de 2006 el Abogado del Estado se opuso al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, en primer

lugar, por no exteriorizar el Juez proponente el juicio de relevancia, ya que, ni las partes mostraron sus dudas sobre la constitucionalidad de la norma aplicable, ni el actor estimó que la imposición como sanción de la expulsión fuera contraria a Derecho. La decisión del litigio no depende pues de la constitucionalidad de la norma cuestionada, ya que el objeto del debate procesal se centró en las interpretaciones contrapuestas de la norma: para el recurrente procede la multa y para la Administración procede la expulsión .

En segundo lugar, el Abogado del Estado se opuso al planteamiento de la cuestión por entender que el art. 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000 no vulnera el mandato de taxatividad que incorpora el art. 25.1 CE, pues, examinando la enumeración de infracciones y sanciones contempladas en la Ley cuestionada, cualquier destinatario de la norma puede conocer con suficiente certeza que, cometida la conducta subsumible en el ilícito administrativo previsto en el art. 53.1 a) de dicha Ley, puede serle impuesta la sanción de expulsión . Asimismo considera que el principio de eficacia de la Administración enunciado en el art. 103 CE nunca puede constituir parámetro de constitucionalidad del precepto cuestionado. Finalmente no aprecia contradicción entre ese precepto y el art. 10.1 CE, pues la atribución a la Administración de la potestad para expulsar al extranjero no lesiona la dignidad de éste.

Por su parte, en escrito registrado en el Juzgado el día 15 de enero de 2007, la representación de D. Juan Patricio estimó pertinente el planteamiento de la cuestión, ya que el art. 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000 podría conculcar el art. 25 CE al no incorporar un criterio para determinar si se impone la sanción de multa o la de expulsión .

Finalmente, el Ministerio Público, en informe presentado al Juzgado el 8 de enero de 2007, considera que no procede el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

TERCERO.- Mediante Auto de 15 de enero de 2007 el Juez de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Oviedo acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España, en cuanto dispone, en relación a la infracción tipificada en el apartado a) del art. 53 ("encontrarse irregularmente en el territorio español"), que "podrá aplicarse en lugar de sanción de multa la expulsión del territorio español", por posible infracción del art. 25.1 en relación con el 9.3, y de los arts. 103 y 10.1, todos ellos de la Constitución.

En su Auto el Juez considera procedente plantear la cuestión de inconstitucionalidad por cuanto la decisión que debe adoptar en el proceso contencioso-administrativo depende de la validez de la disposición legal cuestionada. La estimación o

desestimación del recurso contencioso-administrativo debe basarse en la aplicación del citado art. 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000 que, en caso de no considerarse inconstitucional, daría lugar a un fallo desestimatorio y, en caso de considerarse inconstitucional, estimatorio de la pretensión del recurrente.

Dos son las dudas suscitadas por el órgano judicial. En primer lugar, si el precepto impugnado vulnera o no el principio de legalidad en materia sancionadora enunciado en el art. 25.1 CE, particularmente del régimen de *lex certa* o "taxatividad", dada la indeterminación de las pautas o criterios para imponer una u otra sanción administrativa, lo que comportaría también infracción del art. 9.3 CE. El art. 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000 efectuaría un apoderamiento a la Administración para optar por el tipo de sanción (multa o expulsión) de forma genérica, sin pauta ni límite, ya que los criterios fijados en el art. 55.3 de la misma Ley no contienen una pauta para la imposición de una u otra sanción, sino únicamente criterios en relación con la sanción pecuniaria, y así lo demostraría la praxis jurisprudencial. El mismo Tribunal Supremo habría acudido a conceptos jurídicos indeterminados (como el de "conducta negativa") para completar la laguna del legislador, y la justicia contencioso-administrativa habría mostrado un criterio errático al aplicar el precepto discutido. En definitiva, la Ley deja a la discrecionalidad administrativa y al arbitrio judicial la imposición de una u otra sanción, sin fijar unas mínimas pautas o circunstancias que obliguen a justificar la sanción que se impone. El precepto sería inconstitucional por omisión en la determinación típica de la sanción.

En segundo lugar, el precepto cuestionado podría infringir el principio de eficacia de la Administración (art. 103 CE), y ello en relación con la conculcación por el legislador del principio de proporcionalidad, ya que no puede reputarse eficaz una sanción que no guarda proporción o correspondencia con el hecho infractor. Según se expone en el Auto de planteamiento, la expulsión sería proporcionada a la comisión de la infracción contemplada en el art. 53, a) de la Ley, pero no la multa, que "monetariza" la entrada ilegal y deja de cumplir un papel disuasorio de la conducta que se trata de reprimir, con lo que deviene ineficaz.

CUARTO.- Mediante diligencia de ordenación de la Secretaría del Pleno de este Tribunal, de 30 de enero de 2007, se acordó acusar recibo del testimonio de actuaciones remitidas y comunicar al Ministerio Público y al órgano judicial el número que le ha correspondido a la cuestión de inconstitucionalidad planteada.

QUINTO.- Mediante providencia de 24 de julio de 2007 la Sección Tercera de este Tribunal acordó, a los efectos que determina el art. 37.1 LOTC, oír al Fiscal General del Estado para que en el plazo de diez días alegara lo que considerase conveniente acerca de la admisibilidad de la presente cuestión, por si fuere notoriamente infundada.

SEXTO.- El Fiscal General del Estado formuló sus alegaciones por escrito registrado en este Tribunal el 24 de septiembre de 2007, interesando la inadmisión de la cuestión por entender que es notoriamente infundada. A su juicio el precepto cuestionado cumple con las exigencias de la garantía material que el art. 25.1 CE impone a la potestad sancionadora de la Administración, tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia constitucional, puesto que satisface suficientemente el requisito de la predeterminación normativa en cuanto a la sanción de expulsión que en dicho precepto se contempla. La regulación establecida en el Título III de la Ley Orgánica 4/2000 contiene criterios normativos suficientes para hacer predecibles los casos de imposición de la sanción de expulsión, que pueden extraerse del art. 55.3 y de los que posibilita el art. 50 mediante su remisión a la Ley 30/1992, en concreto a su art. 131. Tampoco vulnerarían la garantía del art. 25.1 CE las "sanciones facultativas", que de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal no pueden considerarse inconstitucionales.

Por otra parte el precepto cuestionado no consagraría la discrecionalidad de la Administración en la elección de la sanción, ya que, integrado con lo dispuesto en los arts. 57.5 y 6, 55.3 y 50 de la Ley Orgánica 4/2000, cumpliría con las exigencias de predeterminación normativa y certeza que derivan de los principios de legalidad y seguridad consagrados en los arts. 25.1 y 9.3 CE, y en absoluto permitiría la arbitrariedad.

Finalmente, el Fiscal General del Estado rechaza la posibilidad de que el precepto cuestionado infrinja el principio de eficacia de la Administración (art. 103 CE), que es un principio de aplicación a la actuación de la actividad administrativa, el cual no debe relacionarse con la posible inconstitucionalidad de un precepto legal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- El Juez de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Oviedo cuestiona en este procedimiento la constitucionalidad del art. 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España, en cuanto dispone en relación a la infracción tipificada en el apartado a) del art. 53 ("encontrarse irregularmente en el territorio español"), que "podrá aplicarse en lugar de sanción de multa la expulsión del territorio español". El órgano judicial fundamenta la posible inconstitucionalidad del precepto legal en su contradicción con el principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25.1 CE), concretamente en su exigencia de lex certa o "taxatividad" al dejar indeterminadas las pautas o criterios para imponer una u otra sanción administrativa (multa o expulsión), lo que comportaría también infracción del art. 9.3 CE. Por otra parte el órgano promotor de la cuestión afirma que el precepto cuestionado podría infringir el principio de eficacia de la Administración (art. 103 CE), en relación con la conculcación por el legislador del principio de proporcionalidad, ya

que no puede reputarse eficaz una sanción que no guarda proporción o correspondencia con el hecho infractor.

Las dudas de constitucionalidad planteadas por el órgano judicial han sido resueltas en el ATC 409/2007, de 6 de noviembre, dictado como consecuencia de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 422-2007, planteada por el propio Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Oviedo respecto del mismo precepto, en el que este Tribunal ha considerado que la citada cuestión se encontraba notoriamente infundada. Por tanto debe considerarse también la presente cuestión de inconstitucionalidad como notoriamente infundada, por las razones expuestas en el citado Auto de 6 de noviembre, a cuyos fundamentos jurídicos nos remitimos íntegramente.

Resumidamente, como se destaca en dicho Auto, la norma cuestionada no vulnera el art. 25.1 CE, porque no contiene una habilitación en blanco a la Administración que le permita optar sin límites por una determinada sanción administrativa, tal como sostiene el órgano promotor de la presente cuestión. En primer lugar, el art. 57, apartados 5 y 6, de la Ley Orgánica 4/2000 acota negativamente el ámbito de aplicación de la sanción de expulsión. En segundo lugar, el art. 55, apartado 3, establece criterios para la aplicación de dicha sanción al regular la graduación de las sanciones establecidas en la Ley. Finalmente, el art. 50 remite a lo establecido en el art. 131 de la Ley 30/1992 en concreción del principio de proporcionalidad y los criterios de graduación de la sanción a aplicar en el curso de un procedimiento administrativo que deberá acomodarse a las exigencias del art. 20, apartado 2 de la misma Ley Orgánica 4/2000. Tal como afirma el Fiscal General del Estado en sus alegaciones la Ley establece unos presupuestos objetivos y subjetivos, así como unos criterios de aplicación que condicionan normativamente a la Administración para decidir cuándo procede la imposición de la sanción de expulsión y permiten el control jurisdiccional de sus decisiones.

Por otra parte la duda de inconstitucionalidad basada en la posible contradicción del precepto cuestionado con el principio de eficacia de la Administración debe considerarse notoriamente infundada, por cuanto que, en el caso concreto, la norma no incide en la eficacia de la actividad administrativa a la que se refiere el art. 103.1 CE EDL1978/3879.

Por lo expuesto, el Pleno del Tribunal

FALLO

Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad.



## SESIÓN 12

Así, por este nuestro auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Casas Baamonde.- Jiménez Sánchez.- Conde Martín de Hijas.- Delgado Barrio.- Pérez Vera.- García-Calvo y Montiel.- Gay Montalvo.- Rodríguez-Zapata Pérez.- Rodríguez Arribas.- Sala Sánchez.- Aragón Reyes.- Pérez Tremps.

### 2) REPRESENTACIÓN DE EXTRANJEROS PARA INTERPOSICIÓN DE RECURSO DE AMPARO

**Tribunal Constitucional Sala 1ª, S 22-12-2008, nº 173/2008, BOE 21/2009, de 24 de enero de 2009, rec. 5551/2003. Pte: Aragón Reyes, Manuel**

#### RESUMEN

El TC otorga a los recurrentes el amparo solicitado, reconociendo su derecho a la libertad personal frente a auto que inadmitió a trámite la petición de habeas corpus tras haber sido interceptados en una patera, al considerar que ésta fue tramitada a iniciativa del Letrado, en nombre de los extranjeros, sin existir un mínimo mandato. Considera la Sala que, conforme a doctrina constitucional, la exigencia de un apoderamiento expreso para recurrir en amparo es plenamente razonable cuando la recuperación de la libertad se produce en el ámbito regido por el poder público español. Por el contrario, si la privación de libertad ha cesado como consecuencia de la *expulsión* del extranjero en cuyo beneficio se ha tenido por tácitamente apoderado a un Abogado para instar el habeas corpus, es claro que debe admitirse que ese apoderamiento subsiste para interponer un recurso de amparo en interés de ese extranjero que, como consecuencia de su *expulsión* del territorio español, se encuentra materialmente imposibilitado de defender por sí mismo sus derechos. Formula voto particula el Magistrado D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

#### -NORMATIVA ESTUDIADA

LO 2/1979 de 3 octubre 1979. Tribunal Constitucional  
art.46.1, art.50.1  
CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española  
art.17.4

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escritos presentados por correo ante este Tribunal el 12 de septiembre de 1993 y que tuvieron entrada en el Registro General durante los días siguientes, el Letrado D. Luis Miguel Pérez Espadas, manifestando defender de oficio a

cada uno de los recurrentes relacionados en el encabezamiento, interpuso recursos de amparos contra el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Puerto del Rosario de 22 de agosto de 2003, de inadmisión a trámite de solicitud de habeas corpus (procedimiento de habeas corpus núm. 9-2003). En dichos escritos solicitaba el Letrado que se oficiara al Colegio de Procuradores de Madrid para que procediese a designar Procuradores del turno de oficio que representasen a sus defendidos. La designación recayó en los Procuradores de los Tribunales que constan en las actuaciones, conforme a las correspondientes diligencias de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Primera de este Tribunal.

SEGUNDO.- Los hechos en los que tiene su origen el presente recurso y relevantes para su resolución son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) Los recurrentes en amparo, de distintas nacionalidades, fueron detenidos el 21 de agosto de 2003 por agentes de la Policía Nacional de la Comisaría de Puerto del Rosario (Fuerteventura), tras haber accedido ilegalmente al territorio español en una embarcación de las denominadas "pateras".

b) El día 22 de agosto de 2003, por medio de escritos firmados por cada uno de los interesados y el Letrado D. Luis Miguel Pérez Espadas, se presentó en el Juzgado de guardia de Puerto del Rosario una solicitud de habeas corpus, en los siguientes términos: que la detención no estaba ajustada a Derecho, ya que el interesado no había cometido ningún delito y que se debía exclusivamente a haber llegado a Fuerteventura como pasajero de una patera. Además, entendía que no se cumplieron los preceptos del art. 61 de la Ley de extranjería, ya que para que procediera su detención cautelar era preciso que hubiera sido decretada por la autoridad gubernativa competente para la resolución del expediente administrativo de expulsión (art. 55.2 de la Ley de extranjería), competencia atribuida al Subdelegado del Gobierno en Las Palmas, sin que le constara que tal Subdelegado hubiera autorizado la detención. Por todo ello, cada interesado solicitaba que, tras examinar la concurrencia de los requisitos necesarios para la tramitación de su petición, se diera traslado de la misma al Ministerio Fiscal, acordando seguidamente la incoación del procedimiento y se ordenara a los agentes que lo custodiaban que lo pusieran de manifiesto ante el Juez para ser oído, o que, personándose el Juez en el lugar en que se encontraba, les oyera a él y a su Abogado, admitiera las pruebas pertinentes y, finalmente, dictara resolución acordando su puesta en libertad

c) El mismo día 22 de agosto de 2003 el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Puerto del Rosario, tras oír al Ministerio Fiscal, dictó Auto inadmitiendo a trámite las solicitudes de habeas corpus presentadas por todos y cada uno de los recurrentes (procedimiento de habeas corpus núm. 9-2003) y otros detenidos. Tras citar lo dispuesto en los arts. 1 y 6 de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de



habeas corpus, se razona en el Auto que los interesados no han sido detenidos por la comisión de ningún delito, sino por haber infringido la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, cuyo art. 61 establece que durante la sustanciación del expediente sancionador por infracción de la citada Ley se podrá acordar como medida cautelar la detención del extranjero por un periodo máximo de setenta y dos horas previas a la solicitud de internamiento, por lo que carece de fundamento alguno el primero de los argumentos expuestos en la solicitud. Asimismo se rechaza el segundo de los argumentos de la solicitud, pues del citado art. 61 resulta que la detención cautelar podrá ser ordenada por la autoridad gubernativa o sus agentes, estando acreditado en este caso que la Subdelegación del Gobierno, por resolución de 5 de marzo de 2001, delegó la ejecución de la medida de detención cautelar en el Comisario Jefe de la Comisaría de Puerto del Rosario, sin que estemos ante una materia indelegable por el hecho de comportar privación de libertad, pues la delegación recae en personas que ya de por sí tienen conferida por la Ley de enjuiciamiento criminal autoridad para proceder a la detención en caso de delito y cuando concurren las circunstancias exigidas por la Ley.

d) También en la misma fecha indicada (22 de agosto de 2003) la Comisaría de Policía de Puerto del Rosario procedió a incoar procedimiento de expulsión a cada uno de los recurrentes, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, solicitando ante el Juzgado de Instrucción de dicha localidad, como medida cautelar de aseguramiento, en tanto se sustancia el procedimiento administrativo sancionador, el internamiento de los afectados en el correspondiente centro de internamiento de extranjeros. Por providencia de 23 de agosto de 2003 el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Puerto del Rosario incoó diligencias indeterminadas núm. 193-2003 y procedió ese mismo día a oír a los afectados sobre la solicitud de internamiento previa a su expulsión, dictando finalmente Auto de 25 de agosto de 2003 por el que se autoriza el internamiento por un periodo máximo de cuarenta días, a fin de proceder a la expulsión del territorio español. Dicho Auto fue confirmado en apelación por Auto de 1 de abril de 2004 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas (rollo núm. 594-2003).

TERCERO.- En las demandas de amparo se solicita la nulidad de la detención practicada y del Auto recurrido por vulneración del derecho a la libertad (art. 17 CE), lesión que se entiende ocasionada por el rechazo de plano de las solicitudes de habeas corpus, sin posibilidad de alegación ni prueba, y porque la detención de los recurrentes no la realizó la autoridad administrativa competente.

CUARTO.- Por diligencias de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Primera de este Tribunal se acordó librar despacho al Colegio de Procuradores de Madrid para que se designara a cada uno de los recurrentes un Procurador del turno de oficio que les representara en los presentes recursos de amparo. Recibidos los despachos

correspondientes, se tuvo por hechas las designaciones mediante nuevas diligencias de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Primera, en las que asimismo se acordaba conceder a los Procuradores designados, de conformidad con el art. 50.5 LOTC, un plazo de diez días para que acreditasen con sus firmas la asunción de la representación de los recurrentes en las demandas de amparo presentadas por el Letrado D. Luis Miguel Pérez Espadas, lo que así cumplimentaron los Procuradores en todos los casos.

QUINTO.- Por diligencias de ordenación del Secretario de Justicia de la Sala Primera y de conformidad con lo dispuesto en el art. 88 LOTC, se requirió al Juzgado de Instrucción núm. 3 de Puerto del Rosario y a la Comisaría de la Policía Nacional de la misma localidad para que remitieran, respectivamente, testimonio del procedimiento de habeas corpus núm. 9-2003, así como de las actuaciones policiales de las que dimanara, referidas a cada uno de los recurrentes.

SEXTO.- Mediante diversas providencias, fechadas el 18 y el 24 de abril de 2007, la Sala Primera de este Tribunal acordó la admisión a trámite de las demandas de amparo formuladas, y, habiéndose recibido el testimonio de las actuaciones solicitadas, acordó asimismo, otorgar un plazo común de veinte días al Ministerio Fiscal y a los Procuradores designados para representar a los recurrentes para que alegaran lo que a su derecho conviniera, de conformidad con lo previsto en el art. 52 LOTC, así como para que alegaran lo que estimasen conveniente en torno a la acumulación de los recursos de amparo (art. 83 LOTC).

SÉPTIMO.- En distintas fechas del mayo de 2007 tuvieron entrada en el Registro General de este Tribunal los escritos de alegaciones de los Procuradores de los recurrentes, en los que se ratifican íntegramente en lo expuesto en las demandas de amparo, y afirman no tener nada que objetar respecto a la posible acumulación de sus respectivos recursos de amparo con otros similares.

OCTAVO.- Los días 24 de mayo y 8 de junio de 2007 tuvieron entrada en el Registro General de este Tribunal los escritos de alegaciones del Ministerio Fiscal. Tras un resumen de antecedentes y la cita de la doctrina constitucional en materia de habeas corpus, el Fiscal interesa -con la salvedad que seguidamente se dirá- el otorgamiento del amparo por vulneración del derecho a la libertad (art. 17 CE), porque en todos los casos analizados el Auto de inadmisión del habeas corpus, que se dicta el mismo día en que solicitó el habeas corpus por los interesados, la inadmisión se realiza por razones de fondo sobre la legalidad de la detención, y sin que conste que los recurrentes estuvieran efectivamente a disposición judicial con anterioridad al momento en que el Juzgado inadmite de plano y por motivos de fondo sus solicitudes de habeas corpus. No obstante, respecto de alguno de los recursos de amparo (concretamente, los recursos núms. 5569-2003, 5575-2003, 5618-2003, 5620-2003,



## SESIÓN 12

5638-2003, 5692-2003 y 5710-2003), el Ministerio Fiscal advierte que podría concurrir el motivo de inadmisión consistente en la falta de legitimación activa, de conformidad con el art. 46.1 a) LOTC, en relación con el art. 50.1 a) LOTC, toda vez que lo único que figura en las actuaciones es la ratificación de los Procuradores designados por el turno de oficio para representar a los recurrentes, pero no consta mandato de éstos para interponer las demandas de amparo ni a los Procuradores designados ni al Letrado del turno de oficio que asistió a los recurrentes en las solicitudes de habeas corpus y que ha presentado en su interés las demandas de amparo, sin que tampoco conste la concesión definitiva del beneficio de justicia gratuita a los recurrentes. Por otro lado el Fiscal informa en sus escritos de alegaciones que procede la acumulación de los recursos de amparo, habida cuenta la igualdad de los hechos y fundamentos de todos ellos.

NOVENO.- Por ATC 358/2007, de 10 de septiembre, se acordó la acumulación de los recursos de amparo núm. 5569-2003, 5571-2003, 5573-2003, 5575-2003, 5616-2003, 5618-2003, 5620-2003, 5622-2003, 5624-2003, 5636-2003, 5638-2003, 5640-2003, 5688-2003, 5692-2003, 5694-2003, 5696-2003, 5708-2003 y 5710-2003, al recurso de amparo núm. 5551-2003, por ser el más antiguo (art. 84 LEC, en relación con el art. 80 LOTC).

