

EL DERECHO

EDJ 2005/244504

Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 5ª, S 9-12-2005, rec.5824/2002. Pte: Cancer Lalanne, Enrique

RESUMEN

Se interpuso recurso de casación contra sentencia relativa a expulsión de extranjero del territorio nacional y prohibición de entrada. Declara la Sala no haber lugar al recurso al señalar que la permanencia ilegal y la concurrencia de hechos delictivos, los cuales constan en el expediente administrativo son motivación suficiente para justificar la imposición de la sanción de expulsión y no la de multa.

?

-NORMATIVA ESTUDIADA

- ? RD 864/2001 de 20 julio 2001. Reglamento de Extranjería art.115
- ? Ley 4/2000 de 7 enero 2000. Modificación de regulación de declaración de fallecimiento de desaparecidos con ocasión de naufragios y siniestros art.30.1.2 , art.51.1 , art.53.1 , art.55.3
- ? LO 8/2000 de 22 diciembre 2000. Reforma de LO 4/2000, de 11 enero, sobre derechos y libertades de extranjeros en España y su integración social art.53 , art.55.1.3 , art.57.1 , art.63.2.3
- ? Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Jurisdicción Contencioso -Administrativa art.88.1
- ? LO 7/1985 de 1 julio 1985. Derechos y Libertades de los Extranjeros en España art.26 , art.27
- ? CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española art.24 , art.103

?

+ÍNDICE

?

+FICHA TÉCNICA

En la Villa de Madrid, a nueve de diciembre de dos mil cinco.

Visto el recurso de casación núm. 5824/2002 interpuesto por el Procurador D. José Manuel Merino Bravo, en nombre y representación de D. Raúl, contra la sentencia dictada en fecha 28 de junio de 2002, y en su recurso núm. 3607/2001, por la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid sobre expulsión de extranjero del territorio nacional y prohibición de entrada por diez años, siendo parte recurrida la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso administrativo antes referido la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 1ª) dictó sentencia [EDJ2002/62922](#) desestimando el recurso.

Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación de D. Raúl se presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia, 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 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, resolviendo el mismo conforme a las pretensiones expresadas en el cuerpo de este escrito.

TERCERO.- El recurso de casación fue admitido por providencia, en la cual se ordenó también entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida (la Administración del Estado) a fin de que en plazo de treinta días pudiera oponerse al recurso, lo que hizo en escrito, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y solicitó se dictara sentencia declarando no haber lugar al recurso de casación y confirmando la sentencia recurrida [EDJ2002/62922](#) , con imposición de costas a la parte contraria.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso de casación el día 7 de diciembre de 2005, en que tuvo lugar.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en este recurso de casación la sentencia que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 1ª) dictó en fecha 28 de junio de 2002, y en su recurso contencioso administrativo núm. 3607/2001 [EDJ2002/62922](#) , que desestimó el formulado por D. Raúl de nacionalidad argelina contra la resolución del Delegado del Gobierno en Madrid de fecha 10 de septiembre de 2001 que decretó su expulsión del territorio nacional, con la consiguiente prohibición de entrada en España por un periodo de 10 años, por haber cometido la infracción prevista en el artículo 53-a) de la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la 8/2000, al encontrarse ilegalmente en territorio español por no haber obtenido o tener caducado más de tres meses la prórroga de permanencia, la autorización de residencia o documentos análogos cuando fueran exigibles.

SEGUNDO.- Impugnada esa resolución en vía contencioso administrativa, la Sala de Madrid desestimó la impugnación. Basó su decisión en los argumentos de que la actora no ha acreditado documentalmente haber solicitado permiso de trabajo y residencia; y que la resolución impugnada contaba con la suficiente motivación.

TERCERO.- Contra esta sentencia [EDJ2002/62922](#) ha interpuesto el interesado recurso de casación que funda en dos motivos. En el primero que articula al amparo del art. 88.1, d) de la L.J.C.A., cita como normas infringidas, los arts. 53,a) y 55.3 de la Ley de Extranjería, y el art. 103 de la Constitución. Para argumentar esas infracciones el recurrente viene a decir, en síntesis que, la aplicación de la sanción de expulsión, que es la mas grave de las previstas para los hechos imputados resulta desproporcionada, al no haber explicado la resolución administrativa cual es el motivo que aconsejaba la elección de esa máxima sanción, con mayor razón, según el actor, si se tiene en cuenta que la Administración ha dictado la resolución sin hacer consideraciones contra todas sus alegaciones, siendo así que no ha ponderado la menor voluntariedad de su situación de permanencia ilegal, dado que tenía solicitada cita previa en el área de trabajo de la Delegación de Gobierno de Madrid para regularizar su situación, y si tal solicitud no había sido resuelta al tiempo de los hechos, ello es imputable al mal funcionamiento de la Administración General, en el ámbito

laboral, pero no al sancionado (de ahí la alusión como infringido del art. 103 CE). El motivo ha de ser desestimado, ante todo porque la infracción se imputa a la actividad administrativa o a la propia resolución de la Administración, y no al contenido argumental de la sentencia, que en su fundamento legal tercero vino a dar respuesta a ese tipo de alegaciones, que rechazó, en función de estimar que el recurrente, que era a quien incumbía la acreditación de los hechos en que descansaba tal alegación defensiva, no había cumplido en absoluto la carga probatoria que sobre él recaía. De modo que el recurrente en casación viene a desconocer la esencia y finalidad de la casación, que está dirigida a controlar la aplicación del Derecho realizada por el juzgador de la anterior instancia. Ello a diferencia de la apelación, en que cabe una reconsideración del asunto en términos distintos a la que se efectúa en la casación. Debiendo añadirse que, por otro lado, lo que revelan las alegaciones del recurrente es la intención de sustituir la valoración de la prueba realizada por la sentencia impugnada, sobre la no acreditación del intento de regularización de la situación de permanencia ilegal, por otra absolutamente diferente, que la desconoce. Y ello sin haber invocado, la infracción de normas legales sobre apreciación reglada de la prueba, ni aducido arbitrariedad o irracionalidad, en el juicio valorativo de prueba efectuado por el Tribunal Superior.

