

Id. Cendoj: 28079130052005101180
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 5
Nº de Recurso: 3743/2002
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 22/12/2005
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: JESUS ERNESTO PECES MORATE
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

CASACION HA LUGAR PORQUE LA SENTENCIA ES INCONGRUENTE AL NO HABER EXAMINADO LA CUESTION PLANTEADA POR LA REPRESENTACION DEL DEMANDANTE ACERCA DE QUE LO PROCEDENTE ERA LA DEVOLUCION A SU PAIS SIN PROHIBICION DE ENTRADA, Y PORQUE EL ARTICULO 53 A) DE LA LEY ORGANICA SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA NO TIPIFICA COMO INFRACCION GRAVE LA CONDUCTA DE HABER ENTRADO ILEGALMENTE EN TERRITORIO ESPAÑOL SIEMPRE QUE NO SE HUBIESE PERMANECIDO EN EL POR MAS DE NOVENTA DIAS.

Voces:

- ? DERECHO DE EXTRANJERIA
- ? EXPULSION DE EXTRANJEROS
- ? INCONGRUENCIA OMISIVA
- ? MOTIVACION DE LAS RESOLUCIONES

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Diciembre de dos mil cinco.

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 3743 de 2002, pende ante ella de resolución, interpuesto por la Procuradora Doña Inmaculada Romero Melero, en nombre y representación de Don Jose Pedro , contra la sentencia pronunciada, con fecha 22 de marzo de 2002, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia en el recurso contencioso-administrativo nº 1308 de 2001 , sostenido por la representación procesal de Don Jose Pedro contra la resolución del Delegado del Gobierno en Murcia, de fecha 16 de julio de 2001, por la que se acordó la expulsión del territorio nacional del ciudadano marroquí Don Jose Pedro y se le prohibió su entrada en España por diez años.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia dictó, con fecha 22 de marzo de 2002, sentencia en el recurso contencioso-administrativo número 1308 de 2001, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Que DESESTIMANDO el recurso contencioso administrativo interpuesto por don Jose Pedro, contra la resolución de fecha 16 de julio de 2001 de la Delegación del Gobierno en Murcia, que acuerda la expulsión del territorio español y prohibición de entrada en España, declaramos expresamente conforme a Derecho el acto administrativo impugnado; sin costas».

SEGUNDO.- Dicha sentencia se basa, entre otros, en el siguiente fundamento jurídico segundo: «Conforme al expediente administrativo, el recurrente fue detenido en Lorca por delito contra la seguridad en el tráfico y robo de uso de vehículo a motor, siendo puesto a disposición del Juzgado de Instrucción Número Uno de Lorca. Ante la Guardia Civil de Lorca declaró: que procedía de Algeciras y se dirigía a Murcia, que lleva en España entre un mes y mes y medio, que entró por Tánger y que sabe que su situación en España supone una infracción a la Ley de Extranjería. Se le informó de que se le iba a denunciar al Delegado del Gobierno por una presunta infracción a la vigente Ley de Extranjería; consta lectura de derechos. Se le incoa el procedimiento de expulsión, donde constan los mismos hechos que en la resolución sancionadora, y se le notifica la incoación al interesado, que firma la misma y también el intérprete; en la propuesta de resolución constan como hechos: encontrarse irregularmente en territorio español, careciendo de documentación expedida por las Autoridades españolas que ampare su presencia en España».

TERCERO.- También se declara en el fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida que: «Pues bien, la resolución sancionadora sí está motivada, ya que constan los hechos, y a continuación se encajan en el precepto correspondiente de la Ley. El recurrente no ha acreditado que esté regularmente en España, habiendo reconocido en su declaración todo lo contrario. El art. 53.a) que aplica la resolución contempla el hecho de encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido o tener caducada más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documentos análogos, cuando fueren exigibles, y siempre que el interesado no hubiese solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentariamente. Como se dijo anteriormente, cuando el recurrente fue detenido, llevaba mes y medio en España; no ha aportado ningún documento que acredite que estaba regularmente en territorio español, y no lo ha hecho, ni en vía administrativa ni en vía contencioso administrativa. Según el art. 53, esta infracción es grave; la sanción que corresponde conforme al art. 55 de la Ley citada es multa de 50.001 (300'51€) hasta 1.000.000 de pesetas (6.010'12€); pero el art. 57 prevé que cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53 de esta Ley Orgánica, se pueda aplicar en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo. Eso es lo que se ha hecho en el presente caso, estando amparada la Administración por el citado precepto, y habiendo tramitado el expediente exigido. Por último, de acuerdo con el art. 58, toda expulsión llevará consigo la prohibición de