DÉCIMO.- Por providencia de 18 de diciembre de 2008 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 22 del mismo mes y año.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en los recursos de amparo acumulados el Auto de 22 de agosto de 2003 del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Puerto del Rosario, que inadmitió a trámite las peticiones de habeas corpus formuladas por D. Laarousi y otros, inadmisión que sustentó el órgano judicial en que la legislación de extranjería permitía la detención cautelar de los interesados, detención que había sido llevada a cabo, en criterio del órgano judicial, por autoridad competente. En las demandas de amparo acumuladas se alega que el Auto recurrido vulnera el derecho de los recurrentes a la libertad (art. 17 CE EDL1978/3879 ), por el rechazo de plano de las solicitudes de habeas corpus, sin posibilidad de alegación ni prueba, y porque la detención de los recurrentes no la realizó la autoridad administrativa competente.

SEGUNDO.- Antes de entrar en el examen de fondo del asunto debemos descartar el óbice de admisibilidad invocado por el Ministerio Fiscal, quien, como ha quedado expuesto en el relato de antecedentes, apunta en sus alegaciones respecto de alguna de las demandas de amparo que podría concurrir el motivo de inadmisión consistente en la falta de legitimación activa (arts. 46.1 a) y 50.1 a) LOTC EDL 1979/3888▼ ), por

cuanto no consta mandato de los recurrentes para recurrir en amparo a favor de los Procuradores designados, ni tampoco al Letrado de oficio que les asistió en las solicitudes de habeas corpus y que ha promovido en su interés los recursos de amparo. Pues bien, aunque esto es ciertamente lo que acontece en el presente caso -y respecto de todos los recurrentes- no cabe olvidar que se trata de la misma situación que concurría en el recurso de amparo resuelto por el Pleno de este Tribunal en la STC 303/2005, de 24 de noviembre EDJ2005/197269 , en la que el mismo Letrado, que había asistido de oficio a su cliente en el procedimiento de habeas corpus presentado contra su detención tras llegar en "patera" a Puerto del Rosario (al igual que ha sucedido en el caso de los actuales recurrentes), formuló demanda de amparo en interés de su cliente contra el Auto del Juzgado de Instrucción por el que se inadmite a trámite (por razones de fondo) la solicitud de habeas corpus, siéndole designado en el proceso constitucional de amparo al recurrente Procurador del turno de oficio, que asumió su representación.

**La STC 303/2005 EDJ2005/197269 , admite, en suma, que es válido en estos supuestos, atendiendo a su excepcionalidad, que el Letrado de oficio que asistió al extranjero en la solicitud de habeas corpus promueva en interés del mismo recurso de amparo contra la resolución judicial que rechaza dicha solicitud, presumiéndose a tal efecto la existencia de una autorización tácita del extranjero a favor de ese Letrado, presunción que se extiende al Procurador del turno de oficio designado en el proceso constitucional de amparo para la representación del extranjero recurrente, ante la práctica imposibilidad de requerirle para que ratifique el recurso de amparo promovido en su interés. Este criterio flexibilizador sentado en la STC 303/2005 se ha reiterado en las SSTC 169/2006, de 5 de junio EDJ2006/88983 ; 201/2006 EDJ2006/105198 a 213/2006, de 3 de julio todas ellas EDJ2006/105183 ; 259/2006 EDJ2006/265817 y 260/2006, de 11 de septiembre ambas EDJ2006/265816 ; 303/2006, de 23 de octubre EDJ2006/288226 ; 19/2007 EDJ2007/8040 y 20/2007, ambas de 12 de febrero EDJ2007/8041 , así como en la reciente Sentencia del Pleno 172/2008, de 18 de diciembre EDJ2008/253076 , al resolver recursos de amparo fundados -al igual que los ahora examinados- en los mismos presupuestos, por lo que no existe razón para que no sea mantenido en el presente caso. En efecto, las singulares circunstancias concurrentes en casos como el que ahora se examina explican que no pueda darse por desaparecida la situación que justifica el apoderamiento tácito inicialmente suficiente para la solicitud de habeas corpus, a los efectos de recurrir en amparo contra una denegación de aquella solicitud que pueda considerarse lesiva del derecho a la libertad, cuya defensa está en la base misma de la institución del habeas corpus.**

**La exigencia de un apoderamiento expreso para recurrir en amparo es plenamente razonable cuando la recuperación de la libertad se produce en el ámbito regido por el poder público español. Por el contrario, si la privación de libertad ha cesado como consecuencia de la expulsión del extranjero en cuyo beneficio se ha tenido por tácitamente apoderado a un Abogado para instar el habeas corpus, es claro que debe admitirse que ese apoderamiento tácito del Abogado subsiste para interponer un recurso de amparo en interés de ese extranjero, que, como consecuencia de su expulsión del territorio español, se encuentra materialmente imposibilitado de defender por sí mismo sus derechos.**

TERCERO.- Como recordamos en la STC 169/2006, de 5 de junio EDJ2006/88983 , este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre el reconocimiento constitucional del procedimiento de habeas corpus en el art. 17.4 CE EDL1978/3879 , como garantía fundamental del derecho a la libertad, y en qué medida puede verse vulnerado por resoluciones judiciales de inadmisión a trámite de la solicitud de su incoación, generando una consolidada doctrina, recogida en las SSTC 94/2003, de 19 de mayo, FJ 3 EDJ2003/10440 , 23/2004, de 23 de febrero, FJ 5 EDJ2004/5421 , y 122/2004, de 12 de julio, FJ 3 EDJ2004/92369 . En síntesis, la doctrina de este Tribunal configura el procedimiento de habeas corpus, previsto en el inciso primero del art. 17.4 CE, y desarrollado por la Ley Orgánica 6/1984, de 6 de mayo (LOHC) EDL1984/8553 , como una garantía reforzada del derecho a la libertad para la defensa de los demás derechos sustantivos establecidos en el resto de los apartados del artículo 17 CE EDL1978/3879 , cuyo fin es posibilitar el control judicial a posteriori de la legalidad y de las condiciones en las cuales se desarrollan las situaciones de privación de libertad no acordadas judicialmente mediante la puesta a disposición judicial de toda persona que se considere está privada de libertad ilegalmente. El procedimiento de habeas corpus, aun siendo un proceso ágil y sencillo, de cognición limitada, no puede verse reducido en su calidad o intensidad, por lo que es necesario que el control judicial de las privaciones de libertad que se realicen a su amparo sea plenamente efectivo.

De lo contrario, la actividad judicial no sería un verdadero control, sino un mero expediente ritual o de carácter simbólico, lo cual, a su vez, implicaría un menoscabo en la eficacia de los derechos fundamentales y, en concreto, de la libertad. De acuerdo con la específica naturaleza y finalidad constitucional de este procedimiento, y teniendo en cuenta su configuración legal, adquiere especial relevancia la distinción, explícitamente prevista en los arts. 6 y 8 LOHC EDL 1984/8553▼ , entre el juicio de admisibilidad y el juicio de fondo sobre la licitud de la detención objeto de denuncia. Y ello porque, en el trámite de admisión, no se produce la puesta a disposición judicial de la persona cuya privación de libertad se reputa ilegal, tal y como pretende el art. 17.4 CE EDL1978/3879 , ya que la comparecencia ante el Juez de dicha persona sólo

se produce, de acuerdo con el párrafo 1 del art. 7 LOHC EDL1984/8553 , una vez que el Juez ha decidido la admisión a trámite mediante el Auto de incoación. De ese modo, aun cuando la Ley Orgánica del habeas corpus EDL1984/8553 permita realizar un juicio de admisibilidad previo sobre la concurrencia de los requisitos para su tramitación, posibilitando denegar la incoación del procedimiento, previo dictamen del Ministerio Fiscal, la legitimidad constitucional de tal resolución liminar debe reducirse a los supuestos en los cuales se incumplan los requisitos formales (tanto los presupuestos procesales como los elementos formales de la solicitud) a los que se refiere el art. 4 LOHC EDL1984/8553 .

Asimismo hemos señalado que en las detenciones producidas en el ámbito propio de la legislación de extranjería, es decir, privaciones de libertad realizadas por la policía sin previa autorización judicial y al amparo de la normativa vigente en materia de extranjería, resulta plenamente aplicable la doctrina jurisprudencial sobre habeas corpus. Por el contrario, "el procedimiento de habeas corpus queda manifiestamente fuera de lugar cuando ... la intervención judicial ya se ha producido con la aplicación de la Ley de extranjería, sin que todavía hubiera transcurrido el plazo que para la duración del internamiento se había fijado por el Juez" (STC 303/2005, de 24 de noviembre, FJ 5 EDJ2005/197269 ).

CUARTO.- En el presente caso, sustancialmente análogo al resuelto en la STC 169/2006, de 5 de junio EDJ2006/88983 , cuya doctrina hemos reiterado en SSTC 201/2006 EDJ2006/105198 a 213/2006, todas ellas de 3 de julio EDJ2006/105183 , 259/2006 EDJ2006/265817 y 260/2006, ambas de 11 de septiembre EDJ2006/265816 , 303/2006, de 23 de octubre EDJ2006/288226 , y 19/2007 EDJ2007/8040 y 20/2007, ambas de 12 de febrero EDJ2007/8041 , así como en la reciente Sentencia de Pleno 172/2008, de 18 de diciembre EDJ2008/253076 , a cuyos fundamentos jurídicos nos remitimos, procede, por las mismas razones expuestas en las citadas Sentencias, otorgar el amparo que se nos solicita en los recursos de amparo acumulados, ya que del análisis de las actuaciones no se desprende que en el momento en el que se dictó el Auto de 22 de agosto de 2003, mediante el cual se inadmitió de plano el habeas corpus solicitado por los recurrentes, éstos estuvieran efectivamente a disposición judicial. Determinante en este sentido es el propio tenor del Auto impugnado, que inadmite la solicitud por razones de fondo atinentes a la legalidad de la detención gubernativa.

Por otra parte, de las actuaciones resulta que los recurrentes estuvieron por primera vez a disposición judicial el 23 de agosto de 2003, esto es, al día siguiente de dictarse el Auto impugnado en amparo, fecha en la que fueron oídos por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Puerto del Rosario (en las diligencias indeterminadas núm. 193-2003) sobre la solicitud de internamiento previa a su expulsión . Por ello, conforme a la referida doctrina de este Tribunal, las inadmisiones a limine de las solicitudes de



## SESIÓN 12

habeas corpus fundadas en la legalidad de la detención (constando que antes de la decisión de inadmisión no ha existido una actuación judicial de control de la legalidad de la detención), como ha sucedido en el presente caso, han de considerarse lesivas del art. 17.4 CE EDL1978/3879 , por lo que procede otorgar el amparo solicitado.

### FALLO

Otorgar a los recurrentes D. Laarousi y otros el amparo solicitado y, en su virtud:

Primero.- Reconocer su derecho a la libertad personal (art. 17.4 CE).

Segundo.- Anular el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Puerto del Rosario de 22 de agosto de 2003, dictado en el procedimiento de habeas corpus núm. 9-2003, en lo que afecta a los recurrentes. Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a veintidós de diciembre de dos mil ocho. María Emilia Casas Baamonde, Presidenta.- Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.- Manuel Aragón Reyes.- Pablo Pérez Tremps, Magistrados.

### VOTO PARTICULAR

Voto particular que formula el Magistrado D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez a la Sentencia dictada el 22 de diciembre de 2008 en el recurso de amparo núm. 5551-2003. En el ejercicio de la facultad conferida por el art. 90.2 LOTC EDL1979/3888 expongo mi discrepancia con la Sentencia aprobada, por entender que la demanda de amparo no debió ser admitida a trámite. Interesa destacar que la demanda de amparo ha sido presentada por quien fue designado Abogado de oficio para asistir a unas personas que habían sido detenidas en aplicación de la legislación de extranjería, el cual, además de prestar asistencia letrada en las correspondientes diligencias, promovió un procedimiento de habeas corpus y el presente proceso constitucional de amparo. Pues bien, la circunstancia de que el Abogado de oficio fuera quien presentara por sí mismo tanto la solicitud de habeas corpus como la demanda de amparo no comporta un tratamiento unitario de la cuestión:

a) No hay duda de que la posición de los Abogados que promueven un procedimiento de habeas corpus en interés de su defendido es singular. Ya en el ATC 55/1996, de 6 de marzo (FJ 2), apreciamos que el Letrado no solicita por él mismo la incoación del procedimiento de habeas corpus "sino en su calidad de representante de los

verdaderos interesados cuya legitimación para solicitar la incoación del meritado procedimiento queda fuera de toda duda”, de tal suerte que “quienes instaron el habeas corpus fueron los propios interesados, plenamente legitimados, y no su Abogado, que limitó su papel a asumir la representación de aquéllos”. Posteriormente, en las SSTC 61/2003, de 24 de marzo (FJ 2) EDJ2003/6162 , y 224/1998, de 24 de noviembre (FJ 2) EDJ1998/29790 , hemos reiterado que la legitimación originaria para instar el procedimiento de habeas corpus, en cuanto acción específica dirigida a proteger la libertad personal de quien ha sido ilegalmente privado de ella, reside, como prescribe el art. 3.a LOHC EDL1984/8553 , en la persona física privada de libertad, pudiendo considerarse al Letrado que lo promueve tácitamente apoderado al efecto. En la reciente STC 37/2008, de 25 de febrero EDJ2008/9690 , matizamos que resulta ínsita al contenido de la asistencia letrada al detenido la facultad del Abogado de suscitar, en nombre de aquél, el procedimiento de habeas corpus; sustentándose tal habilitación en la relevancia del derecho fundamental a cuya garantía sirve el procedimiento, la perentoriedad de la pretensión, las limitaciones fácticas inherentes a la situación de privación de libertad y el principio antiformalista que la exposición de motivos de la Ley reguladora del habeas corpus destaca como inspirador de su regulación.

b) Ahora bien, entiendo que tal habilitación no puede extenderse al recurso de amparo. La Sentencia aprobada invoca unos precedentes (SSTC 303/2005, de 24 de noviembre EDJ2005/197269 ; 169/2006, de 5 de junio EDJ2006/88983 ; 201/2006 EDJ2006/105198 a 213/2006, de 3 de julio todas ellas EDJ2006/105183 ; 259/2006 EDJ2006/265817 y 260/2006, de 11 de septiembre ambas EDJ2006/265816 ; 303/2006, de 23 de octubre EDJ2006/288226 ; 19/2007 EDJ2007/8040 y 20/2007, ambas de 12 de febrero EDJ2007/8041 ) que, en realidad, no son tales pues la mera lectura de las Sentencias que se citan pone de manifiesto que el problema que aquí se plantea no fue siquiera abordado en ellas. Es en la Sentencia de la que ahora disiento cuando por primera vez se ofrece una justificación. La cuestión estriba en que las personas para quienes se ha pedido amparo no han otorgado mandato expreso ni tácito a favor de Procurador o Letrado y ni aun siquiera han tenido conocimiento de la presentación de la demanda de amparo, ni probablemente lo tendrán nunca de la Sentencia dictada por este Tribunal. En efecto, la demanda de amparo ha sido presentada por quien en las actuaciones judiciales fue Abogado de oficio de las personas en cuyo nombre recurre pero sin que le hubieran encomendado la interposición del recurso de amparo ni se hayan dirigido en ningún momento al Tribunal para mostrar su voluntad impugnativa. De hecho, el propio Letrado admite que fue él mismo quien presentó la solicitud de habeas corpus y quien “ahora solicita el amparo de este Tribunal”, a lo que añade que “del mismo modo, es difícil que sea suscrito por las personas en cuyo nombre se instó aquel procedimiento, pues ya se encuentran repatriadas”.





## *SESIÓN 12*

De lo anterior se desprende que ha sido el Letrado quien ha decidido acudir personalmente en amparo ante el Tribunal Constitucional, con absoluto desconocimiento por parte de aquéllos, de modo que el solicitante de amparo no es, en realidad, cada uno de los interesados sino el propio Letrado. Pues bien, a mi juicio no concurren las circunstancias de perentoriedad de la pretensión ni las limitaciones fácticas inherentes a la situación de privación de libertad que fijamos en la STC 37/2008, de 25 de febrero EDJ2008/9690 , para admitir como ínsita al contenido de la asistencia letrada al detenido la facultad del Abogado de suscitar, en nombre de aquél, el procedimiento de habeas corpus. Por el contrario, no resulta admisible configurar en el proceso de amparo un régimen singular derivado de la naturaleza del proceso a quo, pues es obvia la desvinculación del art. 46.1 LOTC EDL1979/3888 con el modo en el que se ordenen los requisitos de legitimación y postulación en los procesos judiciales de los que traiga causa el recurso de amparo. En consecuencia, considero que debió ser estimado el óbice de admisibilidad invocado por el Ministerio Fiscal pues, en definitiva, se otorga amparo a quien no lo ha pedido.

En Madrid, a veintidós de diciembre de dos mil ocho. María Emilia Casas Baamonde, Presidenta.- Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.- Manuel Aragón Reyes.- Pablo Pérez Trepms, Magistrados.

### **3) EJECUTIVIDAD Y SUSPENSIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE EXTRANJERÍA**

**Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 5ª, S 28-2-2006, rec. 6845/2002. Pte: Yagüe Gil, Pedro José**

#### *RESUMEN*

*El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia que confirmó la resolución denegatoria al recurrente de la entrada en el territorio nacional y dispuso el retorno al lugar de su procedencia. La Sala acoge el único motivo admitido, pues la sentencia de instancia adolece del defecto de incongruencia omisiva al no referir nada sobre la falta de resolución de la solicitud de suspensión del acto administrativo, que aún así ha sido ejecutado; en cuanto al fondo, se anula la resolución del recurso de alzada, que confirma la denegación de entrada y el retorno dejando a salvo los efectos de la suspensión, que en realidad había sido concedida por silencio administrativo.*

#### **-NORMATIVA ESTUDIADA**

RD 864/2001 de 20 julio 2001. Reglamento de Extranjería  
art.137.3, art.137.6

LO 4/2000 de 11 enero 2000. Derechos y Libertades de Extranjeros en España y su Integración Social  
art.60.1

Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Jurisdicción Contencioso-Administrativa  
art.67

Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común  
art.111.2, art.114.1, art.115.1

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española  
art.24.1, art.120.3

Ley de 27 diciembre 1956. Jurisdicción Contencioso-Administrativa  
art.80

En la Villa de Madrid, a veintiocho de febrero de dos mil seis.

Visto por la Sección Quinta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación 6845/2002, interpuesto por D. Serafín, representado por el Procurador Javier Huidobro Sánchez Toscano y asistido por Letrado, siendo parte recurrida la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado, contra sentencia de 5 de julio de 2002 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en recurso contencioso

administrativo número 135/01 sobre denegación de entrada en territorio español y retorno al lugar de procedencia.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se ha seguido el recurso 135/01 promovido por D. Serafín y en el que ha sido parte demandada la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, sobre denegación de entrada en territorio español.

SEGUNDO.- Dicho Tribunal dictó sentencia en fecha 2002 del tenor literal siguiente: "Fallamos: Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador Sr. Huidobro Sánchez-Toscano en nombre y representación de D. Serafín, contra la resolución dictada por la Dirección General de la Policía, de fecha de 2 de marzo de 2001, desestimatoria de recurso de alzada de recurso de alzada interpuesto contra la resolución dictada por la Comisaría de Policía adscrita al Aeropuerto de Barajas, Servicio de Control de Entrada de Extranjeros de fecha 2 de octubre de 2000, por la que se procedió a denegarle la entrada en territorio español, declaramos ajustada a Derecho las antedichas resoluciones, sin costas".

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación de D. Serafín se presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha de 10 de septiembre de 2002, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

CUARTO.- Emplazadas las partes, el recurrente compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, al tiempo que formuló en fecha 31 de octubre de 2002 escrito de interposición del recurso de casación, en el cual, tras exponer el motivo de impugnación que consideró oportuno, solicitó se dictara resolución en la que se case y anule dicha sentencia dictando otra en su lugar en los términos interesados por el recurrente.

QUINTO.- El recurso de casación fue admitido por auto de 8 de abril de 2005, si bien limitando dicha admisión a los motivos articulados al amparo del artículo 88.1. c) de la LJCA EDL1956/42, ordenándose también por providencia de 21 de junio de 2005, entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida (ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO) a fin de que en el plazo de treinta días pudieran oponerse al recurso, lo que hizo en escrito presentado en fecha

de 7 de septiembre de 2005, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y solicitó se dictara sentencia por la que se declare no haber lugar al recurso y se impongan las costas al recurrente.

SEXTO.- Por providencia de esta Sala se señaló para votación y fallo de este recurso de casación el día 27 de febrero de 2006, en que tuvo lugar.

SÉPTIMO.- En la sustanciación del juicio no se han infringido las formalidades legales esenciales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en este recurso de casación número 6845/2002 la sentencia que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó en fecha de 5 de julio de 2002, por la que se desestimó el recurso contencioso administrativo núm. 135/01, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Javier Huidobro Sánchez Toscano, en nombre y representación de D. Serafín contra la resolución dictada por la Dirección General de la Policía, de fecha 13 de diciembre de 2000, que desestimó el recurso de alzada formulado contra la anterior Resolución del Jefe de Servicio del Puesto Fronterizo del Aeropuerto de Madrid-Barajas (por delegación del Delegado del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid), de fecha 2 de octubre de 2000, que denegó al recurrente la entrada en el territorio nacional y dispuso el retorno al lugar de su procedencia.