CUARTO.- En cualquier caso, y para concluir sobre ese motivo, cabe decir que la elección de la sanción de expulsión por la Administración aparecía debidamente motivada. Y ello en razón a las siguientes consideraciones: En la Ley Orgánica 7/85, de 1 de julio, 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 (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 (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 desprestigiar 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.

Pues bien, esto último es lo que ocurre en el caso de autos, en que a la permanencia ilegal en España del actor se une la circunstancia (explícita en el expediente administrativo y más en concreto en la propuesta de resolución), de que en los archivos policiales constan los siguientes antecedentes del actor, treinta y cinco detenciones, por motivos tales como robar, robo con violencia o intimidación, robo con fuerza en las cosas, robo/hurto de uso de vehículo de motor, amenazas, atentado a la autoridad, agentes, funcionarios, resistencia y desobediencia, siendo las dos últimas de 21 de febrero de 2001 por reclamación judicial en Palma de Mallorca y 24 de febrero de 2001, también en Palma de Mallorca por hurto y estancia ilegal.

La permanencia ilegal y estos hechos, que constan en el expediente administrativo son motivación suficiente para justificar la imposición de la sanción de expulsión y no la de multa, de forma que ni la Administración ha desconocido el principio de proporcionalidad, ni ha dejado de expresar las razones por las que expulsó a la actora del territorio nacional.

QUINTO.- En su escrito de interposición y bajo el epígrafe segundo motivo, pero sin cita del precepto procesal bajo el que tal motivo se articula, aduce el recurrente que la sentencia confirma una resolución administrativa que no tiene en cuenta sus alegaciones. Sigue diciendo el actor, que es de destacar que la resolución del Delegado del Gobierno, en su hecho tercero expresa que notificada la propuesta de resolución, en el plazo concedido al efecto no se ha presentado escrito de alegaciones. Lo que, según el recurrente, viene a significar que la resolución no ha tenido en cuenta todas las circunstancias y hechos aplicables al caso, y que de haberse considerado hubieran determinado una sanción más proporcionada. Por lo que, afirma, nos encontramos ante una resolución no fundada, ya que se basa en el error de la Administración, que es vulneradora del art. 24 de la Constitución, garantizador del derecho a una resolución fundada en Derecho y suficientemente motivada, y no incongruente con las cuestiones planteadas.

En apoyo de su argumentación cita diversas sentencias del Tribunal Supremo, de 10 de marzo [EDJ1987/1955](#) y 10 de abril de 1987 [EDJ1987/2908](#) , 18 de mayo de 1990 y 10 de mayo de 1992, y otras del Tribunal Constitucional (sentencias 126/94 [EDJ1994/3631](#) , 131/90 [EDJ1990/7691](#) , 22/94 [EDJ1994/536](#) y 190/90 [EDJ1990/10772](#)).

Estas, según el actor, porque rechazan, en la confección de las sentencias, la utilización de formularios que no responden a todas las cuestiones suscitadas.

SEXTO.- El motivo no puede prosperar. Ante todo porque formalmente no está debidamente articulado, al faltar la expresa cita del motivo casacional que lo ampara. Si bien esa irregularidad puede ser escusada entendiéndose que el motivo en cuestión puede estimarse encuadrado en el art. 88.1,d de la L.J.C.A., visto el alcance de las argumentaciones que lo respaldan. Pero sin embargo subsisten otras razones que fundan la desestimación. Y es así porque la comparación de las alegaciones antes resumidas como fundamentadoras de este motivo, con lo que fue contenido de la demanda y contestación, viene a demostrar que se trata de argumentos basados en hechos y circunstancias entonces no invocados, constituyendo por ello cuestiones nuevas distintas a las que fueron objeto del proceso, sobre las que la sentencia [EDJ2002/62922](#) no se pudo pronunciar, y, por tanto, ajenas a la finalidad y esencia de la casación. Añádase que, en cualquier caso, vuelve a incurrir el actor en el defecto de dirigir la impugnación no contra la sentencia, a la que no tacha de incongruente, sino contra el acto administrativo impugnado, lo que, debe insistirse, es contrario a la naturaleza de la casación, alegando además preceptos constitucionales y jurisprudencia no aplicable al caso, ya que el art. 24 de la Constitución, en el sentido argumentado por el recurrente, dirige su protección a la actuación judicial y no a la de la Administración.

SÉPTIMO.- En consideración a lo expuesto debemos declarar y declaramos no haber lugar a la casación sobre la que se resuelve. Con expresa condena al recurrente en las costas de la casación. Si bien a la vista del alcance procesal de las actuaciones de la representación de la Administración, esta condena solo alcanza respecto a su minuta por defensa, a la cantidad máxima de 200'00 euros.

Por todo lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, por la autoridad que nos confiere la Constitución;

FALLO

Que declaramos no haber lugar al presente recurso de casación núm. 5824/2002 interpuesto por el Procurador D. José Manuel Merino Bravo en nombre y representación de D. Raúl, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 1ª) en fecha 28 de junio de 2002 y en su recurso contencioso administrativo núm. 3607/2001 [EDJ2002/62922](#) .

Y condenamos a la parte recurrente en las costas de casación, hasta un límite, respecto de la minuta de Letrado, de 200'00 euros.

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.- Segundo Menéndez Pérez.- Rafael Fernández Valverde.- Enrique Cáncer Lalanne.

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