entrada en territorio español por un período mínimo de tres años y máximo de diez; por tanto, la Administración se ha limitado a aplicar en el presente caso esta previsión. En conclusión, el recurso ha de ser desestimado».

CUARTO.- Notificada la referida sentencia a las partes, la representación procesal del 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 fecha 15 de mayo de 2002, en la que se ordenó emplazar a las partes para que, en el término de treinta días, pudiesen comparecer ante este Tribunal de Casación.

QUINTO.- 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, Don Jose Pedro , representado por la Procuradora Doña Inmaculada Romero Melero, al mismo tiempo que ésta presentó escrito de interposición de recurso de casación, basándose en dos motivos, el primero al amparo del apartado c) del artículo 88.1 de la Ley de esta Jurisdicción y el segundo al del apartado d) del mismo precepto; el primero por haber infringido la Sala de instancia lo dispuesto en los artículos 209 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento civil , al no haber examinado en la sentencia recurrida la cuestión planteada en la demanda relativa a la improcedencia de la expulsión acordada del recurrente con la consiguiente prohibición de entrar en España durante diez años, ya que lo que se debería haber ordenado es su devolución, que no lleva aparejada la prohibición de entrada en España, y, en el supuesto de considerarse que se abordó tal cuestión, carece la sentencia de motivación por no haber explicado las razones por las que resulta procedente la expulsión y no la devolución; y el segundo por haber infringido el Tribunal "a quo" lo dispuesto en los artículos 53, apartado a), 58.1 y 57.1 de la Ley Orgánica 8/2002 , ya que la estancia ilegal del recurrente no debería haberse sancionado con la expulsión sino meramente con la multa de 300'51 euros en virtud del principio de proporcionalidad, pues la situación de encontrarse irregularmente menos de tres meses no es incardinable en infracción alguna, por lo que lo procedente hubiera sido la devolución del recurrente a su país, pues la entrada ilegal no es sancionable, de manera que la devolución no tiene que ir acompañada de la prohibición de entrada en España, dado que quien entra ilegalmente en territorio español no comete la infracción por la que el recurrente ha sido sancionado, ya que no se ha producido como consecuencia de no haber obtenido o renovado el permiso de residencia sino que no cumplió los requisitos que para la entrada recoge el artículo 25 de la Ley Orgánica de Extranjería , terminando con la súplica de que se anule la sentencia recurrida y se declare que lo procedente es la devolución del recurrente y no su expulsión y, en consecuencia, se deje sin efecto la prohibición de entrada en España durante el plazo de diez años.

SEXTO.- Admitido a trámite el recurso de casación interpuesto, se dio traslado por copia al Abogado del Estado para que, en el plazo de treinta días, formalizase por escrito su oposición al mencionado recurso, lo que llevó a cabo con fecha 12 de febrero de 2004, aduciendo que los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida no se desvirtúan por las alegaciones formuladas de contrario, que no sirven para acreditar la realidad de la infracción de la ley ni de la doctrina jurisprudencial en la materia motivo en que se funda el recurso, por lo que pidió la declaración de no haber lugar al recurso interpuesto con imposición de las costas al recurrente.

SEPTIMO.- 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 7 de diciembre de 2005, 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 denuncia la incongruencia de la sentencia recurrida o, en su caso, el defecto de motivación de la misma con infracción de lo dispuesto en los artículos 209 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento civil, pues en ella no se examina la cuestión planteada en la demanda acerca de que lo procedente hubiera sido la devolución del recurrente a su país y no la expulsión, y, por consiguiente, aquella no lleva aparejada la prohibición de entrada en España, pero, si se entendiese que tal cuestión ha sido implícitamente desestimada, la sentencia carecería de motivación al no explicar las razones por las que era procedente la expulsión y no la devolución.