SEGUNDO.- El recurrente, articula un único motivo impugnatorio al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional, con cita del artículo 5.4 de la LOPJ EDL1985/8754 y 24 del texto constitucional, cual es la denuncia de un vicio de incongruencia omisiva en la sentencia combatida y ello por no haberse pronunciado la sentencia sobre la alegación realizada en la demanda sobre la ejecución por la Administración del acuerdo de denegación de entrada y retorno sin haber resuelto previamente la medida cautelar de suspensión solicitada en vía administrativa y al amparo de lo dispuesto en el artículo 111 de la LRJPAC. EDL1992/17271 (Este es el único motivo de casación admitido por esta Sala en auto de 8 de abril de 2005).

Parece obligado recordar aquí la doctrina de esta Sala en relación con la incongruencia omisiva y así entendemos que dicha incongruencia se produce cuando en la sentencia "no se resuelve alguna de las cuestiones controvertidas en el proceso" (art. 80 LJ/56; art. 67 LJCA EDL1956/42 ). Es conocido que la primera jurisprudencia identificaba "cuestiones" con "pretensiones" y "oposiciones", y aquéllas y éstas con el "petitum" de

la demanda y de la contestación, lo que la llevó en más de una ocasión a afirmar que cuando la sentencia desestima el recurso resuelve todas las cuestiones planteadas en la demanda. Pero es cierto, sin embargo, que esta doctrina fue matizada e, incluso, superada, por otra línea jurisprudencial más reciente de esta misma Sala que viene proclamando la necesidad de examinar la incongruencia a la luz de los arts. 24.1 y 120.3 de la CE EDL 1978/3879 ; de aquí que para definirla no baste comparar el "suplico" de la demanda y de la contestación con el "fallo" de la sentencia, sino que ha que atenderse también a la "causa petendi" de aquéllas y a la motivación de ésta (Sentencias de 25 de marzo de 1992 EDJ1992/2898 , 18 de julio del mismo año EDJ1992/8122 y 27 de marzo de 1993 EDJ1993/3038 , entre otras). Así, la incongruencia omisiva se produce esencialmente cuando no existe correlación entre las pretensiones de las partes y el fallo de la sentencia, pero ello incluye también los supuestos en que en la fundamentación de ésta se produce una preterición de la "causa petendi", es decir, de las alegaciones o motivos que sirven de fundamento a los escritos de demanda y contestación (Cfr. SSTS de 13 de octubre de 1998 EDJ1998/20195 y 12 de mayo de 2001 EDJ2001/9615 ).

En este sentido, desde la STS de 5 de noviembre de 1992 EDJ1992/10903 , esta Sala viene señalando determinados criterios para apreciar la congruencia o incongruencia de las sentencias, advirtiendo que en la demanda contencioso-administrativa se albergan pretensiones de índole varia, de anulación, de condena etc.; que las pretensiones se fundamentan a través de concretos motivos de impugnación o cuestiones, y que las cuestiones o motivos de invalidez aducidos se hacen patentes al Tribunal mediante la indispensable argumentación jurídica. Argumentos, cuestiones y pretensiones son, por tanto, discernibles en el proceso contencioso administrativo, y la congruencia exige del Tribunal pronunciarse no solamente sobre las pretensiones, sino sobre los diversos motivos de impugnación y de las correlativas excepciones u oposiciones que se han planteado ante el órgano jurisdiccional. No sucede así con los argumentos jurídicos, que no integran la pretensión ni constituyen en rigor cuestiones, sino el discurrir lógico-jurídico de las partes, que el Tribunal no viene imperativamente obligado a seguir en un iter paralelo a aquel discurso.

Asimismo, esta Sala tiene declarado que el principio de congruencia no requiere una correlación literal entre el desarrollo dialéctico de los escritos de las partes y la redacción de la sentencia. El requisito de la congruencia no supone que la sentencia tenga que dar una respuesta explícita y pormenorizada a todos y cada uno de los argumentos de las partes, siempre que exteriorice, tomando en consideración las pretensiones y alegaciones de aquéllas, los razonamientos jurídicos que, en el sentir del Tribunal, justifican el fallo (Cfr. SSTS de 20 de diciembre de 1996 EDJ1996/10340 y 11 de julio de 1997 EDJ1997/6272 , entre otras muchas). Basta con que la sentencia se pronuncie categóricamente sobre las pretensiones formuladas (sentencias del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1991 EDJ1991/3715 , 3 de julio de 1991

EDJ1991/7236 , 27 de septiembre de 1991 EDJ1991/9074 , 25 de junio de 1996 EDJ1996/4844 y 13 de octubre de 2000 EDJ2000/34303 , entre otras muchas). Y se han de ponderar, además, las circunstancias singulares para inferir si el silencio respecto de alguna pretensión ejercitada debe ser razonablemente interpretado como desestimación implícita o tácita de aquélla (sentencias del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1993 EDJ1993/9444 y 5 de febrero de 1994 EDJ1994/948 ).

Por todo ello el motivo debe ser estimado pues, efectivamente, la sentencia combatida ningún examen realiza sobre la solicitud de suspensión articulada en vía administrativa y el silencio de la Administración o aún su desestimación tácita por la Administración, pues nada de ello refiere en sus fundamentos de Derecho.

TERCERO.- Estimado el primer motivo y casada la Sentencia debemos resolver el recurso contencioso administrativo en los términos en que aparece planteado el debate, según determina el artículo 95.2.d) de la Ley de la Jurisdicción .

Ahora bien; dado que el aspecto sobre el que hemos declarado la incongruencia de la sentencia impugnada (a saber, la suspensión del acto impugnado) es perfectamente separable de la conformidad o disconformidad a Derecho de la denegación de entrada y retorno, y dado que los motivos de casación referidos a esta última cuestión han sido inadmitidos por auto de esta Sala de fecha 8 de abril de 2005, sólo queda como cuestión a examinar ahora la que se refiere a la suspensión del acto impugnado.

CUARTO.- En el hecho cuarto de la demanda, y en su cuarto fundamento de Derecho, la parte actora planteó el problema de la falta de respuesta adecuada a la solicitud de suspensión del acto impugnado, solicitud que formuló por medio de otrosí en el recurso de alzada, el cual fue presentado por medio de fax a las 21'30 horas del día 2 de octubre de 2000 (folio 13 del expediente) y reiterado por escrito el siguiente día 3 a las 10 horas de su mañana. (El retorno estaba anunciado para el propio día 3 a las 11'30, en que, en efecto se llevó a cabo, sin que la Administración hubiera resuelto antes sobre esa petición de suspensión).

Al obrar así la Administración infringió el artículo 111-2 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre EDL1992/17271 , que obliga a la Administración a resolver la petición de suspensión antes de ejecutar el acto recurrido.

En efecto, debe anotarse que a diferencia de los casos de expulsión (en que la Ley Orgánica 4/2000 EDL2000/77473 , reformado por la L.O. 8/2000 EDL2000/88847 , establece en el procedimiento preferente que "la ejecución de la orden de expulsión en estos supuestos se efectuará de forma inmediata ", (artículo 63.4), precepto del que la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003, casación núm. 488/01 EDJ2003/6838 , ha derivado la conformidad a Derecho del artículo 112-6 del

Reglamento de dicha Ley aprobado por R.D. 864/01, de 20 de julio EDL2001/24050 , que dispone la "Imprudencia de declarar administrativamente efecto suspensivo alguno" de la resolución de expulsión), repetimos, a diferencia de los casos de expulsión, en los supuestos de denegación de entrada y retorno, lo que el artículo 60-1 de la Ley establece es que el retorno se realizará "en el plazo más breve posible", sin que de aquí pueda ya deducirse que no quepa solicitar la suspensión y que la Administración haya de resolver sobre ella; y, en efecto, el Reglamento 864/01, de 20 de julio no la prohíbe, limitándose a repetir en su artículo 137-3 el tenor de la Ley, en lo que aquí importa.

El "plazo más breve posible "para llevar a cabo el retorno es el de setenta y dos horas (artículos 60-1 de la Ley y 137-3 del Reglamento), ya que una tardanza mayor exige la comunicación al Juez de Instrucción para que determine el lugar de internamiento.

Por lo tanto, podemos deducir de lo dicho que en los casos de denegación de entrada y retorno, cabe la suspensión de su ejecución, pues no existe en las normas sectoriales precepto que la prohíba, y debe acudirse entonces a la regla general del artículo 111.2 de la Ley 30/92 EDL1992/17271 .

QUINTO.- Ahora bien, el artículo 137.6 del Reglamento 864/01, de 20 de julio dispone que "la resolución de retorno no agota la vía administrativa y será recurrible con arreglo a lo dispuesto en las leyes", lo que se reitera en su Disposición Adicional 6ª.

Esta previsión remite al artículo 114-1 de la Ley 30/92 EDL1992/17271 , que prevé, para poner fin a la vía administrativa, la interposición del recurso de alzada, en el plazo de un mes (artículo 115-1).

El establecimiento del plazo de un mes para recurrir en alzada la denegación de entrada y retorno y para pedir en él la suspensión (artículo 111-2 de la Ley 30/92 EDL1992/17271 ), es contrario a la ejecución del retorno en "el plazo más breve posible", como ordena el artículo 60-1 de la Ley Orgánica 8/2000 EDL2000/88847 , (y obstaculiza el acceso inmediato a los Jueces y Tribunales para solicitar la suspensión judicial de la resolución administrativa, aspecto éste sobre el que nada dice la parte recurrente).

Y la única manera de compaginar ambos preceptos es interpretándolos en el sentido de que si antes de ejecutarse el retorno el interesado solicita la suspensión del acto administrativo interponiendo recurso de alzada, no podrá llevarse a cabo el retorno sin que la Administración haya resuelto previamente sobre la suspensión.

Interpretándolos así, tales preceptos permiten compaginar la urgencia del retorno con la posibilidad de que se solicite la suspensión y se decida sobre ella.

SEXTO.- En el presente caso el interesado solicitó la suspensión antes de que el retorno se llevara a cabo (tal como hemos explicado más arriba), y, en consecuencia, obró la Administración con disconformidad a Derecho al ejecutar el retorno sin resolver previamente la petición de suspensión que se le había formulado.

Y carece de sentido que la Administración responda a esta petición, resolviendo la alzada, en fecha 21 de marzo de 2001, (es decir, más de cinco meses después de que el Sr. Serafín fue retornado), y que lo haga dejando a salvo los efectos del artículo 111-3 de la Ley 30/92 EDL1992/17271 , es decir, la concesión presunta de la suspensión por el silencio de la Administración durante treinta días desde la solicitud, pues, tal como sucedieron las cosas, ese precepto es de todo punto ineficaz.

SÉPTIMO.- En consecuencia, revocada la sentencia de instancia por incongruencia, hemos de estimar el recurso contencioso administrativo en lo referente a la ilegalidad del retorno sin resolver previamente sobre la suspensión solicitada, con desestimación del resto de las pretensiones.

OCTAVO.- Al declararse haber lugar al recurso de casación no procede hacer condena en las costas del mismo (artículo 139.2 de la Ley 29/98 EDL1998/44323 ) ni existen razones que aconsejen hacerla respecto de las de instancia.

Por todo ello, en nombre de S.M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

#### FALLO

Declaramos haber lugar al recurso de casación número 6845/2002 interpuesto por D. Serafín, representado por el Procurador D. Javier Huidobro Sánchez Toscano, contra Sentencia de 5 de julio de 2002 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictada en el recurso contencioso administrativo número 135/01, sobre denegación de entrada en territorio español y retorno, y en consecuencia:

1º.- Revocamos dicha sentencia.

2º.- Estimamos en parte el recurso contencioso administrativo núm. 135/01 interpuesto por D. Serafín contra la resolución del Sr. Jefe del Servicio de la Comisaría adscrita al Aeropuerto de Barajas (Madrid) de fecha 2 de octubre de 2000 (confirmada en alzada por el Sr. Director General de la Policía en resolución de 21 de marzo de 2001), que le denegó la entrada en territorio nacional y decretó su retorno al lugar de procedencia.





## *SESIÓN 12*

3º.- Declaramos la disconformidad a Derecho de la ejecución de la resolución impugnada por haberse llevado a cabo sin que la Administración resolviera previamente la petición de suspensión que el interesado tenía formulada.

4º.- Desestimamos en lo demás el recurso contencioso administrativo núm. 135/01.

5º.- No hacemos condena ni en las costas de instancia ni en las de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Mariano De Oro-Pulido López.- Pedro José Yagüe Gil.- Jesús Ernesto Peces Morate.- Rafael Fernández Valverde.- Enrique Cáncer Lalanne.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

#### **4) MEDIDAS CAUTELARES. SUSPENSIÓN DE ORDEN DE EXPULSIÓN YA EJECUTADA**

**Número CENDOJ:**28079130052006100167

**Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 5ª, S 7-2-2008, rec. 5052/2004. Pte: Oro-Pulido y López, Mariano de**

#### *RESUMEN*

*El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto contra los autos dictados por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en la pieza de medidas cautelares del recurso contencioso administrativo, y en consecuencia decreta la suspensión de la ejecución de la orden de expulsión del actor del territorio nacional. La sala considera que en relación con la orden de expulsión ya ejecutada y la prohibición de entrar en territorio nacional español durante tres años, es este segundo aspecto el que podría ser corregido con el eventual otorgamiento de la suspensión solicitada.*

#### **-NORMATIVA ESTUDIADA**

Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Jurisdicción Contencioso-Administrativa art.128

En la Villa de Madrid, a siete de febrero de dos mil ocho.

Visto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida en Sección por los Señores reseñados al margen, el recurso de casación que con el número 5052/2004, que ante la misma pende de resolución, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dª María Otilia Esteban Gutiérrez, en nombre y representación de D. Leonardo contra el Auto de fecha 10 de octubre de 2003, dictado por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de Sevilla), en la pieza separada de suspensión del recurso 937/03, sobre expulsión del territorio nacional, confirmado en súplica por Auto de fecha 22 de diciembre de 2003. Habiendo comparecido en calidad de recurrido el Abogado del Estado, en la representación que le es propia.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Con fecha 22 de diciembre de 2003 la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de Sevilla), ha dictado Auto en la pieza separada de suspensión del recurso 937/03, por el que se acuerda desestimar el recurso de súplica planteado contra el auto de 10 de

octubre de 2003 por el que se acordó no suspender la ejecutividad del acto administrativo impugnado.

SEGUNDO.- Notificado el referido Auto, la representación procesal de D. Leonardo, presenta escrito preparando recurso de casación, y solicitando a la Sala de instancia, que previo el emplazamiento de las partes por término de treinta días para comparecer ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que así acuerda la Sala de instancia mediante providencia de fecha 8 de marzo de 2004.

TERCERO.- Recibida la pieza separada dimanante del recurso 937/03, y presentado escrito por la representación de D. Leonardo interponiendo el recurso de casación, el recurso fue admitido a trámite por providencia de 31 de mayo de 2007, y por providencia de 17 de julio de 2007 se dio traslado a la parte recurrida para oposición, formalizándose por escrito de 27 de septiembre de 2007, tras lo que quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, cuando por su turno correspondiera, fijándose, posteriormente, a tal fin, el día 5 de febrero de 2008, fecha en la que ha tenido lugar el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Mariano de Oro-Pulido y López, Magistrado de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso de casación número 5052/2004 se impugna el Auto de fecha 10 de octubre de 2003 (confirmado en súplica por auto de 22 de diciembre de 2003), dictado en la pieza separada de suspensión del recurso 937/03, en cuya parte dispositiva se acuerda denegar la suspensión de la resolución del Subdelegado del Gobierno en Sevilla de fecha de 17 de febrero de 2003, que acordó la expulsión del territorio nacional del recurrente, de nacionalidad peruana.

SEGUNDO.- El actor interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Sevilla de fecha 17 de febrero de 2003, por la que se acordó su expulsión del territorio nacional, por la comisión de la infracción tipificada en el art. 53.a) de la L.O. 4/2000 EDL2000/77473 (modificada por L. O. 8/2000), con prohibición de entrada por un periodo de tres años. En el escrito de interposición solicitó la suspensión cautelar de la resolución administrativa impugnada, alegando que ya antes de ser detenido e iniciarse el expediente sancionador (la fecha de inicio de dicho expediente fue el 8 de octubre de 2002) había dado los primeros pasos para regularizar su situación jurídica en España, habiendo solicitado permiso de residencia y trabajo en Madrid, el cual se hallaba pendiente de resolución. Adjuntó al escrito de interposición una diligencia suscrita por el funcionario instructor de aquel expediente sancionador con fecha 18 de octubre de 2002, en la que literalmente se

decía, entre otros extremos, lo siguiente: "en relación con la solicitud de permiso de residencia y trabajo a nombre de D. Leonardo, con registro de entrada con fecha 11/11/2002, hay que señalar que se ha comprobado por parte de esta instrucción que dicha solicitud tuvo que ser realizada por lo menos con cuarenta días de antelación a dicha fecha, es decir, antes del 7/10/02, fecha de su detención, puesto que la Delegación del Gobierno en Madrid, por medio de cita previa, tiene ese margen. Asimismo, se ha comprobado que efectivamente el expedientado realizó dicha entrevista con fecha 11/11/2002 y que se está a la espera de la resolución de dicha solicitud por parte de la Delegación del Gobierno de Madrid".

La Sala de instancia, mediante auto de 10 de octubre de 2003, denegó la medida cautelar solicitada por el actor, señalando lo siguiente:

"El principio de ejecutividad de los actos administrativos quiebra cuando la ejecución del mismo pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero (art. 130.2 de la Ley 29/98 de 13 de julio EDL1998/44323 ), de las alegaciones de la parte o documentación obrante en la presente pieza no resulta que la ejecutividad del acto recurrido en el acto presente pueda ocasionar dichos daños o perjuicios, por lo que procede denegar la suspensión interesada".

Contra esta resolución interpuso el actor recurso de súplica con fecha 5 de noviembre de 2003, insistiendo en que antes de ser detenido había iniciado los trámites para la regularización de su situación en España, pues había solicitado con anterioridad permiso de residencia y trabajo. Adujo también la concurrencia de circunstancias sobrevenidas, concretamente que aun cuando esa solicitud de permiso de trabajo y residencia había sido finalmente resuelta en sentido negativo por la Administración (según exponía el actor, por carecer de un requisito en cuanto al patrimonio a aportar para la actividad a realizar), sin embargo con fecha 17 de septiembre de 2003 había tenido entrada en el registro de la Delegación del Gobierno en Madrid una nueva solicitud de permiso de trabajo y residencia, para cuya tramitación había sido citado a una entrevista en el Consulado de España en Lima, en el plazo de 30 días a partir del 28 de octubre de 2003. Alegaba el actor que en caso de concedérsele el permiso de trabajo y residencia últimamente solicitado, no podría volver a España al estar vigente la orden de expulsión impugnada , lo que -decía- hacía necesario que esta fuera suspendida.

La Sala de instancia desestimó la súplica, razonando que "la súplica interpuesta - aparte de las razonadas críticas que contiene sobre el auto impugnado- no efectúa alegaciones que permitan modificar la resolución recurrida. En efecto, no se aporta documentación alguna de la que pueda deducirse, prima facie al menos, que la persona recurrente se encuentra en algún supuesto arraigo, motivos económicos, laborales u otros - de los que conforme a la ley de extranjería cabría esperar una

resolución favorable a sus pretensiones . Así las cosas, salvo que se adoptara un criterio automático de suspensión, es claro que la misma no es procedente".

TERCERO.- El recurrente en casación cita como infringidos el artículo 24 de la Constitución EDL1978/3879 y el artículo 129 de la Ley Jurisdiccional contencioso-administrativa . Alega en primer lugar, una vez más, que antes de su detención y del inicio del expediente sancionador ya había iniciado los trámites para la regularización de su situación legal en España, por lo que es de aplicación la doctrina jurisprudencial que recuerda que no cabe ejecutar la orden de expulsión cuando está pendiente de resolución un procedimiento de regularización . Afirma a continuación el actor que concurre el "periculum in mora", pues, dice, de no concederse la suspensión podría acordarse su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros; y alega, en fin, que la denegación de la suspensión le ocasionaría graves daños, pues basta la constancia del inicio de un procedimiento sancionador para que se inadmita a trámite una solicitud de permiso de trabajo o residencia, "lo que significa que si no se insta la caducidad y la Administración lo mantiene se condena irremisiblemente a mi defendido a la ilegalidad perpetua y a vagar sin derechos".

CUARTO.- Vamos a estimar el recurso de casación.

Ciertamente, es doctrina jurisprudencial consolidada que no resulta conforme a derecho la orden de expulsión o la obligación de salida del territorio español mientras la Administración no ha resuelto la solicitud de permiso de residencia , de trabajo o de regularización de la situación de un ciudadano extranjero, oportunamente presentadas. Esta doctrina jurisprudencial es de aplicación al caso que nos ocupa, pues a tenor de la documentación adjunta al escrito de interposición del recurso contencioso- administrativo puede considerarse acreditado -el instructor del expediente sancionador lo reconoció de forma expresa- que, en efecto, el recurrente había promovido antes de su detención la regularización de su situación jurídica en España.

Surge, no obstante, un aparente problema para la estimación del recurso, puesto de manifiesto por el propio recurrente en su recurso de súplica, cual es que tras dictarse la resolución sancionadora de expulsión, dicha resolución fue ejecutada. No cabe extraer otra conclusión a la vista del hecho de que aquel, tras pedir por segunda vez permiso de residencia y trabajo, fue citado a una entrevista en el Consulado de España en Lima. Si así fue, ello solo puede deberse a que el interesado había dejado España en ejecución de esa orden de expulsión y había regresado a su país de origen . Situados en esta perspectiva, hemos de plantearnos si la ejecución efectiva del acto administrativo impide acceder a la suspensión cautelar de ese mismo acto ya ejecutado.

