



Recurso Nº: 6096/2003

SR. MUGA
Zandra Bause

MINISTERIO DE JUSTICIA
SECRETARÍA DE ESTADO
11-1-2006

TO 1662

RECURSO CASACION Num.: 6096/2003

Votación: 20/12/2005

Ponente Excmo. Sr. D.: Pedro José Yagüe Gil

Secretaría Sr./Sra.: Sra. Fernández Martínez

SENTENCIA

**TRIBUNAL SUPREMO.
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: QUINTA**

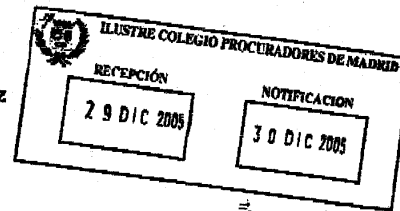
Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Mariano de Oro-Pulido y López

Magistrados:

- D. Pedro José Yagüe Gil**
- D. Jesús Ernesto Peces Morate**
- D. Rafael Fernández Valverde**
- D. Enrique Cancero Lalanne**



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

VISTO el recurso de casación nº 6096/03 interpuesto por el Sr. Abogado del Estado, en nombre y representación de la Administración del Estado, contra la sentencia dictada en fecha 25 de Abril de 2003, y en su recurso nº 771/02, por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria sobre expulsión del territorio español, con prohibición de entrada durante tres años, siendo parte recurrida -D-



Recurso Nº: 6096/2003

~~XXXXXXXXXX~~ representado por el Procurador Sr. Zamora Bousa. Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso administrativo antes referido la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria dictó sentencia 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 22 de Mayo 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 26 de Septiembre de 2003, 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 13 de Enero de 2005, en la cual se ordenó también entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida (~~XXXXXXXXXX~~) representado por el Procurador Sr. Zamora Bousa) a fin de que en plazo de treinta días pudiera oponerse al recurso, sin que hiciera alegación alguna.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso de casación el día 20 de Diciembre de 2005, en que tuvo lugar.

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



Recurso Nº: 6096/2003

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. PEDRO JOSÉ YAGÜE GIL,

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 Cantabria dictó en fecha 25 de Abril de 2003, y en su recurso contencioso administrativo nº 771/02, por medio de la cual se estimó el formulado por D. ~~XXXXXXXXXXXX~~ ciudadano marroquí, contra la resolución del Sr. Delegado del Gobierno en Cantabria de fecha 30 de Octubre de 2001 (confirmada en reposición por la de 28 de Junio 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, modificada por la L.O. 8/2000, por encontrarse en España desde hace más de tres meses careciendo de cualquier tipo de documentación que le autorice a su entrada y permanencia sin que conste que haya obtenido el permiso de residencia válido para permanecer en España, siendo su situación de permanencia irregular.

SEGUNDO.- Impugnada esa resolución en vía contencioso administrativa, la Sala de Cantabria estimó la impugnación y anuló la resolución impugnada. Contestando a los argumentos expuestos en la demanda, argumentó el Tribunal que el expediente administrativo no había caducado y que no se había producido indefensión para el interesado ya que la declaración policial se practicó en presencia y con asistencia de Letrado. Pero que la infracción del artículo 53-a) de la Ley Orgánica 4/2000, 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 Cantabria estima el recurso y anula la resolución.



Recurso Nº: 6096/2003

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado ha interpuesto recurso de casación contra esa sentencia, en el cual articula dos motivos de impugnación, ninguno de los cuales puede prosperar, como veremos.

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 introducido por el actor en su demanda; en los fundamentos de Derechos sustantivos, en el "apartado II, segunda", se dice literalmente "no se motivan suficientemente los hechos por los que se determina la infracción ni la graduación de la sanción a imponer", y se expone a continuación una jurisprudencia precisa sobre la exigencia de motivación de los actos administrativos.

Y en el apartado V de los propios fundamentos de Derecho se insiste "de existir infracción, es preciso tener en cuenta que en esta resolución no se ha respetado el principio de proporcionalidad ni se ha motivado la graduación de la sanción a aplicar", exponiéndose a continuación una copiosa jurisprudencia sobre el principio de proporcionalidad y sobre la prevalencia, en el sistema de la Ley, de la sanción pecuniaria.

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, pues del simple examen del expediente administrativo se deduce la motivación adecuada de la resolución que se impugna.



Recurso Nº: 6096/2003

Tampoco este motivo puede ser aceptado.

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 Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 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



Recurso N°: 6096/2003

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.



Recurso Nº: 6096/2003

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.

SEXO.- 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 del ~~interesado~~ en territorio español. Y, además, éste alegó que sus padres vivían en Barcelona (lo que podría tener importancia a la hora de imponer una u otra sanción), dato sobre el que la Administración no hizo averiguación alguna.

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 Cantabria cuando estimó el recurso contencioso administrativo y anuló la sanción impuesta.

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), pero teniendo en cuenta que la parte recurrida sólo ha presentado escrito de personación y no de oposición.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución.

FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación nº 6096/03 interpuesto por el Sr. Abogado del Estado contra la sentencia de fecha 25 de Abril de 2003;



Recurso Nº: 6096/2003

dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en su recurso contencioso administrativo nº 771/02.

Y condenamos a la Administración del Estado en las costas de casación, con la prevención dicha en el fundamento de Derecho séptimo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la colección legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

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.