SEGUNDO.- Ciertamente, la Sala de instancia no analiza la cuestión central planteada en la demanda por la representación procesal del recurrente, cuya tesis no es otra que la improcedencia de la expulsión acordada por la Administración cuando la estancia en territorio español no había sobrepasado los tres meses, de manera que su conducta no aparece tipificada en el artículo 53 a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reformada por Ley Orgánica 8/2000, y, por consiguiente, no le serían aplicables las sanciones impuestas a dicha conducta infractora, sino que la medida a adoptar sería exclusivamente la devolución a su país, contemplada en el artículo 58.2 de la misma Ley, que no lleva aparejada la prohibición de entrada en territorio español establecida en el apartado primero de este mismo precepto.

Tan flagrante omisión en la sentencia recurrida, que se limita a señalar que el recurrente no ha acreditado estar regularmente en España, por lo que su conducta está contemplada en el artículo 53 a) de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, comporta la estimación de este primer motivo de casación, pues, como acertadamente apunta la representación procesal del recurrente, en el supuesto de entenderse que implícitamente se ha rechazado su planteamiento, no se han explicado o justificado las razones para ello, por lo que la sentencia habría incurrido, en cualquier caso, en falta de motivación, infringiendo así lo dispuesto en los artículos 120 de la Constitución, 209.3ª y 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento civil 1/2000, de 7 de enero, aplicables éstos supletoriamente en la jurisdicción contenciosa-administrativa conforme a lo establecido concordadamente por los artículos 4 de esta misma Ley y Disposición Final primera de la vigente Ley Jurisdiccional, al no expresar, como exige el citado artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento civil, los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la solución de esa concreta cuestión, planteada en la demanda, relativa a la procedencia de la devolución y no de una sanción de expulsión y, por tanto, a la improcedencia de prohibir la entrada en territorio español por un periodo diez años, impuesta por la resolución administrativa impugnada.

Esta Sala del Tribunal Supremo ha repetido, entre otras, en sus Sentencias de fechas 25 de octubre de 1993, 5 de febrero de 1994, 9 de mayo de

1994, 11 de febrero de 1995, 27 de enero de 1996, 20 de enero de 1998 (recurso de casación 5057/93, fundamento jurídico primero), 10 de julio de 1999 (recurso de casación 3008/1995, fundamento jurídico primero), 10 de junio de 2000, 15 de febrero, 9 de junio, 14 de junio y 14 de julio de 2003, 11 de mayo de 2004, 21 de junio, 28 de septiembre y 5 de octubre de 2005, que «el juicio sobre la congruencia de una sentencia exige la confrontación entre los pronunciamientos de la misma y el objeto del proceso para comprobar si hay adecuación entre el resultado que pretenden obtener los litigantes, los hechos que sustentan sus pretensiones, las razones jurídicas en que se basan y lo decidido en la sentencia, de manera que, aunque la regla de la congruencia no exige que en la fundamentación de ésta se responda exhaustivamente a todas las alegaciones realizadas por los litigantes, ha de pronunciarse sobre lo solicitado con motivación suficiente y coherente de su decisión, ya que el juez no sólo está obligado a resolver sino a hacerlo de manera cabal a fin de hacer efectivo el principio de suficiencia del ordenamiento jurídico».

TERCERO.- En el segundo motivo de casación se asegura que la Sala sentenciadora ha aplicado indebidamente lo dispuesto en los artículos 53 a), 57.1 y 58.1 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, ya que, al ser la estancia en territorio español del ciudadano recurrente inferior a tres meses, no procedía considerar su conducta tipificada en el primero de los citados preceptos ni sancionada con lo establecido en los otros dos, sino que debió procederse meramente a la devolución del mismo a su país de origen sin llevar, por tanto, aparejada la prohibición de entrada en territorio español prevista en el aludido artículo 58.1 de la expresada Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

Este motivo de casación debe también prosperar porque, efectivamente, según se declara probado en la propia sentencia recurrida el ciudadano marroquí recurrente llevaba en España, cuando fue detenido por miembros de la Guardia Civil, mes y medio.

La Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000, define en su artículo 30.1 la situación de estancia de los extranjeros, y lo mismo después de las últimas reformas de dicha Ley llevadas a cabo por Leyes Orgánicas 11/2003, de 29 de septiembre, y 14/2003, de 20 de noviembre, como la permanencia en territorio español por un periodo de tiempo no superior a noventa días.

Transcurrido dicho tiempo, es indispensable, para que el extranjero pueda permanecer en España, que obtenga una prórroga de estancia o un permiso de residencia, según dispone el apartado 2 del mismo artículo 30 de la mencionada Ley Orgánica de derechos y libertades de los extranjeros en España.

El artículo 25 de la propia Ley establece los requisitos para la entrada en territorio español, entre los que su apartado 2 exige un visado salvo que se establezca lo contrario en tratados internacionales suscritos por España o en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

En este caso el ciudadano marroquí, sancionado con la expulsión, carecía de visado, de manera que, al no estar eximido de este documento por tratado o norma alguna, hay que entender que había entrado irregularmente en España, si bien, como hemos

expresado, no había sobrepasado su estancia en territorio español los noventa días.

El precepto contenido en el artículo 53 a) de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, aplicado al recurrente por la resolución administrativa declarada ajustada a derecho por la sentencia recurrida, califica de infracción grave: «encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente».

Si analizamos detenidamente dicho precepto, se observa que en él se alude al hecho de encontrarse irregularmente en territorio español pero en concretas o determinadas circunstancias, a saber : Primero: por no haber obtenido la prórroga de estancia. Segundo: por carecer de autorización de residencia. Tercero: por tener caducada más de tres meses la mencionada autorización de residencia y siempre que el interesado no hubiese solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente.

No contempla, pues, la definición del artículo 53 a) de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España el hecho de encontrarse el extranjero en territorio español por haber entrado ilegalmente en él salvo que su estancia en dicho territorio se hubiese prolongado más de noventa días, pues, en el caso de permanecer más de noventa días sin haber obtenido prórroga de estancia o sin autorización de residencia, tal conducta se tipifica como infracción grave en el precepto que comentamos.

En definitiva, la conducta del recurrente por haber entrado ilegalmente en territorio español y encontrarse en él irregularmente sin haber sobrepasado los noventa días, a que se refiere el apartado 1 del artículo 30 de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, no está calificada de infracción grave en el mencionado artículo 53.a de la propia Ley, sin que sea posible una interpretación extensiva de este precepto al venir proscrita por los artículos 25.1 de la Constitución y 129 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Ni que decir tiene que si la conducta del recurrente no está tipificada en el artículo 53 a) de la mencionada Ley Orgánica de derechos y libertades de los extranjeros en España no puede ser castigada con las sanciones previstas en los artículos 55, 57 y 58.1 de la misma Ley.

No olvidamos que el precepto contenido en el citado artículo 53 a) de la Ley Orgánica de derechos y libertades de los extranjeros en España, que hemos transcrito, fue redactado por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, posterior a los hechos enjuiciados, pero, examinado su texto según la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, vigente al tiempo de ocurrir los hechos, se comprueba que es prácticamente idéntico, debiendo ser, en cualquier caso, aplicable la norma más favorable al recurrente conforme al principio de retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables, recogido en los artículos 9.3 de la Constitución y 128.2 de la Ley 30/1992,

de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

CUARTO.- Tenemos que preguntarnos, por tanto, cuál sería la medida que cabe adoptar, conforme a la vigente Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España 4/2000, reformada por Leyes Orgánicas 8/2000, 11/2003 y 14/2003, respecto de un extranjero que ha entrado ilegalmente en España, encontrándose, por consiguiente, irregularmente en territorio español sin haber sobrepasado su estancia en dicho territorio los noventa días.