Pues bien, alguna sentencia de esta Sala se mueve en esta línea. Así, la STS de 18 de julio de 1996 (RC 2095/1994) EDJ1996/4909 apuntaba que "es clara y reiterada la doctrina de esta Sala en orden a la imposibilidad de aplicar la medida de suspensión respecto a los actos ya ejecutados.... ya que la esencia de la medida cautelar de suspensión de la ejecución pugna con la ya ejecución del acto a que se refiere, al carecer de sentido suspender algo que está ejecutado". Sin embargo, esta línea jurisprudencial ha sido corregida por SSTS como la de 10 de julio de 2000 (RC 5612/1998) EDJ2000/22813 , donde se concluye que "si la suspensión llegare a otorgarse produciría un efecto cautelar nada deleznable, puesto que el acto impugnado en el proceso principal tiene un doble contenido: la orden de expulsión -ya ejecutada, según nos dice el recurrente- y la prohibición de entrar en territorio nacional español durante tres años. Es este segundo aspecto el que podría ser corregido con el eventual otorgamiento de la suspensión solicitada". Esta doctrina es, sin duda, aplicable al presente caso, pues la orden de expulsión dictada contra el interesado conllevaba la prohibición de entrada en territorio español durante tres años .

No se desvirtúa la conclusión estimatoria que hemos alcanzado por el hecho de que (siempre a tenor de la información que suministró el mismo recurrente en su recurso de súplica, no desmentida ni contradicha por la parte contraria), la solicitud de permiso de residencia y trabajo que estaba pendiente de resolución al tiempo de acordarse la expulsión fue finalmente denegada por la Administración, antes de que la Sala de instancia dictara su auto de 10 de octubre de 2003. Este dato, decimos, no desvirtúa nuestra conclusión estimatoria del presente recurso de casación, ante todo porque no consta la firmeza de esa denegación al tiempo de la resolución del Tribunal a quo, y en todo caso subsiste el hecho de que la ejecución de la orden de expulsión , antes de que la Sala de instancia se hubiera pronunciado sobre la medida cautelar solicitada, fue contraria a Derecho, y esta declaración pudiera surtir efectos favorables para el interesado, por ejemplo, de cara a la tramitación y decisión sobre su segunda solicitud de permiso de trabajo y residencia.

QUINTO.- Al declararse haber lugar al recurso de casación no procede hacer condena en las costas del mismo (artículo 139-2 de la Ley 29/98 EDL1998/44323 ) y no existen razones que aconsejen hacerla respecto de las de instancia.

Por todo ello, en nombre de S.M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

#### FALLO

Que declaramos haber lugar al presente recurso de casación núm.5052/2004, interpuesto por la procuradora D<sup>a</sup> María Otilia Esteban Gutiérrez, en nombre y



## *SESIÓN 12*

representación de D. Leonardo, contra los autos de fecha 10 de octubre de 2003 y 22 de diciembre de 2003, dictados por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de Sevilla) en la pieza de medidas cautelares del recurso contencioso administrativo núm. 937/03, y en consecuencia:

1º.- Revocamos dichos autos.

2º.- Decretamos la suspensión de la ejecución de la orden de expulsión del actor del territorio nacional con prohibición de entrada por tres años , dictada por el Sr. Subdelegado del Gobierno en Sevilla en fecha 17 de febrero de 2003.

3º.- No hacemos condena ni en las costas de instancia ni en las de casación.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Mariano de Oro-Pulido López.- Pedro José Yagüe Gil.- Jesús Ernesto Peces Morate.- Rafael Fernández Valverde.- Eduardo Calvo Rojas.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Mariano de Oro-Pulido y López, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

## 5) REPRESENTACIÓN DE EXTRANJEROS EN EL PROCESO

**Número CENDOJ:**28079130052008100075

**Roj:**STS 1438/2008

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

**Sede:**Madrid

**Sección:**5

**Nº de Recurso:**270/2004

**Nº de Resolución:**

**Fecha de Resolución:**11/03/2008

**Procedimiento:**RECURSO CASACIÓN

**Ponente:**PEDRO JOSE YAGÜE GIL

**Tipo de Resolución:**Sentencia

---

### **Cuestión:**

*Extranjería: Denegación de entrada. Denegación del beneficio de justicia gratuita: Valor del apoderamiento hecho por ciudadano extranjero en dependencias policiales a favor del Letrado.*

---

### **Resumen:**

Se analiza en esta STS el alcance en sede jurisdiccional del apoderamiento realizado por el extranjero a favor de Letrado, en dependencias policiales y ante funcionario público, en casos de denegación de entrada en territorio español. El TS acepta como mandato representativo el que otorga el extranjero en esas circunstancias y recuerda que, en virtud del mismo el Letrado está facultado para presentar los recursos procedentes, pero esa facultad queda limitada por el necesario cumplimiento de los requisitos de actuación ante los órganos jurisdiccionales colegiados, que exigen Procurador habilitado, con poder otorgado ante Notario o "apud acta". En este caso, la representación de oficio de la Procuradora designada terminó al haberse denegado al actor el beneficio de justicia gratuita por lo que, requerido el mismo para designar Procurador, eso pudo haberlo hecho, como mandatario, el propio Letrado (asumiendo las responsabilidades económicas correspondientes). Ahora bien, el apoderamiento realizado en vía administrativa no atribuye sin más al apoderado (el Letrado) la facultad de intervenir en el proceso, una vez que se ha terminado la representación de oficio, porque aquel mandato (que sirve para otorgar poder en la forma legalmente establecida), carece de los requisitos de forma para actuar en el pleito, al no haber sido otorgado ante Notario o "apud acta".

---



## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Marzo de dos mil ocho.

Visto el recurso de casación nº 270/04, interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup> Estrella Moyano Cabrera, en nombre y representación de D. Jose Antonio , contra el auto dictado por la Sección 5<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 15 de Abril de 2003, confirmado en súplica por el de 4 de Noviembre de 2003, sobre archivo del recurso contencioso administrativo nº 205/02 sobre denegación de entrada en el territorio nacional.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso administrativo nº 205/02 la Sección 5<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con fecha 15 de Abril de 2003 dictó auto cuya Parte Dispositiva es del siguiente tenor literal: "La Sala acuerda el archivo del presente recurso contencioso administrativo (...)".

Contra la anterior resolución interpuso recurso de súplica la representación procesal del Sr. Jose Antonio que fue desestimado por auto de fecha 4 de Noviembre de 2003 .

SEGUNDO.- Contra dichas resoluciones interpuso recurso de casación la representación procesal de D. Jose Antonio .

TERCERO.- Por providencia de fecha 5 de Febrero de 2008, se señaló para votación y fallo de este recurso de casación el día 4 de Marzo de 2008, en que tuvo lugar.

CUARTO.- En la sustanciación del juicio no se han infringido las formalidades legales esenciales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil,

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en este recurso de casación nº 270/04 el auto de fecha 15 de Abril de 2003 (confirmado en súplica por el de 4 de Noviembre de 2003 ) por el cual se archivó el recurso contencioso administrativo nº 205/02 interpuesto contra la resolución del Sr. Delegado del Gobierno en Madrid de fecha 9 de Octubre de 2001 (confirmada presuntamente en alzada), que denegó la entrada en territorio nacional, con retorno al lugar de procedencia, al ciudadano de San Tomé e Príncipe, D. Jose Antonio .

SEGUNDO.- El actor interpuso el recurso contencioso administrativo representado por Procurador y asistido por Letrado, designados ambos en Marzo de 2002 por el turno de oficio (en la designación de la Procuradora, de 9 de Marzo de 2002, se indicaba que "esta designación es de carácter provisional hasta su confirmación o denegación por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, conforme a la Ley 1/1996 ").

Admitido el recurso, y ya formulada demanda, se unió a las actuaciones una comunicación de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita de Madrid, por la que se

ponía en conocimiento de la Sala que dicha Comisión había acordado, en reunión celebrada el 3 de Octubre de 2002 , denegar al actor el derecho a la asistencia jurídica gratuita para este recurso.

A la vista de tal comunicación, la Sala, mediante providencia de fecha 17 de Diciembre de 2002 , acordó requerir al actor para que "designe Abogado en el plazo de diez días, bajo apercibimiento de archivar las actuaciones en caso de no efectuarlo".

La Procuradora, en escrito firmado también por el Sr. Letrado que venía actuando de oficio, manifestó que se tuviera designado como Abogado al propio Letrado de oficio, Sr. Sánchez Bernal, a quien el interesado había apoderado en dependencias policiales.

Por nueva providencia de fecha 11 de Marzo de 2003 la Sala decidió lo siguiente:

"Dada cuanta. Vista la denegación del derecho a la asistencia jurídica gratuita, requiérase al Procurador en su día designado, para que manifieste en el término de diez días si continúa con la representación del recurrente. Y en tal caso el Procurador deberá acreditar mediante representación apud-acta o poder bastante debidamente otorgado".

La citada Procuradora presentó nuevo escrito en fecha 26 de Marzo de 2003, solicitando se la tuviera por designada para la representación del recurrente, dado que "mi mandante otorgó en su momento poderes suficientes para que se tramiten cuanto procedimientos, tanto administrativos como judiciales, fuera necesarios para la defensa de sus intereses".

La Sala, en auto de 15 de Abril de 2003 (aquí recurrido en casación) decretó el archivo del recurso, derivándolo del hecho de haber transcurrido el plazo sin haber subsanado el defecto apuntado, de conformidad con lo establecido en el artículo 43.3 (sic) de la L.J. 29/98 .

Contra ese auto interpuso la parte el correspondiente recurso de súplica, alegando que el interesado había apoderado en el expediente administrativo al Letrado interviniente, y que cualquier disposición contraria infringiría el derecho a la tutela judicial efectiva.

En otro auto de 4 de Noviembre de 2003, la Sala de Madrid desestimó el recurso de súplica, razonando que "el recurrente en súplica no desvirtúa los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida, pues conforme al artículo 43.3 L.J.C.A . la exigencia de representación procesal no es un requisito que afecta únicamente a las relaciones entre la parte y su representante y defensor sino que se trata de un requisito para comparecer en el recurso por lo que procede confirmar la resolución recurrida, desestimando el recurso de súplica".

TERCERO.- Contra esos autos ha interpuesto la Procuradora Sra. Moyano Cabrera el presente recurso de casación, en el cual articula un motivo de casación, a saber, la infracción de los artículos 23 de la Ley Jurisdiccional 29/98 y 24.1 de la Constitución Española, al haber la Sala de instancia archivado el recurso pese a haber otorgado el recurrente poder suficiente en fecha 9 de Octubre de 2001 en el Aeropuerto de Barajas, archivo que ha originado una violación del derecho a la tutela judicial efectiva.

CUARTO.- Antes de continuar el estudio del recurso de casación, hemos de precisar que, a diferencia de otros muchos casos de que ha conocido esta Sala, en éste no se cuestiona la efectividad de la denegación del beneficio de asistencia jurídica gratuita, ni los efectos de su falta de notificación al interesado, por cuya razón no podemos entrar en el estudio de esta cuestión.

El alcance del motivo de casación que aquí se esgrime es muy concreto y se limita a la afirmación de que el interesado Sr. Jose Antonio otorgó su representación en el Aeropuerto de Barajas a favor del Letrado Sr. Sánchez Bernal, lo que es bastante para que éste, aunque cese como Letrado designado de oficio provisionalmente, pueda continuar ostentando la representación de aquél en este proceso. (En efecto, el interesado, el día en que se le denegó la entrada en el territorio español, y en las dependencias policiales del Aeropuerto de Barajas, dijo al final de su declaración que "apodera al Sr. Letrado que le asiste para presentar los posibles recursos contra este expediente administrativo"; el Sr. Letrado que le asistía era D. José Luis Sánchez Bernal).

QUINTO.- El presente recurso de casación, tal como ha sido formulado, debe ser desestimado.

No hay inconveniente en aceptar que lo que el viajero Sr. Jose Antonio hizo en dependencias policiales, y ante funcionario público, fue otorgar un mandato representativo a favor del Letrado Sr. Sánchez Bernal, mandato válido según el artículo 1710 del Código Civil , que admite libertad de forma.

En su virtud, el Sr. Sánchez Bernal, como mandatario, estaba facultado para presentar los posibles recursos, pero ello (ha de entenderse), cumpliendo las exigencias establecidas en las leyes de procedimiento, las cuales (artículo 23.2 de la Ley Jurisdiccional 29/98 en relación con el artículo 24 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ) exigen que ante los órganos colegiados actúe un Procurador habilitado, con poder otorgado en una forma concreta, a saber, ante Notario o "apud acta".

Consecuentemente, terminada la representación de oficio de la Procuradora Sra. Moyano Cabrera como consecuencia de la denegación del beneficio de asistencia jurídica gratuita, el Abogado Sr. Sánchez Bernal, ante el requerimiento de la Sala, pudo hacer uso de sus facultades como mandatario y otorgar ante Notario y en nombre de su mandante poder para pleitos a favor de Procurador, o nombrarlo mediante comparecencia "apud acta", (otorgamiento de poder que, lógicamente, implica la asunción de las responsabilidades económicas derivadas del pleito).

Lo que no puede pretenderse es que el apoderamiento realizado en vía administrativa atribuya sin más al apoderado (el Sr. Letrado) la facultad de intervenir en el proceso, una vez que se ha terminado la representación de oficio, porque aquel mandato (que sirve, según lo dicho, para otorgar poder en la forma legalmente establecida), carece de los requisitos de forma necesarios para actuar en el pleito, al no haber sido otorgado ante Notario o "apud acta".

Y debe precisarse que estos requisitos de forma no se cumplen con la mera presentación ante la Sala de un escrito firmado por la Sra. Procuradora y por el Sr. Letrado, en el que aquélla dice que se le tenga "por designada para la representación

del recurrente", ya que un tal escrito ni puede decirse que sea un apoderamiento notarial ni tampoco un apoderamiento "apud acta", el cual exige una comparecencia ante el Sr. Secretario.

SEXTO.- Al no haber actuado de esa manera ante el requerimiento de la Sala de instancia, ésta obró conforme a Derecho al archivar el proceso, (si bien sufriendo por dos veces la equivocación de citar un precepto, el 43.3 de la Ley Jurisdiccional , que es inexistente), razón por la cual procede declarar no haber lugar al recurso de casación.

SÉPTIMO.- Procede condenar a la parte recurrente en las costas de casación (artículo 139.2 de la Ley 29/98 ). Esta condena sólo alcanza, respecto de la minuta de Letrado, a la cantidad máxima de 200'00 euros, a la vista de las actuaciones procesales. (Artículo 139.3 ).

Por todo ello, en nombre de S.M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

### **FALLAMOS**

Que declaramos no haber lugar al presente recurso de casación nº 270/04 interpuesto por la Procuradora Sra. Moyano Cabrera, en nombre y representación de D. Jose Antonio , contra los autos dictados por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 5ª) de fechas 15 de Abril y 4 de Noviembre de 2003, que archivaron el recurso contencioso administrativo nº 205/02.

Y condenamos a la parte actora en las costas de casación; esta condena sólo alcanza, respecto de la minuta de Letrado, a la cantidad máxima de 200'00 euros.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la colección legislativa, , lo pronunciamos, mandamos y firmamos . PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.



## SESIÓN 12

### 6) RECONOCIMIENTO DE CAPACIDAD PROCESAL A MENOR DE EDAD EXTRANJERO PARA IMPUGNAR SU REPATRIACIÓN EN VÍA JURISDICCIONAL

**Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia 183/2008 de 22 Dic. 2008, rec. 3319/2007**

**Ponente: Pérez Tremps, Pablo.**

**Nº de Sentencia: 183/2008**

**Nº de Recurso: 3319/2007**

**Diario La Ley, Nº 7121, Sección La Sentencia del día, 24 Feb. 2009, Año XXX, Editorial LA LEY**

**LA LEY 195050/2008**

Reconocimiento de la capacidad procesal de menor de edad extranjero para impugnar en vía judicial su repatriación

la apreciación de falta de representación DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. Vulneración por y capacidad procesal de menor de edad para impugnar en vía judicial su repatriación. Aplicación desproporcionada del ordenamiento procesal, al no haberse ponderado que se estaba impidiendo que el menor, con capacidad y madurez suficiente, afectado por una decisión administrativa pudiera, bajo cualquier mecanismo, instar su control judicial. El Tribunal no solo no reconoció la capacidad procesal directa del menor, sino que imposibilitó que pudiera suplir ese defecto mediante la designación de un defensor judicial con el argumento de que dicha competencia era del orden civil, pero sin permitir la subsanación. Falta de motivación de la sentencia impugnada

por la referencia a que el menor no se encontraba en el supuesto previsto en el artículo 18 LJCA, sin especificar los elementos o razones de juicio que permitiesen conocer cuáles fueron los criterios jurídicos seguidos para llegar a esa conclusión.

*El Tribunal Constitucional estima recurso de amparo interpuesto contra la sentencia del TSJ Madrid que inadmitió recurso por falta de representación y capacidad procesal del menor recurrente.*

### **Texto**

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3319-2007, promovido por don Luis, representado por el Procurador de los Tribunales don Ignacio Melchor de Oruña y bajo la dirección del Letrado don Juan Ignacio de la Mata Gutiérrez, contra la Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de febrero de 2007, dictada en el rollo de apelación núm. 5-2007. Han comparecido el Abogado del Estado y la Letrada de la Comunidad de Madrid. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Ha sido Ponente el Magistrado don Pablo Pérez Tremps, quien expresa el parecer de la Sala.

### **I. Antecedentes**

**1.** Mediante escrito registrado en este Tribunal el 12 de abril de 2007, el Procurador de los Tribunales don Ignacio Melchor de Oruña, en nombre y representación de don Luis., y bajo la dirección del Letrado don Juan Ignacio de la Mata Gutiérrez, interpuso recurso de amparo contra la resolución mencionada en el encabezamiento.

**2.** La demanda de amparo tiene su origen en los siguientes antecedentes:

a) La Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid, por resolución de 23 de diciembre de 2003, acordó declarar en situación de desamparo al recurrente, de nacionalidad marroquí, nacido el 1 de enero de 1989, «por encontrarse en España sin persona adulta que pueda responsabilizarse de él», asumiendo su tutela y solicitando de la Administración Central la iniciación del procedimiento de repatriación para la reincorporación en su núcleo familiar, lo que fue acordado por resolución del Delegado del Gobierno en Madrid de 10 de febrero de 2006. El 5 de abril de 2006, el recurrente y la asociación «Coordinadora de barrios para el seguimiento de menores y jóvenes», actuando bajo la misma representación letrada, interpusieron contra la citada resolución recurso contencioso-administrativo, adjuntado escrito del recurrente en el que designaba al Letrado para su representación «en cuantos trámites administrativos y jurisdiccionales sea preceptiva su intervención». El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 14 de Madrid, al que por reparto correspondió el conocimiento del asunto, por providencia de 5 de abril de 2006, acordó incoar el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales núm. 1-2006 y formar pieza separada de suspensión cautelarísima.

b) Por Auto de 5 de abril de 2006 se acordó de manera provisional suspender el acto impugnado, celebrándose el 6 de abril de 2006 la comparecencia sobre el mantenimiento de la medida cautelar. En dicho acto, el Abogado del Estado alegó que el Letrado no era el representante legal del menor, cuya tutela la ostentaba la Comunidad de Madrid, y que «en caso de conflicto de intereses, como ocurre en el presente caso, la representación debe recaer sobre el

Ministerio Fiscal». La Letrada de la Comunidad de Madrid manifestó que estaba conforme con la resolución impugnada y que era esta Comunidad la que ostenta la tutela y representación legal del menor. El Ministerio Fiscal solicitó el nombramiento de un defensor judicial, en interés del menor, «vista la contraposición de intereses entre quien tiene asumida la tutela del menor y lo que quiere el menor». El recurrente, que ya contaba con 17 años de edad, manifestó que quería estar en España, que sabe que la tutela la tiene la Comunidad de Madrid y que quiere que le asista el Letrado al que tiene designado. En dicho acto, se acordó dar un trámite de audiencia sobre la posibilidad del nombramiento de defensor judicial del menor, dados los intereses en conflicto puesto de manifiesto entre el menor y la entidad que ostenta su tutela. El Letrado designado por el menor para ejercer su representación y que, además, lo hacía en representación de la «Coordinadora de barrios para el seguimiento de menores y jóvenes» mantuvo la solicitud de nombramiento y aceptó él mismo el desempeño de tal función si el Juzgado así lo consideraba oportuno. Por su parte, tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal y la Letrada de la Comunidad de Madrid entendieron que no había conflicto de intereses, oponiéndose al nombramiento de defensor judicial.

c) Por Auto de 6 de abril de 2006 se acordó nombrar defensor judicial del menor al Letrado que había sido designado por el menor para representarle. En dicha resolución se argumenta, por un lado, que es plenamente aplicable a los supuestos de tutela, la posibilidad de que a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria se produzca el nombramiento de defensor judicial previsto en el art. 163 CC, cuando exista conflicto de intereses entre los menores no emancipados y quien ostente su patria potestad, recordando que el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, establece el derecho de todo menor a ser oído en cualquier procedimiento judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social, pudiendo ejercitar ese derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para



que le represente. Por otro lado, en esta resolución también se pone de manifiesto que, dado el carácter sumario y urgente del procedimiento contencioso-administrativo en que se enmarca, el nombramiento de defensor judicial del menor podía resolverse por el Juez que está conociendo del asunto. La Letrada de la Comunidad de Madrid, mediante escrito registrado el 17 de abril de 2006, interpuso recurso de súplica contra dicho nombramiento, dando lugar a la tramitación de un incidente de oposición, que fue resuelto por Auto de 24 de abril de 2006, acordándose la ratificación del nombramiento, con el argumento de que cualquier órgano judicial en que se plantee el conflicto de intereses, con independencia del orden jurisdiccional, debe propiciar el nombramiento de un defensor judicial, insistiendo que dicha decisión, adoptada sin la oposición del Ministerio Fiscal, es uno de los cauces posibles, junto al de haber considerado, conforme al art. 18 LJCA, al menor con capacidad suficiente para ejercer por sí mismo su derecho, al tratarse de una decisión personalísima que afectaba a su esfera personal.

d) Por Sentencia de 25 de septiembre de 2006 se estimó parcialmente el recurso, declarándose la nulidad de la resolución de repatriación impugnada, insistiéndose en los argumentos expuestos en el Auto de 24 de abril de 2006 para rechazar las causas de inadmisión referidas tanto a la falta de jurisdicción en relación con la competencia para nombrar defensor judicial como a la incapacidad del recurrente para impugnar el acto administrativo. El Abogado del Estado, la Letrada de la Comunidad de Madrid y el Ministerio Fiscal interpusieron recurso de apelación, cuyo conocimiento correspondió, con el número de rollo 5-2007, a la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

e) Por Sentencia de 28 de febrero de 2007, y conforme solicitaba el Ministerio Fiscal, se estimó el recurso declarando que concurría la causa de inadmisión de falta de representación y capacidad procesal del recurrente en amparo, así como la falta de legitimación activa de la asociación co-demandante, dejando imprejuzgada la cuestión de fondo. A esos efectos, se argumentó, por un lado, que el Letrado no ostentaba mandato alguno del menor, quien, además,

carecía de capacidad procesal, ya que, estando previsto en el art. 18 LJCA que tienen esa capacidad «los menores de edad para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad tutela o curatela del menor de edad», en el presente caso «el menor no está emancipado, sino sometido a tutela de una Administración Pública -La Comunidad de Madrid-, sin que nos encontremos en el supuesto previsto en el transcrito art. 18 LJCA» (FD tercero). Igualmente, se argumentó que el Juzgado de instancia carecía de competencia para suplir ese defecto de capacidad a través del nombramiento de un defensor judicial, ya que ésta corresponde a los órganos judiciales del orden civil a través del oportuno procedimiento de jurisdicción voluntaria, concluyendo que «sólo los padres del menor -representantes legales del mismo- o, en su caso, el Ministerio Fiscal tendrían capacidad procesal para impugnar la resolución recurrida» (FD tercero).

**3.** El recurrente aduce en su demanda de amparo la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), desde la perspectiva del derecho de acceso a la jurisdicción, con fundamento en que la decisión de inadmisión, fundamentada en su falta de representación y capacidad procesal por ser entonces menor de edad, resultó desproporcionada, formalista y arbitraria, ya que quien entonces ejercía su tutela -el Instituto Madrileño del Menor y la Familia- y el Ministerio Fiscal eran contrarios a impugnar la resolución administrativa de repatriación, lo que generaba un conflicto de intereses con su intención de oponerse a dicha medida, y, además, el art. 18 LJCA reconoce capacidad procesal a los menores de edad para la defensa de sus intereses legítimos sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela.

**4.** La Sección Segunda de este Tribunal, por providencia de 28 de mayo de 2008, acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, requirió a los órganos judiciales la remisión de copia testimoniada de las actuaciones y el emplazamiento de quienes

hubieran sido parte en este procedimiento para que pudieran comparecer en el mismo.

**5.** La Secretaría de Justicia de la Sala Primera de este Tribunal, por diligencia de ordenación de 17 de septiembre de 2008, tuvo por personado al Abogado del Estado y a la Letrada de la Comunidad de Madrid y, a tenor del art. 52 LOTC, se acordó dar vista de las actuaciones al Ministerio Fiscal y a las partes personadas por plazo común de veinte días para que pudieran presentar las alegaciones que estimasen pertinentes.

**6.** El Abogado del Estado, mediante escrito registrado el 7 de octubre de 2008, presentó sus alegaciones, solicitando la desestimación del recurso de amparo, argumentando que la interpretación realizada para negar capacidad procesal al recurrente se ha fundamentado en que no estaba acreditada su voluntad de recurrir ni de ser representada por la asociación supuestamente apoderada. Además, destaca que, conforme a la jurisprudencia de la STC 118/2007, de 21 de mayo, ha sobrevenido la desaparición del objeto del proceso, toda vez que el menor de edad ha alcanzado la mayoría de edad.

**7.** La Letrada de la Comunidad de Madrid, mediante escrito registrado el 27 de octubre de 2008, presentó sus alegaciones, solicitando la desestimación del recurso de amparo, argumentando que no ha existido vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del menor en el desarrollo de las actuaciones administrativas de repatriación, ya que existió efectiva notificación de la resolución administrativa y se dio trámite de audiencia en el expediente de repatriación.

**8.** El Ministerio Fiscal, mediante escrito registrado el 10 de noviembre de 2008, interesó el otorgamiento del amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), la anulación de la resolución impugnada y la retroacción de actuaciones. Así, argumenta que, frente a la interpretación del órgano judicial de instancia de las normas procesales relativas a la integración de la capacidad del menor favorable a reparar la posible falta de capacidad procesal del menor mediante el nombramiento de un defensor, el

órgano judicial de apelación ha optado por una interpretación no favorable al derecho, ya que «carece de una razonabilidad acorde con los deseos del legislador sobre la protección de los intereses de los menores y la finalidad de la normativa aplicada tendente a reconocer una capacidad progresiva a los menores en atención a su edad y grado de madurez», destacando que el menor contaba con una edad de 17 años en el momento de la demanda. Igualmente, el Ministerio Fiscal señala que es una interpretación excesiva y rigorista el negar competencia al juzgado de instancia para el nombramiento de defensor judicial al menor, dado que estaba acreditada la existencia de un conflicto de intereses con el organismo tutelar y supondría un retraso en el deferir dicho nombramiento a otro orden jurisdiccional, poniendo de manifiesto que, además, la Sala ni tan siquiera ordena la retroacción de actuaciones para posibilitar que se verifique el nombramiento por el órgano judicial que estima competente.

**9.** El recurrente, mediante escrito registrado el 24 de octubre de 2008, presentó alegaciones solicitando que se otorgue el amparo en los términos expuestos en su demanda.

**10.** Por providencia de fecha 18 de diciembre de 2008, se señaló para deliberación y fallo de la Sentencia el día 22 del mismo mes y año.

## **II. Fundamentos jurídicos**

**1.** El objeto del presente recurso es determinar si la resolución impugnada, en la medida en que apreció la concurrencia del óbice procesal de falta de representación y capacidad procesal del recurrente para impugnar en vía judicial su repatriación por ser menor de edad no emancipado sometido a tutela pública, ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), desde la perspectiva del derecho de acceso a la jurisdicción.

**2.** Con carácter previo deben despejarse las dudas suscitadas por el Abogado del Estado, sólo como dudas, sobre la pervivencia del objeto del presente recurso de amparo por haber alcanzado el recurrente la mayoría de edad. Esta

circunstancia no implica la pérdida sobrevenida de objeto del amparo, toda vez que, como ha reiterado este Tribunal, con carácter general, dicha pérdida queda referida a los casos en los que o bien los propios órganos judiciales han reparado directamente la lesión alegada ante este Tribunal, o bien ha desaparecido el acto o la causa origen del proceso de amparo, ya que en cualquiera de ellos carecería de sentido un pronunciamiento estimatorio al no existir la lesión del derecho fundamental invocada, salvo que, a pesar de haber desaparecido formalmente el acto lesivo, debieran tenerse en cuenta otros elementos de juicio que siguieran haciendo precisa nuestra respuesta (por todas, STC 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 3).

En el presente caso, sin embargo, no se ha puesto de manifiesto la existencia de ninguna actuación administrativa o judicial producida con posterioridad a la interposición de la demanda de amparo a partir de la cual pueda sostenerse que se ha producido una reparación de la lesión del derecho de acceso a la jurisdicción alegada por el recurrente. La circunstancia de que, en su caso, una eventual estimación del amparo pudiera carecer de efectividad real por haber devenido en inejecutable la resolución administrativa objeto de impugnación en el recurso contencioso-administrativo en que se ha producido la lesión aducida no resulta equiparable a la pérdida sobrevenida del objeto del amparo entendida como desaparición de la lesión o del acto impugnado, ello amén del interés general que la resolución de este asunto pueda poseer.

**3.** Entrando en el análisis de la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), este Tribunal ha reiterado que es un elemento esencial de este derecho obtener del órgano judicial una resolución sobre el fondo de las pretensiones, derecho que también se satisface con una decisión de inadmisión que impida entrar en el fondo de la cuestión planteada cuando dicha decisión se fundamente en la existencia de una causa legal que resulte aplicada razonablemente. En ese sentido, también se ha resaltado que el control constitucional de las decisiones de inadmisión ha de verificarse de forma especialmente intensa, dada la vigencia en estos casos del principio *pro actione*, principio de obligada observancia por los Jueces y Tribunales, que

impide que interpretaciones y aplicaciones de los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso obstaculicen de manera injustificada el derecho a que un órgano judicial conozca o resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida. Así, se ha destacado que puede verse conculcado este derecho por aquellas interpretaciones de las normas que sean manifiestamente erróneas, irrazonables o basadas en criterios que por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que la causa legal aplicada preserva y los intereses que se sacrifican (por todas, STC 135/2008, de 27 de octubre, FJ 2).

Por otra parte, también debe recordarse que si bien este Tribunal no se ha pronunciado específicamente sobre la capacidad procesal de los menores de edad para impugnar judicialmente decisiones que afecten a su esfera personal -que aparece regulada en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo en el art. 18 LJCA al señalar que tienen esa capacidad «los menores de edad para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad tutela o curatela del menor de edad»-, sin embargo, en diversas resoluciones ha estimado vulnerados el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de los menores en supuestos de procesos judiciales en que no habían sido oídos o explorados por el órgano judicial en la adopción de medidas que afectaban a su esfera personal (como ejemplo, SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 5, ó 17/2006, de 30 de enero, FJ 5). Así, se ha reiterado que el derecho de los menores que estén en condiciones de formarse un juicio propio a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de representante o de un órgano apropiado, aparece recogido en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (art. 12) y que en nuestro Ordenamiento, el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor reconoce el derecho de éste a ser oído tanto en el ámbito familiar como en

cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (art. 9.1) (por todas, STC 22/2008, de 31 de enero, FJ 7). Además, cabe citar aquí el art. 24.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, publicada en el DOCE de 14 de diciembre de 2007 e íntegramente reproducida en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de junio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, en que se establece que «los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez».

Por último, respecto de la repatriación de menores, este Tribunal ya ha destacado que es uno de los supuestos en que queda afectada la esfera personal y familiar de un menor. Así, en el reciente ATC 372/2007, de 17 de septiembre, se argumentaba que «nos encontramos en un caso que afecta a la esfera personal y familiar de un menor, que, con diecisiete años de edad en el momento de resolverse sobre la autorización para la repatriación, gozaba ya del juicio suficiente para ser explorado por el Juzgado de Menores, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oído... Por esta razón, es claro que el Juzgado debió otorgar un trámite específico de audiencia al menor antes de resolver la pretensión deducida por la Dirección General de la Policía (SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 5; 152/2005, de 2 de junio, FJ 3)» (FJ 3).

**4.** En el presente caso, como ha sido expuesto con más detenimiento en los antecedentes, ha quedado acreditado que la Comunidad de Madrid, en su condición de tutora legal, instó la repatriación del recurrente, que fue acordada por la Delegación del Gobierno en Madrid y que, contando con 17 años de edad, impugnó judicialmente dicha decisión a través de un Letrado, ratificando a presencia judicial su voluntad tanto de oponerse a la decisión administrativa como de ser representado por dicho Letrado. Igualmente, se verifica que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, para garantizar el derecho del recurrente menor de edad de acceder a la jurisdicción en

impugnación de una decisión que afectaba a su situación personal, y aún reconociéndole capacidad procesal ex art. 18 LJCA para impugnar la resolución administrativa, ante el conflicto de intereses existente con el órgano de tutela que era el que había instado la repatriación, procedió, a instancias del Ministerio Fiscal, al nombramiento de un defensor judicial, que recayó en su propio Letrado.

Por último, se pone de manifiesto en las actuaciones que el órgano judicial de apelación, finalmente, acordó la inadmisión del recurso interpuesto, dejando imprejuizada la cuestión de fondo suscitada, al entender, por un lado, que el recurrente carecía de capacidad procesal, ya que, estando previsto en el art. 18 LJCA que tienen esa capacidad «los menores de edad para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad tutela o curatela del menor de edad», en el presente caso «el menor no está emancipado, sino sometido a tutela de una Administración Pública -la Comunidad de Madrid-, sin que nos encontremos en el supuesto previsto en el transcrito art. 18 LJCA» (FD tercero). Y, por otro, que el Juzgado de instancia carecía de competencia para suplir ese defecto de capacidad a través del nombramiento de un defensor judicial, ya que ésta corresponde a los órganos judiciales del orden civil a través del oportuno procedimiento de jurisdicción voluntaria, concluyendo que «sólo los padres del menor -representantes legales del mismo- o, en su caso, el Ministerio Fiscal tendrían capacidad procesal para impugnar la resolución recurrida» (FD tercero).

**5.** En atención a lo anterior, tal como sostiene el Ministerio Fiscal, debe concluirse que la decisión de inadmisión impugnada ha vulnerado el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), desde la perspectiva del derecho de acceso a la jurisdicción, ya que la interpretación y aplicación del ordenamiento procesal realizada ha resultado desproporcionada, al no haberse ponderado que se estaba impidiendo que la persona directamente



afectada por una decisión administrativa pudiera, bajo cualquier mecanismo, instar su control judicial.

En efecto, la interpretación y aplicación de la regulación de la capacidad procesal, por ser un presupuesto de acceso a la jurisdicción, debe estar regida por el principio *pro actione*, siendo constitucionalmente exigible que se ponderen las circunstancias concurrentes para adoptar una decisión que no resulte rigorista ni desproporcionada en que se sacrifiquen intereses de especial relevancia. Entre esos intereses está, sin duda, y como ya se expuso anteriormente, el derecho de cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, a ser oído en vía judicial en la adopción de medidas que afectan a su esfera personal, en tanto que este Tribunal ya ha reiterado que forma parte del contenido esencial del art. 24.1 CE. De ese modo, con mayor razón, y por ser en muchos casos su presupuesto lógico, también forma parte del contenido esencial del art. 24.1 CE, que se posibilite a cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, instar de los órganos judiciales, en cualquier orden jurisdiccional, la defensa de intereses que afecten a su esfera personal, incluso contra la voluntad de quienes ejerzan su representación legal.

En relación con ello, debe destacarse, en primer lugar, que, **habida cuenta del tenor literal, ya transcrito anteriormente, del art. 18 LJCA sobre la capacidad procesal de los menores de edad para la defensa de sus derechos e intereses legítimos sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad tutela o curatela del menor de edad, la simple referencia apodíctica contenida en la resolución judicial impugnada de que no se está en el supuesto previsto en dicho artículo implica un defecto de motivación con relevancia constitucional, toda vez que, en los términos definidos por la jurisprudencia constitucional (por todas, STC 105/2008, de 15 de septiembre, FJ 3), no contiene los elementos o razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos para llegar a esa conclusión.**

Al margen de ello, y sin que resulte procedente que este Tribunal se pronuncie sobre cuál debe ser el orden jurisdiccional competente para el nombramiento

de defensor judicial de los menores en casos como el presente, ni aun sobre si hubiera debido reconocerse capacidad directa ex art. 18 LJCA al recurrente en vez de suplirla a través del nombramiento de defensor judicial, lo que, en sí mismo consideradas, son cuestiones de mera legalidad ordinaria, lo cierto es que la negativa judicial a reconocer capacidad procesal directa al recurrente y, simultáneamente, imposibilitar que pudiera suplir ese defecto de capacidad mediante la designación de un defensor judicial con el argumento de que dicha competencia es exclusiva del orden jurisdiccional civil, pero sin permitir tampoco la subsanación del nombramiento realizado por el órgano judicial de instancia, han impedido de manera definitiva a un menor, con capacidad y madurez suficiente, instar el control judicial de una decisión administrativa, como era la de su repatriación, que afectaba de una manera muy directa a su vida y esfera personal, lesionado de esa manera su derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE), para defender intereses personalísimos.

Esta conclusión queda confirmada en un supuesto en que concurren, además, otras dos circunstancias relevante como son, por un lado, la simultánea decisión judicial de negar también legitimación activa a la asociación co-demandante y, por otro, el hecho de que se estaba en el marco de un procedimiento judicial de protección de derechos fundamentales, con lo que se abortaba completamente la posibilidad de que se pudiera obtener un pronunciamiento judicial sobre el fondo de las vulneraciones de derechos fundamentales aducidas, cuando ya se había obtenido una primera resolución judicial estimatoria.

Por tanto, debe declararse la nulidad de la resolución judicial impugnada, en el único extremo referido a negar representación y capacidad procesal al recurrente, así como la retroacción de las actuaciones para que el órgano judicial dicte una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

**6.** En el ejercicio de la competencia de este Tribunal de protección de datos de carácter personal, la presente resolución no incluye la identificación completa

del recurrente, menor de edad cuando sucedieron los hechos enjuiciados, con el objeto de respetar su intimidad, tal como ya ha señalado este Tribunal en otras ocasiones (por todas, STC 114/2006, de 5 de abril, FJ 7).

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA, Ha decidido

Otorgar a don Luis el amparo solicitado y, en consecuencia:

1º Reconocer su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

2º Declarar la nulidad de la Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de febrero de 2007, dictada en el rollo de apelación núm. 5-2007, en lo referido a la concurrencia de la causa de inadmisión de falta de representación y capacidad procesal del recurrente.

3º Retrotraer las actuaciones judiciales al momento anterior al de dictarse dicha Sentencia para que se dicte nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintidós de diciembre de dos mil ocho.

## **7) CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO: MOMENTO PARA SU ALEGACIÓN.**

**Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 5ª, S 7-2-2008, rec. 591/2004. Pte: Oro-Pulido y López, Mariano de**

### *RESUMEN*

*El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto contra los autos dictados por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por los cuales se inadmitió el recurso contencioso administrativo, y en consecuencia revoca dichos autos y declara que el recurso contencioso administrativo debe continuar su tramitación. La afirmación de la Sala de instancia de que la eventual caducidad del expediente sólo operará y podrá alegarse como motivo impugnatorio una vez -si es que llega a dictarse- se acuerde la expulsión, es equivocada, pues la caducidad opera y puede alegarse por el puro transcurso del plazo.*

### **-NORMATIVA ESTUDIADA**

RD 864/2001 de 20 julio 2001. Reglamento de Extranjería  
art.98

LO 4/2000 de 11 enero 2000. Derechos y Libertades de Extranjeros en España y su Integración Social  
art.51

Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común  
art.42

En la Villa de Madrid, a siete de febrero de dos mil ocho.

Visto el recurso de casación núm. 591/2004, interpuesto por la Procuradora Dª María del Pilar Maldonado Félix (luego sustituida por D. Mario Castro Casas), en nombre y representación de D. José Luis, contra el auto de fecha 16 de octubre de 2003, confirmado en súplica por el de 28 de noviembre de 2003, por el cual la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 8ª), en su recurso núm. 1920/03, resolvió inadmitir el formulado por la parte actora frente a la solicitud de archivo por caducidad del expediente de expulsión.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Preparado por la representación de D. José Luis recurso de casación contra las resoluciones antes dichas, la Sala de instancia, lo tuvo por preparado en



## SESIÓN 12

providencia de fecha 9 de enero de 2004, emplazándose a las partes para ante este Tribunal Supremo.

SEGUNDO.- En fecha 20 de enero de 2004 D. José Luis, presentó escrito interponiendo este recurso de casación, en el cual, después de exponer y razonar los motivos de impugnación que esgrimió, terminó suplicando se declare haber lugar al recurso de casación.

TERCERO.- Por providencia de fecha 5 de marzo de 2007 se admitió a trámite el recurso de casación, y por resolución de 18 de julio de 2007 se ordenó dar traslado a la parte recurrida para oposición, formalizándose por escrito de 11 de octubre de 2007 y se ordenó quedaran los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 5 de febrero de 2008, en que tuvo lugar.

CUARTO.- En la sustanciación del juicio no se han infringido las formalidades legales esenciales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Mariano de Oro-Pulido y López,

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en este recurso de casación núm. 591/2004 el auto de fecha 16 de octubre de 2003 (confirmado por el de 28 de noviembre de 2003), dictado por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 8ª) en su recurso contencioso administrativo núm. 1920/03, por el cual se inadmitió el interpuesto por D. José Luis sobre caducidad y archivo del expediente de expulsión.

SEGUNDO.- El actor interpuso recurso contencioso-administrativo contra "la presunta resolución dictada por la Administración General del Estado y por la Delegación del Gobierno en Madrid y por Su Secretaría General Servicio de Extranjería, ya que iniciado expediente de expulsión frente al interesado en fecha 14-11-2002, transcurrieron más de seis meses sin que recayera resolución alguna, por lo que en fecha 29-05-2003 procedía a presentar el escrito que ADJUNTO ACOMPAÑO COMO DOCUMENTO núm. 1, en el que solicitaba de conformidad a lo dispuesto en el art. 44 de la LRJ-PAC así como en lo dispuesto en el art. 98 del RD 864/2001 de 20 de julio EDL2001/24050 por el que se aprueba el Reglamento de Extranjería, fuera acordada la CADUCIDAD DEL EXPEDIENTE DE EXPULSIÓN Y POR LO TANTO EL ARCHIVO DE LAS ACTUACIONES, por haberse agotado el plazo máximo para emitir resolución."