Entendemos nosotros que, en aplicación concordada de lo dispuesto por los artículos 30, 53 a) y 58.2 de la propia Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, tal medida no es otra que la devolución contemplada en el artículo 58 de la misma Ley, acordada por la autoridad gubernativa competente para la expulsión, pero, a diferencia de lo que sucede con la devolución prevista en los apartados a) y b) del apartado 2 del referido artículo 58, en que no es preciso tramitar expediente de expulsión para tal devolución, en los casos de haber entrado en territorio español y permanecido en él menos de noventa días es necesario tramitar un expediente administrativo para acordarla, pues sólo cuando se devuelve al extranjero que pretende entrar no es necesario tramitar expediente de expulsión, situación esta a la que no puede equipararse la anterior por la razón, antes apuntada, de no poderse extender las normas restrictivas de derechos a supuestos no contemplados expresamente en ellas, y no cabe duda que la devolución sin tramitar un expediente administrativo implica una limitación de garantías.

Será, además, imprescindible la intervención judicial, prevista en el mismo precepto, cuando la devolución no se pueda ejecutar en el plazo de setenta y dos horas.

Ahora bien, de acuerdo con la norma actualmente en vigor, la devolución, conforme a lo dispuesto en el artículo 58.6 de la misma Ley Orgánica, lleva consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años.

No obstante, como en este caso, cuando sucedieron los hechos, no estaba en vigor la reforma introducida por Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, sino que el precepto contenido en el artículo 58 había sido redactado por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, y éste no contemplaba la prohibición de retornar a territorio español para los casos de haber pretendido entrar ilegalmente en nuestro país, no cabe imponer dicha prohibición al recurrente, pues, lo contrario, supondría aplicar con efecto retroactivo una disposición restrictiva de derechos, lo que no autoriza el citado artículo 9.3 de la Constitución.

QUINTO.- Por las mismas razones que procede estimar el segundo motivo de casación alegado, recogidas en los precedentes fundamentos jurídicos tercero a quinto, debemos estimar también el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del Delegado del Gobierno de Murcia, de fecha 13 (por error se dice 16) de julio de 2001, que acordó la sanción de expulsión del territorio español del recurrente y le prohibió la entrada en territorio español por un periodo de diez años, al no ser dicha resolución ajustada a derecho, ya que el expediente tramitado debería haber concluido con la orden de devolución del ciudadano marroquí que se encontraba irregularmente en territorio español sin prohibirle la entrada en España, según

interesó su representación procesal tanto en la demanda como ahora en el escrito de interposición del recurso de casación, cumpliendo así el deber, que nos impone el artículo 95.2 d) de la vigente Ley Jurisdiccional , de resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate.

SEXTO.- La declaración de haber lugar al recurso de casación interpuesto no permite formular expresa condena al pago de las costas procesales causadas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 139.2 de la Ley de esta Jurisdicción , sin que existan méritos para imponer a cualquiera de las partes las causadas en la instancia, al no apreciarse en su actuación temeridad ni mala fe, según disponen concordadamente los artículos 95.3 y 139.1 de la misma Ley Jurisdiccional .

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998, de 13 de julio .

FALLAMOS

Que, con estimación de ambos motivos alegados, debemos declarar y declaramos que ha lugar al recurso de casación interpuesto por la Procuradora Doña Inmaculada Romero Melero, en nombre y representación de Don Jose Pedro , contra la sentencia pronunciada, con fecha 22 de marzo de 2002, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia en el recurso contencioso-administrativo nº 1308 de 2001 , la que, por consiguiente, anulamos, al mismo tiempo que, estimando el recurso contencioso-administrativo sostenido por la representación procesal de Don Jose Pedro contra la resolución del Delegado del Gobierno en Murcia, de fecha 13 de julio de 2001, por la que se impuso al indicado recurrente Don Jose Pedro la sanción de expulsión del territorio español con la prohibición de entrada en España por un periodo de diez años, debemos declarar y declaramos que dicha resolución administrativa no es ajustada a derecho, por lo que la anulamos también, y debemos declarar y declaramos que al referido recurrente Don Jose Pedro procede aplicarle la medida de devolución a su país de origen sin prohibición de entrada en España, por lo que dejamos sin efecto dicha prohibición, sin hacer expresa condena respecto de los 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. PUBLICACION.- 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.