La Sala de instancia, mediante auto de 16 de octubre de 2003 declaró la inadmisibilidad del recurso interpuesto, con la siguiente fundamentación jurídica: "como ya se ha pronunciado esta Sala y Sección en numerosos Autos, el hecho de que la Administración no haya concluido y resuelto el expediente en plazo no autoriza a impugnar una supuesta caducidad que solo se produciría si llegase a adoptar la resolución sancionadora fuera del plazo legalmente establecido, y entonces sería, mediante la impugnación de esa Resolución final, cuando cabría instar su anulación por caducidad del procedimiento. Concurriendo, pues, la causa de inadmisibilidad prevista en el art. 51. c) en relación con el art. 25 LJCA EDL1956/42 , procede inadmitir "a limine" el recurso."

Interpuesto recurso de súplica contra ese auto, fue desestimado por otro auto de 28 de noviembre de 2003, en el que dijo la Sala: "el acuerdo de iniciación de un expediente de expulsión no puede ser fiscalizado jurisdiccionalmente, ni tampoco la resolución no emitida en dicho procedimiento, pues la ausencia de resolución no implica necesariamente que la expulsión vaya a producirse, de tal manera que solo cuando aquella se produzca, cuando el acto administrativo iniciado devenga en completo y definitivo, será susceptible de ser impugnado en vía jurisdiccional".

TERCERO.- Frente a esa resolución de inadmisión la parte actora ha formulado recurso de casación, en el cual esgrime un único motivo de impugnación, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción .

Alega la parte recurrente que el acuerdo impugnado en la instancia no era el de iniciación del procedimiento de expulsión, sino la desestimación por silencio administrativo de la solicitud de declaración de caducidad y archivo de dicho expediente, presentada con apoyo en lo dispuesto en los artículos 42, apartados 1,2 y 3 de la Ley 30/1992 EDL1992/17271 (LRJ-PAC), el artículo 20.6 del RD 1398/93 EDL1993/17573 , Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora de la Administración y artículo 98 del reglamento de desarrollo de la L.O. 4/2000 EDL2000/77473 , aprobado por RD 864/2001 EDL2001/24050 .

Considera, pues, el recurrente que la Sala incurrió en un error al identificar el objeto del recurso contencioso-administrativo.

CUARTO.- Estimaremos el recurso de casación.

Como hemos apuntado, el acto administrativo que aquí se impugna es la desestimación presunta de la petición de caducidad del expediente de expulsión iniciado contra el ahora recurrente en fecha 14-11-2002, por haber transcurrido más de seis meses desde esa fecha sin que recayera resolución alguna; caducidad que



## SESIÓN 12

aquel pidió a la Administración en su escrito de fecha 29- 05-2003, que adjuntó como documento núm. 1 al escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo.

Y ante el silencio de la Administración, se interpuso el recurso contencioso administrativo, declarado inadmisibile por el auto de fecha 16 de octubre de 2003 - confirmado en súplica por el de 28 de noviembre de 2003 - que ahora se recurre en casación.

Como se ve, en el proceso no se impugnaba el acuerdo de iniciación de un expediente sancionador, ni la falta de respuesta a las alegaciones de descargo presentadas en el curso del mismo, sino que se impugnó la falta de respuesta a la solicitud de que se declarara la caducidad del expediente administrativo, por no haberse resuelto en determinado plazo.

Y esta es una petición que será o no acertada, pero su desestimación por silencio da lugar a un acto administrativo perfectamente recurrible, que es el referente a si el expediente ha incurrido o no en caducidad.

La afirmación de la Sala de instancia de que la eventual caducidad del expediente sólo operará y podrá alegarse como motivo impugnatorio una vez ---si es que llega a dictarse--- se acuerde la expulsión, es equivocada. La caducidad opera y puede alegarse (y su no declaración, expresa o presunta, puede impugnarse) por el puro transcurso del plazo.

Si las cosas fueran de otro modo, y la Administración nunca dictara resolución expresa ni declarara la caducidad, el interesado no podría nunca acceder a los Tribunales de Justicia a fin de que estos la declararan, cosa que carecería de sentido.

QUINTO.- Se está, pues, en el caso de declarar haber lugar al recurso de casación, por infracción de aquellos preceptos, a fin de que continúe ante la Sala de instancia la tramitación del recurso contencioso administrativo.

SEXTO.- Al declararse haber lugar al recurso de casación procede no condenar en las costas de casación (artículo 139-2 de la L.J. ), y no existen razones que aconsejen hacerla respecto de las de instancia.

Por todo ello, en nombre de S.M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

FALLO

Que declaramos haber lugar al recurso de casación núm. 591/2004 interpuesto por D. José Luis contra el auto de fecha 16 de octubre de 2003, confirmado en súplica por el de fecha 28 de noviembre de 2003, dictados por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 8ª, por los cuales se inadmitió el recurso contencioso administrativo núm. 1920/03, y en consecuencia:

1º.- Revocamos dichos autos.

2º.- Declaramos que el recurso contencioso administrativo núm. 1920/03 debe continuar su tramitación.

3º.- No hacemos condena ni en las costas de instancia ni en las de casación.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Mariano de Oro-Pulido López.- Pedro José Yagüe Gil.- Jesús Ernesto Peces Morate.- Rafael Fernández Valverde.- Eduardo Calvo Rojas.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Mariano de Oro-Pulido y López, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

**Número CENDOJ:**28079130052008100061





## SESIÓN 12

### **8) CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO: NECESIDAD DE SOLICITUD PREVIA A LA ADMINISTRACIÓN.**

**Lalanne, Enrique**

#### *RESUMEN*

El TS no ha lugar al recurso de casación planteado contra los autos por los que se inadmitió el recurso contencioso-administrativo relativo a una resolución de expulsión del territorio nacional. La Sala considera que en ningún momento dijo la parte actora recurrente haber pedido a la Administración que se declarase la caducidad del expediente, y según reiterada jurisprudencia no puede pedirse en el proceso que se declare caducado un expediente sancionador sin pedirlo previamente a la Administración, en casos en que no existe resolución final impugnada.

-NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Jurisdicción Contencioso-Administrativa art.51.1

MARIANO DE ORO-PULIDO LOPEZ

PEDRO JOSÉ YAGÜE GIL

JESUS ERNESTO PECES MORATE

SEGUNDO MENENDEZ PEREZ

ENRIQUE CANCER LALANNE

#### SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de octubre de dos mil siete.

Visto el recurso de casación núm. 2864/2004, interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup> María Luisa Mora Villarrubia, en nombre y representación de D. Gonzalo , contra el auto de fecha 8 de enero de 2004, confirmado en súplica por el de 5 de febrero de 2004, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 1<sup>a</sup>), sobre inadmisión de recurso contencioso administrativo núm. 1695/03, en materia de expulsión del territorio nacional.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Preparado por la representación de D. Gonzalo recurso de casación contra las resoluciones antes dichas, la Sala de instancia, lo tuvo por preparado en

providencia de fecha 25 de febrero de 2004 , emplazándose a las partes para ante este Tribunal Supremo.

SEGUNDO.- En fecha 12 de marzo de 2004 D. Gonzalo , presentó escrito interponiendo este recurso de casación, en el cual, después de exponer y razonar los motivos de impugnación que esgrimió, terminó suplicando se declare haber lugar al recurso de casación.

TERCERO.- Por auto de 27 de abril de 2007 se admitió dicho recurso de casación, y al no haberse personado parte recurrida, se ordenó quedaran los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo.

QUINTO.- Se señaló para votación y fallo de este recurso de casación el día 30 de octubre de 2007, en que tuvo lugar.

SEXTO.- En la sustanciación del juicio no se han infringido las formalidades legales esenciales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Enrique Cancer Lalanne, Magistrado de la Sala

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Gonzalo interpone recurso de casación número 2864/2004 contra el auto de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de enero de 2004 , confirmado en súplica por auto de 5 de febrero de 2004, que inadmitió el recurso contencioso administrativo núm. 1695/03 .

El recurrente en casación articula dos motivos, ambos formulados al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción .

En el primer motivo denuncia la infracción del artículo 51.1 de la Ley Jurisdiccional , alegando que las causas de inadmisión deben ser aplicadas de forma restrictiva y sumamente cautelosa, y añadiendo que en este caso debería haberse reclamado el expediente administrativo antes de acordar la inadmisión del recurso a fin de comprobar si existe o no una orden de expulsión contra el propio actor .

En el segundo, alega la vulneración del artículo 98 del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 8/2000 EDL2000/88847 , aprobado por RD 864/2001 EDL2001/24050 , considerando que al haber transcurrido ampliamente en este caso el plazo de seis meses establecido en dicho precepto para la tramitación y resolución del expediente, se ha producido su caducidad, por lo que el Tribunal de instancia debería haber

admitido el recurso, entrar al fondo del mismo y declarar la caducidad del expediente sancionador.

SEGUNDO.- Este recurso de casación presenta un desarrollo argumental prácticamente idéntico a los que han sido examinados y resueltos en sentencias de esta Sala y Sección de 16 de noviembre y 22 de diciembre de 2006 (RRC 5325/2003 EDJ2006/306378 y 6343/2003) EDJ2006/345705 y 9 y 15 de febrero de 2007 (RRC 9290/2003 EDJ2007/7365 y 5013/2003 ) EDJ2007/13510 , por lo que hemos de reiterar ahora cuanto entonces expusimos.

TERCERO.- El primer motivo de casación, tal y como se ha formulado, no puede prosperar.

La parte recurrente no denuncia en este motivo una errónea apreciación, por la Sala de instancia, de cuál era el acto realmente impugnado, ni denuncia una equivocada perspectiva de análisis del caso por el Tribunal, ni invoca una aplicación indebida de alguna causa de inadmisión de las cuatro previstas en el propio artículo 51.1 , apartados a) al d). Solo cita como precepto infringido, con la indispensable concreción, el artículo 51.1, primer párrafo, de la Ley de la Jurisdicción , alegando que ese precepto se vulnera por haberse acordado la inadmisión del recurso sin haberse reclamado antes el expediente pese a que dicho artículo "exige" -sic- tal reclamación. Su denuncia se circunscribe, pues, a la infracción del primer párrafo del referido artículo 51.1 , y en torno a una concreta cuestión: la no reclamación del expediente administrativo por la Sala antes de acordar la inadmisión.

Pero al razonar así la parte actora realiza una transcripción parcial e interesada del referido precepto, pues el mismo establece que "el Juzgado o Sala, previa reclamación y examen del expediente administrativo, si lo considera necesario, declarará no haber lugar a la admisión del recurso...", de manera que el Tribunal está facultado por la Ley para acordar esa inadmisión aun antes de reclamar el expediente, si entiende que con los datos ya obrantes en las actuaciones consta de modo manifiesto e inequívoco la concurrencia de una causa de inadmisión.

Empero, ocurre en este caso que la parte recurrente en casación no razona la inexistencia, en el caso examinado, de esas causas o motivos de inadmisión, pues se limita a decir que la Ley "exige" la reclamación del expediente antes de acordar la inadmisión, lo que no es cierto, para añadir a continuación que había que reclamar el expediente a fin de verificar si había orden de expulsión o no , ya que dicha parte reconoce que no lo sabe; ahora bien, el primer requisito del proceso contencioso administrativo es que se dirija contra un acto administrativo cierto y concreto, y en este caso la misma parte recurrente demostró con sus propios actos no saber con certeza qué es lo que estaba recurriendo en el proceso, como veremos a continuación,

por lo que no es de extrañar la decisión de la Sala de instancia de acordar la inadmisión del recurso.

CUARTO.- En efecto, en el segundo motivo de recurso se dice, con cita del artículo 98 del Reglamento aprobado por RD 864/2001 EDL2001/24050 , que se había producido la caducidad del procedimiento, y que al no haberlo declarado así la Administración, la propia Sala de instancia debería haber declarado esa caducidad; pero el motivo no puede ser acogido, porque no fue esa la actuación administrativa impugnada en el proceso.

La parte actora interpuso recurso contencioso administrativo contra "la incoación del expediente de expulsión de fecha 28 de marzo del corriente año (2003) al no haber recaído hasta la fecha resolución expresa por parte de la Delegación del Gobierno en Madrid, solicitando por tanto la caducidad del mismo de acuerdo con lo establecido en el artículo 98 del RD 864/2001 EDL2001/24050 ". Hemos de destacar la notable confusión del párrafo, pues primero dice que se impugna un acto, el fechado el 28 de marzo del corriente año (2003), que no era más que un acuerdo de iniciación de un procedimiento; aunque también parece apuntarse que lo que en realidad se impugna era una desestimación presunta por silencio negativo recaída en dicho expediente; y finalmente se alude a la caducidad del expediente, pareciendo decirse que el objeto de recurso es esa declaración de caducidad. Obviamente, son cosas distintas, pues es diferente impugnar un acuerdo de iniciación de un procedimiento administrativo, o la desestimación por silencio de unas alegaciones formuladas en el curso de un procedimiento administrativo, o la falta de declaración de caducidad de un expediente.

Tan notable imprecisión fue, no obstante, clarificada de alguna manera en el trámite de alegaciones abierto por la Sala de instancia acerca de la posible inadmisión del recurso contencioso-administrativo, donde adujo la parte actora que había formulado alegaciones contra el Acuerdo de expulsión que no habían sido contestadas, para añadir que "de acuerdo con lo establecido en el artículo 25 de la LJCA EDL1956/42 se está recurriendo contra un acto presunto de la Delegación del Gobierno en Madrid que pone fin a la vía administrativa". En ningún momento dijo haber pedido a la Administración que se declarase la caducidad del expediente (recordemos que según reiterada jurisprudencia no puede pedirse en el proceso que se declare caducado un expediente sancionador sin pedirlo previamente a la Administración, en casos en que no existe resolución final impugnada).

Por lo demás, aunque en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo parecía decirse, como hemos apuntado, que también se impugnaba el propio acuerdo de iniciación del expediente sancionador, lo cierto es que en el recurso de casación nada se dice sobre su impugnabilidad, por lo que no le cabe a este Tribunal de casación pronunciarse sobre dicha cuestión.



## SESIÓN 12

QUINTO.- Más bien parece, según se deduce de las manifestaciones de la parte actora, que lo que pretende es averiguar si en el expediente administrativo existe o no dictada resolución de expulsión. Ahora bien, para esa averiguación el ordenamiento jurídico arbitra otros medios (v.g. petición de información, artículo 35 -a) de la ley 30/92 EDL1992/17271 ), y no el de iniciar procesos judiciales totalmente gratuitos.

SEXTO.- Por lo expuesto hemos de desestimar el presente recurso, y conforme a lo previsto en el artículo 139.2 LJ , procede imponer a la parte recurrente el pago de las costas causadas. Esta condena sólo alcanza, respecto de la minuta de Letrado, a la cifra máxima de 200'00 euros, a la vista de las actuaciones procesales.

Por todo ello, en nombre de S.M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

### FALLO

Que declaramos no haber lugar al recurso de casación núm. 2864/2004 interpuesto por D. Gonzalo contra el auto de fecha 8 de enero de 2004, confirmado en súplica por el de fecha 5 de febrero de 2004 , dictados por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 1ª, por los cuales se inadmitió el recurso contencioso administrativo núm. 1695/03; y condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas con el límite expresado en el fundamento jurídico sexto de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Enrique Cancer Lalanne, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

**Número CENDOJ:**28079130052007100827

## **9) CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO: PLAZO PARA ACORDAR LA CADUCIDAD**

**Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 5ª, S 13-12-2007, rec. 1196/2004. Pte: Cancer Lalanne, Enrique**

### *RESUMEN*

El TS, que ha lugar al recurso de casación, manda reponer las actuaciones procesales al estado y momento en que hubieran debido tener por interpuesto el recurso contencioso contra la inactividad de la Delegación del Gobierno en Madrid, consistente en la no declaración de caducidad del expediente de expulsión incoado, toda vez que cabe afirmar la clara desproporción y, por tanto, la improcedencia de la declaración de inadmisibilidad a la que llegó la Sala de instancia, en una situación en la que la Administración ha adoptado su postura definitiva, pues ya había transcurrido el plazo de los tres meses para que operara el silencio y podía entenderse abierta la vía jurisdiccional, y por ello podía entablarse y discurrir sin merma alguna el debate procesal.

### **-NORMATIVA ESTUDIADA**

RD 864/2001 de 20 julio 2001. Reglamento de Extranjería  
art.98

Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Jurisdicción Contencioso-Administrativa  
art.29

Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común  
art.44

MARIANO DE ORO-PULIDO LOPEZ

PEDRO JOSÉ YAGÜE GIL

JESUS ERNESTO PECES MORATE

SEGUNDO MENENDEZ PEREZ

RAFAEL FERNANDEZ VALVERDE

ENRIQUE CANCER LALANNE

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a trece de diciembre de dos mil siete.

Visto por la Sala Tercera (Sección Quinta) del Tribunal Supremo el Recurso de Casación 1196/2004 interpuesto por D. Gonzalo , representado por el Procurador D.



## SESIÓN 12

Andrés Fernández Rodríguez y asistida de Letrado, siendo parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado; promovido contra el auto de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictado el 14 de julio de 2003, confirmado en súplica por auto de 28 de octubre de 2003, por el que se acordó la inadmisión del recurso Contencioso-Administrativo núm. 1094/03, sobre expulsión del territorio nacional.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se ha seguido el recurso contencioso administrativo núm. 1094/03, promovido por D. Gonzalo , y en el que ha sido parte demandada la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, sobre expulsión.

SEGUNDO.- Dicho Tribunal dictó auto con fecha 14 de julio de 2003 del tenor literal siguiente: "LA SALA ACUERDA: Inadmitir este recurso ( art. 51.1c ) en relación con el art. 25 LJCA EDL1956/42 ".

Interpuesto por D. Gonzalo , recurso de súplica contra el auto antes indicado, en fecha 28 de octubre de 2003 se dictó auto con la parte dispositiva siguiente: "LA SALA ACUERDA: Desestimar el recurso de súplica y en consecuencia, confirmar íntegramente el Auto recurrido."

TERCERO.- Contra dicho auto se preparó recurso de casación por D. Gonzalo y elevados los autos y el expediente administrativo a este Alto Tribunal, por los recurrentes se interpuso el mismo, y una vez admitido por la Sala, se sustanció por sus trámites legales.

CUARTO.- Acordado señalar día para la votación y fallo, fue fijado a tal fin el día 11 de diciembre de 2007, en cuya fecha ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Enrique Cancer Lalanne, Magistrado de la Sala

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por D. Gonzalo se interpone recurso de casación contra el Auto de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 14 de julio de 2003 , por el que se acordó inadmitir a

trámite el recurso contencioso administrativo interpuesto por la recurrente contra la inactividad de la Delegación del Gobierno en Madrid, consistente en la no declaración de caducidad del expediente de expulsión incoado pese a haber transcurrido el plazo de seis meses desde su incoación.

La Sala de instancia declaró la mencionada inadmisión del recurso con base en el siguiente razonamiento: "Como ya se ha pronunciado esta Sala y Sección en numerosos Autos, el acuerdo de incoación de un expediente es un acto de trámite puro insusceptible de impugnación autónoma, sin que el hecho de que la Administración no haya concluido y resuelto el expediente en plazo autorice a impugnar una supuesta caducidad que solo se produciría si se llega a adoptar la resolución sancionadora fuera del plazo legalmente establecido, y es entonces cuando, mediante la impugnación de esa Resolución final, cabrá instar su anulación por caducidad del procedimiento."

SEGUNDO.- La parte recurrente en casación esgrime dos motivos de impugnación, articulados, el primero, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio EDL1998/44323 , Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LRJCA ), y, el segundo, al amparo del artículo 88.1.c) de la misma LRJCA , en los que, respectivamente, se consideran infringidos los siguientes preceptos:

1º. En el primer motivo se consideran vulnerados los artículos 97 y 98 del Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 4/2000 EDL2000/77473 ---modificada por la Ley Orgánica 8/2000 EDL2000/88847 ---, aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio EDL2001/24050 .

2º. En el segundo motivo se considera vulnerado, por su indebida aplicación, el artículo 51.1.c) en relación con el 25.1, ambos de la Ley de Jurisdiccional .

Los hechos en los que se fundamentan las argumentaciones de la parte recurrente son claros:

a) En fecha de 18 de noviembre de 2002 es incoado al recurrente expediente de expulsión por el procedimiento preferente, notificado en la misma fecha, como consecuencia de encontrarse irregularmente en territorio español y carecer de domicilio y arraigo familiar en España.

b) Con fecha de 19 de noviembre siguiente se formulan Alegaciones por la recurrente.

c) Una vez transcurridos seis meses desde su incoación la recurrente solicita mediante escrito presentado en fecha de 20 de mayo de 2003 ante la Delegación del Gobierno de Madrid, la declaración de caducidad del expediente.



d) Y, dos días después -22 de mayo de 2003- interpone el recurso contencioso-administrativo que es inadmitido por la Sala de instancia con base en el razonamiento que ya conocemos.

Expone la representación de la parte recurrente ---considerando infringidos los preceptos señalados en el primer motivo--- que transcurridos los mencionados seis meses desde la notificación de la Resolución de incoación del expediente, la caducidad y el archivo del mismo nacen como consecuencia del simple transcurso del tiempo, y no porque la parte lo solicite o el órgano lo declare de oficio; añadiendo que así lo ha declarado esta Sala y Sección en STS de 17 de diciembre de 2002 , así como las restantes Secciones del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, siendo vulnerada esta doctrina por los Autos impugnados al considerar que no existe acto administrativo susceptible de impugnación.

Y, en el segundo motivo considera infringido el citado artículo 51.1 .c) en relación con el art. 25.1) de la LRJPA , porque, como se razona en el motivo anterior, una vez pasados seis meses para que se resuelva el procedimiento sancionador sin que haya recaído resolución, se produce automáticamente el acto presunto desestimatorio, y se puede plantear el oportuno recurso contencioso-administrativo.

TERCERO.- Examinaremos de forma conjunta ambos motivos, dada la evidente conexión existente entre los mismos, no obstante la distinta vía por la que se formulan, anticipando que vamos a estimar el recurso de casación tal y como hemos hecho, a propósito de otro recurso de casación muy similar al presente, en recientes SSTs de 14 de marzo y 21 de junio de 2007 (RRC 7757/2003 EDJ2007/33067 y 9288/2003 EDJ2007/70379 ).

Hemos de comenzar rechazando la afirmación de la Sala de instancia de que la eventual caducidad del expediente sólo operará y podrá alegarse como motivo impugnatorio una vez ---si es que llega a dictarse--- se acuerde la expulsión. La caducidad opera y puede alegarse (y su no declaración, expresa o presunta, puede impugnarse) por el puro transcurso del plazo. Si las cosas fueran de otro modo, y la Administración nunca dictara resolución expresa ni declarara la caducidad, el interesado no podría nunca acceder a los Tribunales de Justicia a fin de que estos la declararan, cosa que carecería de sentido .

Dicho esto, hemos de remarcar que en este caso no estamos, en puridad, ante un nuevo procedimiento iniciado a instancia de parte para la obtención de la declaración de caducidad de un anterior procedimiento sancionador, sino, más al contrario, en presencia de una solicitud de finalización y archivo de este mismo expediente sancionador, como consecuencia de haberse producido, en principio, su caducidad por

el transcurso del plazo ---en este caso de seis meses--- establecido para su resolución y consiguiente notificación.

Por tanto, estaríamos ante el supuesto contemplado en el artículo 44 LRJPA , esto es, ante una falta de resolución expresa en un procedimiento iniciado de oficio por la Administración. Por ello, tendremos que examinar los efectos que tal situación produce; esto es, los efectos que se producen como consecuencia del "vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa" en el mencionado expediente sancionador.

Pues bien, tratándose el que nos ocupa de un procedimiento sancionador con un plazo expreso de resolución de seis meses (según el artículo 98 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 864/2001 EDL2001/24050 ), como consecuencia del "vencimiento del plazo máximo", con arreglo al citado artículo 44 de la LRJPA, se producirían dos efectos:

a) En primer lugar, la no exención de la Administración "del cumplimiento de la obligación legal de resolver". Esto es, que la Administración, no obstante el transcurso del plazo de seis meses, sigue estando obligada a dictar una resolución expresa, aunque sea tardía; cosa distinta será el contenido de la misma.

b) Y, en segundo lugar, que es lo que aquí interesa, en el apartado 2 del artículo 44 se señala que tal "vencimiento del plazo máximo ... producirá la caducidad", añadiendo el inciso final del párrafo primero del citado apartado 2 del artículo que "En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 92 ". No obstante, en el artículo 98 del Reglamento que se cita como infringido, ni siquiera se contempla la obligación de dictar resolución alguna declarativa de la caducidad, ya que en el precepto se señala que "transcurrido dicho plazo sin haberse resuelto y notificado la expresada resolución, se producirá la caducidad del procedimiento y se procederá al archivo de las actuaciones, a solicitud de cualquier interesado o de oficio por el propio órgano competente para dictar la resolución ...".

CUARTO.- Ante tal situación ---y reiterando que hemos rechazado estar en presencia de un nuevo procedimiento iniciado con la finalidad de obtener la caducidad del inicial procedimiento sancionador--- debemos trasladarnos al ámbito jurisdiccional y tratar de concretar desde cuando resulta posible residenciar tal situación en vía jurisdiccional; esto es, acaecido el "vencimiento del plazo máximo" para resolver y notificar, al que el legislador ha anudado de forma inmediata y automática la caducidad del citado procedimiento sancionador, nos queda por determinar desde qué momento el administrado, ante el silencio de la Administración, puede dirigirse a la presente Jurisdicción con la finalidad de obtener ---en su caso--- una declaración expresa de la

caducidad del procedimiento sancionador, en principio solo obtenida en forma presunta en la vía administrativa. O, dicho de otra forma, sí la Administración, producido el "vencimiento del plazo máximo" para resolver y notificar el procedimiento sancionador, sin haberlo efectuado, de forma expresa, cuenta con plazo alguno para dictar "la resolución que declare la caducidad", y por la que se "ordenará el archivo de las actuaciones", a que se refiere el inciso final del párrafo primero del citado apartado 2 del artículo 44 de la LRJPA, pero que -sin embargo- ni siquiera exige el precepto reglamentario (98 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 864/2001 EDL2001/24050).

Tal plazo no se encuentra previsto, de forma expresa, tras la reforma de la LRJPA por parte de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de Modificación de la LRJPA EDL1999/59899. Antes de la citada reforma, el anterior artículo 44 contemplaba como forma de acreditación del acto presunto la certificación del mismo, emitida por la propia Administración que no había resuelto de forma expresa, y para cuya emisión la Administración contaba con un plazo inexcusable de veinte días. Por ello, en el apartado 5 del citado precepto se señalaba que "los plazos para interponer recurso administrativos y contencioso-administrativos respecto de los actos presuntos se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la certificación, y si esta no fuere emitida en plazo, al partir del día siguiente al de finalización de dicho plazo". En consecuencia, antes de la reforma de 1999, y, considerando este precepto de aplicación al supuesto entonces contemplado en el 43.4 (procedimientos iniciados de oficio), la Administración contaba con un plazo de veinte días, bien para emitir la certificación del acto presunto, bien para dictar la resolución ratificadora de la caducidad producida, ordenando el archivo de las actuaciones. Solo transcurrido dicho plazo (44.5 in fine) podría hábilmente accederse a la vía jurisdiccional.

Sin embargo, tras la reforma de 1999, el actual 43.5 de la LRJPA ---que pudiéramos entender supletoriamente aplicable al supuesto del 44, ante el silencio de este--- contempla una solución distinta, transformando en potestativa la solicitud de certificación del acto presunto; en concreto, se señala ahora que los mencionados actos presuntos "producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya producido, y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluido el certificado acreditativo del silencio producido que pudiera solicitarse del órgano competente para resolver".

En consecuencia, tras la reforma de 1999, el administrado puede solicitar la certificación del acto presunto (en cuyo caso no podrá acceder a la vía jurisdiccional hasta que transcurra el plazo de quince días establecido en el actual 43.5 in fine de la LRJCA para la emisión de la certificación, o, hasta que la misma le fuese emitida, de ser anterior al vencimiento del plazo señalado). Pero ello es hoy una mera posibilidad,

que -en principio- no impediría acceder a la vía jurisdiccional desde el vencimiento del plazo determinante de la caducidad, que es, a su vez, el mismo momento en el que se producen dichos efectos preclusivos, siendo tal declaración expresa de caducidad una mera constatación de los efectos ---ya inamovibles en vía administrativa--- producidos por ministerio de la ley desde el vencimiento del plazo para la resolución, y consiguiente notificación, del expediente sancionador. Ello justificaría que tal resolución expresa cuente con una configuración especial, formalmente menos exigente, en el artículo 42.1, párrafo segundo de la LRJPA , ya que la misma "consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso (en este la caducidad del procedimiento), con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables".

Por otra parte avalaría tal conclusión el párrafo segundo del artículo 20.6 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, que sigue señalando que "transcurrido el plazo de caducidad, el órgano competente emitirá, a solicitud del interesado, certificación en la que conste que ha caducado el procedimiento y se ha producido al archivo de las actuaciones"; pero tal exigencia contenida en el Reglamento señalado (que tampoco exige resolución, sino solo certificación), aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto EDL1993/17573 , hemos de entenderla modulada por el carácter potestativo de la certificación introducida en la LRJPA, tras la reforma de llevada a cabo por la Ley 4/1999, de 13 de enero EDL1999/59899 .

Tampoco, el supuesto analizado resultaría asimilable a los de inactividad contemplados en el artículo 29 de la LRJCA , ya que no estaríamos, en el caso de autos, ante la obligación de realizar una prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas, ni tampoco ante la no ejecución de un acto firme de carácter presunto. Mas al contrario, podríamos encontrar cierto paralelismo como una situación de vía de hecho, de las contempladas en el artículo 30 de la misma LRJCA , y en las que resulta posible "deducir directamente recurso contencioso-administrativo", sin necesidad de requerimiento previo, aunque tal vía de hecho parece reservarse para otras actuaciones de índole material.

Por ello, ante tal vacío normativo resulta coherente con el sistema de revisión jurisdiccional de toda actuación administrativa el establecimiento de un plazo para que la Administración instructora del procedimiento sancionador pueda, de oficio o instancia de interesado, dictar la resolución prevista en el artículo 42.1.2º párrafo de la LRJPA -constatando, o no, la caducidad del procedimiento sancionador-, una vez transcurrido el plazo previsto para su conclusión (y consiguiente notificación), con el correspondiente archivo del expediente. La exigencia de tal plazo vendría, además, avalada por el propio procedimiento previsto para la actuación administrativa por cuanto a tal sistema de actuación no le puede ser exigible una resolución, certificación



## SESIÓN 12

o simple archivo de actuaciones en la misma fecha en que se produce el inexorable cumplimiento del plazo de caducidad.

En tal sentido, es la propia seguridad jurídica la que nos obliga a la determinación de un plazo durante el que la revisión jurisdiccional aún no resultaría posible, y el mismo hemos de encontrarlo en el de quince días previsto en el artículo 43.5 in fine de la LRJPA para que la Administración emita la certificación del acto presunto que (potestativamente, tras su reforma por la Ley 4/1999, de 13 de enero EDL1999/59899 ) le puede ser exigido por los administrados.

En consecuencia, solo transcurrido dicho plazo de quince días -que fijamos con carácter supletorio- podría el interesado acceder temporalmente en forma adecuada a esta Jurisdicción.

Por ello, en principio, la precipitada venida del recurrente a esta vía jurisdiccional, que, como sabemos, se ha producido apenas culminado el plazo para la resolución del procedimiento sancionador y a los dos días de exigir tal resolución expresa a la Administración, ha impedido a los propios órganos que integran la Administración, el poder articular sus mecanismos de respuesta, imponiéndoles una revisión jurisdiccional sin tiempo material para ni siquiera poder encauzar procedimentalmente la respuesta expresa requerida. Es, por tanto, el propio funcionamiento interno de la Administración el que exige, en supuestos como el de autos, el establecimiento de un plazo -que, por las razones expresadas, hemos concretado en el de quince días- para poder articular razonablemente la obligada respuesta administrativa sobre la caducidad del procedimiento seguido.

Sin embargo, la anterior doctrina, dentro del ámbito jurisdiccional, hemos de modularla con la que establecimos en nuestra sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2005 EDJ2005/244506 , recordando que, en el caso de autos, en la fecha en que se dicta por la Sala de instancia el primero de los autos impugnados (14 de julio de 2003 ) ya había transcurrido el mencionado plazo de quince días desde la fecha de la conclusión del plazo de seis meses para resolver e procedimiento sancionador.

Todo ello de conformidad, como decimos, con la doctrina establecida en la STS de 22 de diciembre de 2005 EDJ2005/244506 , y las que en la misma se citan:

"En el supuesto de autos cabe afirmar esa clara desproporción y, por tanto, la improcedencia de la declaración de inadmisibilidad a que llegó la Sala de instancia, en una situación como la descrita, en la que la Administración ha adoptado su postura definitiva, pues en el momento de confirmarse en súplica el auto de fecha 24 de marzo de 2003 (por el que se acordaba la inadmisibilidad del recurso Contencioso-

Administrativo) ya había transcurrido el plazo de los tres meses para que operara el silencio y podía entenderse abierta la vía jurisdiccional, y por ello podía entablarse y discurrir sin merma alguna el debate procesal; así que ha de entenderse satisfecho el fin que la causa de inadmisibilidad en cuestión pretende preservar y, por tanto, carente de toda proporción sacrificar el contenido propio o normal del derecho a la obtención de tutela judicial, (cual es la resolución sobre el fondo de las pretensiones deducidas en el proceso), a lo que no es ya más que un mero rigor formal, constituido por la exigencia de que aquella postura definitiva fuera previa a la interposición del recurso jurisdiccional. Y así en Sentencia de 14 de noviembre de 2003 EDJ2003/152872 decíamos «la doctrina de esta Sala es favorable a considerar que la interposición prematura de un recurso contencioso administrativo interpuesto contra la desestimación presunta de un recurso administrativo es un defecto subsanable si en el curso del proceso se produce la desestimación expresa de aquél o transcurre el plazo establecido para que pueda considerarse desestimado por silencio presunto. En casos como el presente de interposición anticipada, esta Sala ya ha dicho (Sentencias de 19 de mayo de 2001 EDJ2001/9724 , 1 de julio de 1998 EDJ1998/20210 y 21 de noviembre de 1989 EDJ1989/10392 , y las que se citan en esta última) que el principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico, reiteradamente proclamado tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional, y que ha sido expresamente recogido en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL1985/8754 , impone que las normas relativas al ejercicio de los derechos fundamentales hayan de ser interpretadas en el sentido mas favorable a la efectividad de tales derechos. Armonizada y complementada tan interpretación con el principio básico de economía procesal, la decisión que se impone es la de rechazar la inadmisibilidad que se pronuncia en la resolución recurrida».

Por otra, parte, y para concluir, de esta forma la decisión que proceda adoptar lo será con vista del expediente y presencia, en su caso, de la representación procesal de la Administración

QUINTO.- A la vista, pues, de las anteriores alegaciones, hemos de acoger los motivos formulados, dejando sin efecto los autos dictados en cuanto inadmitían en recurso por las razones expresadas.

En consecuencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 95.2.c) de la vigente Ley Jurisdiccional , debemos anular y anulamos los Autos recurridos, mandando reponer las actuaciones al estado y momento que tenían cuando se declaró la inadmisión del recurso teniendo por interpuesto el citado recurso contencioso administrativo.

SEXTO.- La declaración de haber lugar al recurso de casación debe comportar, conforme a lo prevenido en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional , la no imposición de



## SESIÓN 12

las costas en el presente recurso, y, respecto de las producidas en primera instancia, esta Sala considera que no concurren las circunstancias exigidas en el artículo 139 de esta Ley para realizar una declaración expresa al respecto.

VISTOS los preceptos y jurisprudencia citados, así como los artículos 93 a 101 de la Ley de esta Ley Jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio EDL 1998/44323 ▼ .

Por todo ello, en nombre de S. M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

### FALLO

1º. Haber lugar y, por tanto, estimar el recurso de casación número 1196/2004, interpuesto por D. Gonzalo contra el auto de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictado el 14 de julio de 2003, confirmado en súplica por auto de 28 de octubre de 2003 , por el que se acordó la inadmisión del recurso Contencioso- Administrativo núm. 1094/03, interpuesto por la recurrente contra la inactividad de la Delegación del Gobierno en Madrid, consistente en la no declaración de caducidad del expediente de expulsión incoado pese a haber transcurrido el plazo de seis meses desde su incoación.

2º. Mandamos reponer las actuaciones procesales al estado y momento en que hubieran debido tener por interpuesto el recurso contencioso administrativo contra la inactividad mencionada de la Delegación del Gobierno en Madrid.

3º. No hacer un especial pronunciamiento sobre las costas devengadas en litis ni en el presente recurso.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Enrique Cancer Lalanne, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

**Número CENDOJ:**28079130052007100959

## **10) MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES DE EXPULSIÓN.**

**Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 5ª, S 28-11-2008, rec. 9581/2003. Pte: Oro-Pulido y López, Mariano de**

### *RESUMEN*

El TS no ha lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia que anuló la expulsión de la parte actora ahora recurrida del territorio nacional. La Sala establece que ni en la resolución ni en el expediente administrativo existen específicamente las razones por las cuales la Administración impuso la sanción de expulsión y no la general de multa que prevé el ordenamiento jurídico.

-NORMATIVA ESTUDIADA

LO 4/2000 de 11 enero 2000. Derechos y Libertades de Extranjeros en España y su Integración Social  
art.53.a, art.55.1, art.57.1

MARIANO DE ORO-PULIDO LOPEZ

PEDRO JOSÉ YAGÜE GIL

JESUS ERNESTO PECES MORATE

RAFAEL FERNANDEZ VALVERDE

EDUARDO CALVO ROJAS

MARÍA DEL PILAR TESO GAMELLA

### SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de noviembre de dos mil ocho.

VISTO el recurso de casación núm. 9581/2003 interpuesto por el Sr. Abogado del Estado, en nombre y representación de la Administración del Estado, contra la sentencia dictada en fecha 31 de mayo de 2003, y en su recurso 348/02, por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, sobre expulsión del territorio español, con prohibición de entrada durante tres años.



## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso administrativo antes referido la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Baleares dictó sentencia en fecha 31 de mayo de 2003 estimando el recurso. Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación del Sr. Abogado del Estado se presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha de 1 de septiembre de 2003 ; al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

SEGUNDO.- Emplazadas las partes, el recurrente compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, al tiempo que formuló en fecha 8 de enero de 2004 , el escrito de interposición del recurso de casación, en el cual, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, solicitó se declarara haber lugar al recurso, casando la sentencia recurrida y dictando otra por la que se desestime el recurso contencioso administrativo.

TERCERO.- El recurso de casación fue admitido por providencia de fecha 31 de mayo de 2005, remitiéndose a la Sección Quinta para su resolución. Por providencia de 14 de julio de 2005 se requirió a los Colegios de Abogados y de Procuradores para que designasen profesionales del turno de oficio que asistiesen en casación a la recurrente en la instancia D<sup>a</sup> Erica , designándose solamente a la Procuradora D<sup>a</sup> Paloma González del Yerro Valdes, a la que por resolución de 25 de enero de 2007 se le concedió el plazo de 30 días para oposición, plazo que fue suspendido por providencia de 28 de febrero de 2007 hasta que se designase Letrado del turno de oficio. Por providencia de 10 de julio de 2007 se dirigió exhorto al Juzgado del último domicilio conocido de D<sup>a</sup> Erica para que designase Abogado y Procurador de su elección, toda vez que el Colegio de Abogados comunicó que se archivó el expediente de solicitud de Asistencia Jurídica Gratuita. Siendo devuelto el exhorto sin poder cumplimentar, se acordó llevar a cabo el requerimiento mediante su publicación en edictos, siendo anunciado en el BOE de 19 de mayo y 28 de julio de 2008. Por providencia de 13 de octubre de 2008 se declaró no haber lugar a la personación de la parte recurrida y quedó el recurso pendiente de señalamiento para votación y fallo.

CUARTO.- Se señaló para votación y fallo de este recurso de casación el día 25 de noviembre de 2008, en que tuvo lugar.

QUINTO.- En la sustanciación del juicio no se han infringido las formalidades legales esenciales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Mariano de Oro-Pulido y López, Magistrado de la Sala

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en este recurso de casación número 9581/2003 la sentencia que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares dictó en fecha de 31 de mayo de 2003, y en su recurso contencioso administrativo núm. 348/02, por medio de la cual se estimó el formulado por D<sup>a</sup> Erica , contra la resolución de la Delegada del Gobierno en las Islas Baleares de fecha 4 de marzo de 2002, que le expulsó del territorio nacional, con prohibición de entrada durante tres años, por la comisión de una infracción grave prevista en el artículo 53-a) de la Ley Orgánica 4/2000 EDL2000/77473 .

SEGUNDO.- Impugnada esa resolución en vía contencioso administrativa, la Sala de Baleares estimó la impugnación y anuló la resolución impugnada. Contestando a los argumentos expuestos en la demanda, argumentó el Tribunal que la infracción del artículo 53-a) de la Ley Orgánica 4/2000 EDL2000/77473 (reformada por L. O. 8/2000 ), según su artículo 57-1, está castigada en primer lugar con la sanción de multa, permitiendo la Ley que en lugar de la multa se imponga la de expulsión, lo que exige una motivación específica que no existe en el caso de autos, razón por la cual la Sala de instancia estima el recurso y anula la resolución.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado ha interpuesto recurso de casación contra esa sentencia, en el cual articula dos motivos de impugnación, que examinaremos a continuación.

CUARTO.- Se alega, en primer lugar, y al amparo del artículo 88-1-c) de la Ley Jurisdiccional , la infracción de sus artículos 33.1 y 67.1 , por haber fundado la Sala de instancia su fallo estimatorio en un motivo, (a saber, no haber justificado la Administración, en la resolución impugnada, por qué impuso la sanción de expulsión y no la de multa), que no había sido objeto de debate procesal.

Pero no existe tal infracción.

La cuestión de la motivación de la resolución impugnada había sido indudablemente introducida por la recurrente en su demanda: en el "hecho" quinto, se hace referencia explícita a la falta de motivación y proporcionalidad de la opción por aplicar la sanción



## SESIÓN 12

de expulsión en vez de la multa. Y a tal cuestión dedica el propio Abogado del Estado el fundamento II b) de la contestación a la demanda.

Así que esa no era una cuestión nueva que, al sentenciar, pusiera de manifiesto por primera vez la Sala, sino que constituía uno de los argumentos específicos impugnatorios de la demanda .

QUINTO.- En segundo lugar, alega el Sr. Abogado del Estado la aplicación indebida del artículo 57-1 de la Ley Orgánica 4/2000 EDL2000/77473 , pues, afirma, del simple examen del expediente administrativo se deduce la motivación adecuada de la resolución que se impugna.

Tampoco este motivo puede ser aceptado.

En la Ley Orgánica 7/85, de 1 de julio EDL1985/8753 , la expulsión del territorio nacional no era considerada una sanción, y así se deduce de una interpretación conjunta de sus artículos 26 y 27, al establecerse como sanción para las infracciones de lo dispuesto en la Ley la de multa y prescribirse que las infracciones que den lugar a la expulsión no podrían ser objeto de sanciones pecuniarias. Quedaba, pues, claro en aquella normativa que los supuestos en que se aplicaba la multa no podían ser castigados con expulsión.

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero EDL2000/77473 (artículos 49-a), 51-1-b) y 53-1 ), en regulación mantenida por la reforma operada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre EDL2000/88847 (artículos 53-a), 55-1-b) y 57-1 ), cambia esa concepción de la expulsión, y prescribe que en el caso de infracciones muy graves y graves de las letras a), b), c), d) y f) del artículo 53 "podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español", e introduce unas previsiones a cuyo tenor "para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerlas (sic) se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad, y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su transcendencia".

De esta regulación se deduce:

1º.- Que el encontrarse ilegalmente en España (una vez transcurridos los noventa días previstos en el artículo 30-1 y 2 de la Ley 4/2000 , reformada por la Ley 8/2000 ya que durante los primeros noventa días no procede la expulsión sino la devolución), repetimos ese encontrarse ilegalmente en España, según el artículo 53 -a), puede ser sancionado o con multa o con expulsión. No sólo se deduce esto del artículo 53 -a) sino también del artículo 63-2 y 3 , que expresamente admite que la expulsión puede no ser oportuna (artículo 63-2 ) o puede no proceder (artículo 63-3 ), y ello

tratándose, como se trata, del caso del artículo 53 -a), es decir, de la permanencia ilegal.

Por su parte, el Reglamento 864/2001, de 20 de julio , expresamente habla de la elección entre multa o expulsión, pues prescribe en su artículo 115 que "podrá acordarse la expulsión del territorio nacional, salvo que el órgano competente para resolver determine la procedencia de la sanción de multa", (Dejemos de lado ahora el posible exceso del Reglamento, que, en este precepto y en contra de lo dispuesto en la Ley, parece imponer como regla general la expulsión y como excepción la multa). Lo que importa ahora es retener que, en los casos de permanencia ilegal, la Administración, según los casos, puede imponer o bien la sanción de multa o bien la sanción de expulsión.

2º.- En el sistema de la Ley la sanción principal es la de multa, pues así se deduce de su artículo 55-1 y de la propia literalidad de su artículo 57-1 , a cuyo tenor, y en los casos, (entre otros) de permanencia ilegal, "podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio nacional",

3º.- En cuanto sanción más grave y secundaria, la expulsión requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal, ya que ésta es castigada simplemente, como hemos visto, con multa. Según lo que dispone el artículo 55-3 , (que alude a la graduación de las sanciones, pero que ha de entenderse que resulta aplicable también para elegir entre multa y expulsión), la Administración ha de especificar, si impone la expulsión, cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y, en general, añadimos nosotros, cuáles son las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la expulsión y prohibición de entrada, que es una sanción más grave que la de multa.

4º.- Sin embargo, resultaría en exceso formalista despreciar esa motivación por el hecho de que no conste en la resolución misma, siempre que conste en el expediente administrativo.

En efecto:

A) Tratándose de supuestos en que la causa de expulsión es, pura y simplemente, la permanencia ilegal, sin otros hechos negativos, es claro que la Administración habrá de motivar de forma expresa por qué acude a la sanción de expulsión, ya que la permanencia ilegal, en principio, como veíamos, se sanciona con multa.

B) Pero en los supuestos en que en el expediente administrativo consten, además de la permanencia ilegal, otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus

circunstancias, y esos datos sean de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justifiquen la expulsión, no dejará ésta de estar motivada porque no se haga mención de ellos en la propia resolución sancionadora.

SEXTO.- En el presente caso no hay en el expediente administrativo ningún otro dato o hecho relevante que no sea la pura y escueta permanencia ilegal de D<sup>a</sup> Erica en territorio español, quien no se hallaba indocumentada (consta en el expediente copia de su pasaporte y su cédula de identidad de su país de origen).

En consecuencia, se trata de un caso en que ni en la resolución ni en el expediente administrativo existen específicamente las razones por las cuales la Administración impuso la sanción de expulsión y no la general de multa que prevé el ordenamiento jurídico.

De suerte que obró conforme a Derecho la Sala de Baleares cuando estimó el recurso contencioso administrativo y anuló la sanción impuesta.

Y debe tenerse presente que la Administración no sancionó a la demandante por entrada ilegal (cosa que, por cierto, no constituye infracción, sino sólo motivo de devolución) ni tampoco por no contar con documento que justificara su identidad, sino exclusivamente por permanencia ilegal en el territorio nacional (artículo 53 -a) de la Ley Orgánica 4/2000 EDL2000/77473 ).

SÉPTIMO.- Al declararse no haber lugar al recurso procede condenar a la Administración recurrente en las costas de casación (artículo 139-2 de la Ley Jurisdiccional ).

Por todo ello, en nombre de S.M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

## FALLO

No ha lugar al recurso de casación núm. 9581/2003 interpuesto por el Sr. Abogado del Estado contra la sentencia de fecha 31 de mayo de 2003, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares en su recurso contencioso administrativo núm. 348/02. Y condenamos a la Administración del Estado en las costas de casación.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando,, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el

Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Mariano de Oro-Pulido y López, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

## 11) MOTIVACIÓN

**Número CENDOJ:**28079130052008100650

**Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 5ª, S 27-5-2008, rec. 5853/2004. Pte: Peces Morate, Jesús Ernesto**

### RESUMEN

Se estima el segundo de los *motivos* de casación aducidos contra la sentencia del TSJ Madrid y, pese a ello, se declara ajustada a derecho la resolución del Delegado del Gobierno en Madrid, por la que se sancionó a la recurrente como responsable de la infracción prevista en el art. 53 a) LO 4/2000, con la expulsión del territorio español con prohibición de entrada en España por un periodo de tres años. Existe vulneración los arts 53 a), 55, 57 y 58 LO 4/2000, por cuanto la sanción prevista para la infracción contemplada en el primero de los preceptos citados es la multa, si bien se permite expulsar al extranjero con la consiguiente prohibición de entrada, debiendo la Administración justificar la elección de la sanción más grave en virtud de las circunstancias concurrentes. En este caso, el pasaporte utilizado era falso, circunstancia que justifica suficientemente la expulsión decretada.

### -NORMATIVA ESTUDIADA

LO 4/2000 de 11 enero 2000. Derechos y Libertades de Extranjeros en España y su Integración Social

art.53.a, art.55, art.57, art.58

Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Jurisdicción Contencioso-Administrativa  
art.95.2

LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial  
art.5.4

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española  
art.24

En la Villa de Madrid, a veintisiete de mayo de dos mil ocho.

Visto por la Sala Tercera (Sección Quinta) del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. Sres. anotados al margen, el presente recurso de casación, que, con el número 5853 de 2004, pende ante ella de resolución, interpuesto por la Procuradora Dª Paloma Izquierdo Labrada, en nombre y representación de Dª Fátima, contra la sentencia pronunciada, con fecha 4 de noviembre de 2003, por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de

Madrid en el recurso contencioso-administrativo número 210 de 2002, sostenido por la representación procesal de D<sup>a</sup> Fátima contra el acuerdo del Delegado de Gobierno en Madrid, de fecha 9 de enero de 2002, por el que se ordena la expulsión del territorio español de D<sup>a</sup> Fátima con prohibición de entrada en España por tres años a contar de la efectividad de la expulsión.

En este recurso de casación ha comparecido, como recurrido, el Abogado del Estado, en la representación que le es propia.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó, con fecha 4 de noviembre de 2003, sentencia en el recurso contencioso-administrativo número 210 de 2002, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Fallamos: Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso contencioso-administrativo. Sin costas".

SEGUNDO.- Dicha sentencia se basa en el siguiente fundamento jurídico segundo: "Dicha lo anterior, no ofrece duda alguna que la recurrente no disponía de documento alguno que acreditase la situación de estancia o residencia legal en España, es decir, su conducta es incardinada como infracción grave del artículo 53 a) de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre EDL2000/88847 , que modificó la Ley Orgánica 4/2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España EDL2000/77473 . Y tan ello es así, por reconocerlo en la propia demanda, y sin que interpusiera recurso contra el auto de no admisión a prueba, auto dictado en tal sentido por no atacarse los hechos y hacerse en relación con su petición con referencia a la documental del expediente. Dicho lo anterior que acredita el hecho por virtud del cual se dicta la resolución de expulsión, tal sanción, conforme al artículo 57 de la norma citada, es consecuencia de la facultad discrecional de la Administración de optar por la expulsión en vez de la sanción pecuniaria, y esa discrecionalidad se ajusta a la Ley sin que constituya arbitrariedad alguna ni desviación de poder".

TERCERO.- Notificada la referida sentencia a las partes, la representación procesal de la demandante presentó ante la Sala de instancia escrito solicitando que se tuviese por preparado contra ella recurso de casación y que se remitiesen las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo, a lo que aquélla accedió por providencia de 28 de abril de 2004, en la que se ordenó emplazar a las partes para que, en el término de treinta días, pudiesen comparecer ante este Tribunal de Casación.



CUARTO.- Dentro del plazo, al efecto concedido, comparecieron ante esta Sala del Tribunal Supremo, como recurrido, el Abogado del Estado en la representación que le es propia, y, como recurrente, D<sup>a</sup> Fátima, representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Paloma Izquierdo Labrada, al mismo tiempo que ésta presentó escrito de interposición de recurso de casación, basándose en dos motivos, ambos al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de esta Jurisdicción; el primero por haber vulnerado el Tribunal "a quo" lo dispuesto en el artículo 53.a) de la Ley Orgánica 8/2000 EDL2000/88847, que reforma la Ley 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, así como los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL1985/8754 y 24 de la Constitución EDL1978/3879, dado que la estancia de la recurrente en España fue debida a que se le prohibió su entrada en Gran Bretaña y fue devuelta a España, por lo que su voluntad no era la de permanecer en territorio español; y el segundo por haberse vulnerado por el Tribunal "a quo" lo dispuesto concordadamente en los artículos 53 a), 55, 57 y 58 de la misma Ley de Extranjería por cuanto, sin justificación alguna y sin respetar el principio de proporcionalidad, se le impuso la sanción de expulsión con prohibición de entrada en lugar de la multa que prevé para las infracciones graves el referido artículo 55, pues, para acudir la Administración al uso de la potestad de expulsar al extranjero con prohibición de entrar en España que le autoriza el mencionado artículo 57, ha de justificarlo debidamente, lo que no se ha hecho, ya que no concurre otra circunstancia que la mera estancia ilegal en España, terminando con la súplica de que se anulen la sentencia recurrida y la sanción de expulsión con prohibición de entrada o, subsidiariamente, se sustituya por una multa de 300,51 euros.

QUINTO.- Admitido a trámite el recurso de casación interpuesto, se dio traslado por copia a la representación procesal de la Administración del Estado comparecida como recurrida para que, en el plazo de treinta días, formalizase por escrito su oposición al expresado recurso, lo que efectuó con fecha 8 de noviembre de 2006, alegando que los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida no se desvirtúan por las alegaciones formuladas en los motivos de casación esgrimidos, con la súplica de que se declare no haber lugar al recurso y se impongan las costas a la recurrente.

SEXTO.- Formalizada la oposición al recurso de casación, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento cuando por turno correspondiese, a cuyo fin se fijó para votación y fallo el día 13 de mayo de 2008, en que tuvo lugar con observancia en su tramitación de las reglas establecidas por la Ley.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el primer motivo de casación se reprocha al Tribunal a quo la vulneración de lo dispuesto en los artículos 53 a) de la Ley Orgánica 4/2000 EDL2000/77473 , reformada por la Ley Orgánica 8/2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, 5.4 EDL2000/88847 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL1985/8754 y 24 de la Constitución EDL1978/3879 , porque la recurrente se encontraba en España sin voluntad de permanecer en territorio español al habersele impedido la entrada en Gran Bretaña y haber sido devuelta a España, de donde había salido en vuelo aéreo con destino a Gran Bretaña.

Este motivo de casación arranca de una premisa fáctica inexacta, cual es que la recurrente no había permanecido por su voluntad en territorio español, cuando lo cierto es que, inmediatamente antes de su partida a Gran Bretaña donde no se le dejó entrar, había permanecido un tiempo en España careciendo de autorización, según ella misma manifestó, de manera que, en contra de lo que se afirma al articular este motivo de casación, concurre el supuesto contemplado en el artículo 53 a) de la mencionada Ley sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España , por lo que el motivo alegado no puede prosperar.

SEGUNDO.- En el segundo motivo se asegura que la Sala de instancia ha infringido lo establecido concordadamente en los artículos 53 a), 55, 57 y 58 de la citada Ley sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España , por cuanto la sanción prevista para la infracción contemplada en el primero de los preceptos citados es la multa y, si bien el mencionado artículo 57 permite expulsar al extranjero con la consiguiente prohibición de entrada, debe la Administración justificar tal elección de la sanción más grave en virtud de las circunstancias concurrentes, pero, en este caso, al tratarse meramente de una estancia ilegal por carecer de autorización, el principio de proporcionalidad impide que se le imponga la sanción más grave.

Este motivo debe prosperar porque la Sala de instancia, en contra de la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo, recogida, entre otras, en sus Sentencias de fechas 22 de diciembre de 2005 (recurso de casación 6096/2003) EDJ2005/284313 , 31 de enero de 2006 (recurso de casación 8951/2003) EDJ2006/6451 , 21 de abril de 2006 (recurso de casación 1448/2003) EDJ2006/48870 , 30 de junio de 2006 (recurso de casación 5101/2003) EDJ2006/98831 , 29 de septiembre de 2006 (recurso de casación 5450/2003) EDJ2006/275526 y 22 de febrero de 2007 (recurso de casación 9560/2003) EDJ2007/13495 , considera que la Administración puede discrecionalmente optar entre la imposición de la multa o la expulsión sin justificarlo, cuando, conforme a la referida doctrina jurisprudencial, la expulsión del territorio español, como sanción más grave y secundaria, precisa de una motivación específica, distinta y complementaria, en los casos de mera permanencia ilegal.

TERCERO.- La estimación de este segundo motivo de casación comporta la declaración de haber lugar al recurso y nuestro subsiguiente deber de resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate, según establece el artículo 95.2 d) de la Ley de esta Jurisdicción .

Se trata, por tanto, de que resolvamos si en el caso concreto está correctamente impuesta la sanción de expulsión con prohibición de entrada o debería haberse sancionado a la recurrente con una multa.

Hemos declarado también, entre otras, en nuestras Sentencias de 31 de enero de 2006 (recurso de casación 8951/2003) EDJ2006/6451 , 21 de abril de 2006 (recurso de casación 1448/2003) EDJ2006/48870 y 30 de junio de 2006 (recurso de casación 5101/2003) EDJ2006/98831 , que, aunque en la resolución administrativa sancionadora no se exprese explícitamente, en los casos en los que, además de la permanencia ilegal, consten en el expediente administrativo otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias personales, que, unidos a la permanencia ilegal, tengan entidad suficiente para justificar la expulsión, no dejará ésta de venir motivada aunque no se haga mención de ellos en la propia resolución sancionatoria, y en las dos últimas sentencias citadas entendimos que la falta de documentación identificadora del extranjero debe considerarse como justificación suficiente de la expulsión.

En este caso no se trata sólo de que la recurrente carezca de esa documentación sino que, además, el pasaporte que utilizó está falsificado, según ella misma reconoció, y no refleja su verdadera identidad al tratarse de un pasaporte japonés, habiendo admitido también que carece de pasaporte chino por no haberlo obtenido nunca.

Estas circunstancias justifican suficientemente la expulsión decretada por la Administración, quien, aun sin haberlo expresado en la resolución sancionatoria impugnada, tuvo en cuenta tales circunstancias constatadas en el expediente administrativo que condujo a tal decisión, por lo que existe la denominada motivación in aliunde, sin haberse vulnerado el principio de proporcionalidad al imponer la sanción más grave de expulsión, de manera que el acto administrativo impugnado fue ajustado a derecho y el recurso contencioso-administrativo debe ser desestimado.

CUARTO.- La declaración de haber lugar al recurso de casación impide hacer expresa condena al pago de las costas procesales causadas con el mismo, según establece el artículo 139.2 de la Ley de esta Jurisdicción , sin que existan méritos para imponer las de la instancia a cualquiera de las partes por no apreciarse en su actuación temeridad ni mala fe, conforme a lo dispuesto concordadamente en los artículos 95.3 y 139.1 de la misma Ley.

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

## FALLO

Que, desestimando el primer motivo y con estimación del segundo, debemos declarar y declaramos que ha lugar al recurso de casación interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup> Paloma Izquierdo Labrada, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Fátima, contra la sentencia pronunciada, con fecha 4 de noviembre de 2003, por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso contencioso-administrativo número 210 de 2002, la que, por consiguiente, anulamos, al mismo tiempo que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo sostenido por la representación procesal de D<sup>a</sup> Fátima contra la resolución, de fecha 9 de enero de 2002, del Delegado del Gobierno en Madrid, por la que se sancionó a D<sup>a</sup> Fátima como responsable de la infracción prevista en el artículos 53 a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero EDL2000/77473 , a la expulsión del territorio español con prohibición de entrada en España por un periodo de tres años, al ser esta resolución impugnada ajustada a derecho, sin hacer expresa condena respecto de las costas procesales causadas en la instancia y en este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, debiéndose hacer saber a las partes, al notificársela, que contra ella no cabe recurso ordinario alguno. Mariano De Oro-Pulido López.- Pedro José Yagüe Gil.- Jesús Ernesto Peces Morate.- Rafael Fernández Valverde.- Eduardo Calvo Rojas.

Publicación.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate, Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como Secretario certifico.

**Número CENDOJ:**28079130052008100268

El Tribunal Constitucional permite la motivación por remisión incluso para las resoluciones judiciales (STC 25-4-1994). La jurisprudencia ha interpretado en sentido amplio aquella norma al no exigir que la "incorporación" consista en la reproducción de los informes o dictámenes sino sólo en su aceptación. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 31 enero 1983 dice: "este requisito de "incorporación" no ha de entenderse en su sentido material como de explícita trascripción literal sino más bien como referencia a los que en el expediente constan y que por hallarse a disposición de los interesados estos tienen la posibilidad de conocer en cualquier momento".



## SESIÓN 12

En palabras del Tribunal Constitucional la motivación no es sólo una elemental cortesía, sino un requisito del acto de sacrificio de derechos" -Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1.981 EDJ1981/26 - y que "debe realizarse con la amplitud necesaria para el debido conocimiento de los interesados y su posterior defensa de derechos" -Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de junio de 1.982 EDJ1982/36 . Por último ha de señalarse esta motivación puede no venir contenida en el propio acto administrativo, sino en los informes o dictámenes que le preceden y sirven de sustento argumental, en las propuestas de resolución, e incluso en otras resoluciones citadas por el acto administrativo dado que "... la jurisprudencia, al examinar la motivación de los actos administrativos, no los ha aislado, sino que los ha puesto en interrelación con el conjunto que integra los expedientes, a los que ha atribuido la condición de unidad orgánica, sobre todo en los supuestos de aceptación de informes o dictámenes (motivación "in aliunde ") ( Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1978, 16 de febrero de 1.988 EDJ1988/1274 ) y 2 de julio de 1.991 ). En definitiva, "La motivación de los actos administrativos, supone tanto como exteriorización de las razones que llevaron a la Administración a dictar aquéllos. En el derecho positivo español la motivación puede recogerse en el propio acto, o puede encontrarse en los informes o dictámenes previos cuando el acto administrativo se produzca de conformidad con los mismos y queden incorporados a la resolución - artículo 93.3 de la Ley de Procedimiento administrativo EDL1992/17271 - ." (Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1.991 EDJ1991/5427 ).

SEXTO.- -La falta de motivación o la motivación defectuosa -Sentencia de 20 de febrero de 1987 EDJ1987/1413 de dicha Sala - pueden integrar un vicio de anulabilidad o una mera irregularidad no invalidante: el deslinde de ambos supuestos se ha de hacer indagando si realmente ha existido una ignorancia de los motivos que funda la actuación administrativa y si, por tanto, se ha producido o no la indefensión del administrado. Por otra parte como señala la Sentencia de la sala Tercera del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2.002 EDJ2002/23960 , con cita de la del Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1981 EDJ1981/26 "la motivación ha de ser suficientemente indicativa, lo que significa que su extensión estará en función de la mayor o menor complejidad de lo que se cuestione o de la mayor o menor dificultad del razonamiento que se requiera, lo que implica que puede ser sucinta o escueta, sin necesidad de amplias consideraciones, cuando no son precisas ante la simplicidad de la cuestión que se plantea y que se resuelve, criterio jurisprudencial que se reitera en las sentencias del Tribunal Supremo 25 de mayo de 1998 EDJ1998/6099 y 14 de diciembre de 1999 EDJ1999/42752 . . El déficit de motivación productor de la anulabilidad del acto, radica en definitiva en la producción de indefensión en el administrado". Tesis ésta que ha sido defendida igualmente por el Tribunal Constitucional, y así: "... es claro que el interesado o parte ha de conocer las razones decisivas, el fundamento de las decisiones que le afecten, en tanto que instrumentos

necesarios para su posible impugnación y utilización de los recursos" (Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 232/92, de 14 de diciembre EDJ1992/12341 ). La motivación de la actuación administrativa constituye el instrumento que permite discernir entre discrecionalidad y arbitrariedad, y así "... la exigencia de motivación suficiente es, sobre todo, una garantía esencial del justiciable mediante la cual se puede comprobar que la resolución dada al caso es consecuencia de una exigencia racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad.

**PARA EL SEGUIMIENTO DE LA SESIÓN DE TRABAJO ES CONVENIENTE ASISTIR CON LA NORMATIVA Y LA JURISPRUDENCIA QUE SE INDICA.**