

Sentencia Tribunal Supremo, de 13 de Octubre de 2003

> RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO no 120/2002, Ponente D. Agustín Puente

> Prieto

>

>

>

> SENTENCIA

>

> En la Villa de Madrid, a trece de Octubre de dos mil tres.

>

> Visto por la Sala Tercera constituida en Sección por los Senores resenados

> al margen el recurso contencioso-administrativo que con el número 120/02

> ante la misma pende de resolución, interpuesto por el Procurador D. José

> Miguel Martínez-Fresneda Gamba, en nombre y representación de la Comisión

> Espanola de Ayuda al Refugiado contra los artículos 41.8, 122.2 y 138.1

> del Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 4/2.000 de 11 de enero,

> sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en Espana y su integración

> social, reformada por la Ley Orgánica 8/2.000 de 22 de diciembre, aprobado

> por el Real Decreto 864/01 de 20 de julio de 2.001. Habiendo comparecido

> en calidad de recurrido el Abogado del Estado, en la representación que le

> es propia

>

> ANTECEDENTES DE HECHO

>

> PRIMERO.- Con fecha 20 de septiembre de 2.001 el Procurador de los

> Tribunales D. José Miguel Martínez-Fresneda Gamba presenta escrito en

> nombre y representación de la Comisión Espanola de Ayuda al Refugiado ante

> la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional

> interponiendo recurso contencioso administrativo contra los artículos

> 41.8, 122.2 y 138.1 del Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 4/2.000

> de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en Espana y

> su integración social, reformada por la Ley Orgánica 8/2.000 de 22 de

> diciembre, aprobado por el Real Decreto 864/01 de 20 de julio de 2.001.

>

> La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional dictó

> Auto de fecha 8 de noviembre de 2.001 en cuya parte dispositiva se

> acuerda: "Elevar las actuaciones en consulta a la Sala de lo Contencioso

> Administrativo del Tribunal Supremo, por si entendiera que la competencia

> corresponde a la misma, suplicándole que si a bien lo tiene comunique a

> esta Sala la resolución que adopte, para en su caso emplazar a las partes

> ante dicho alto Tribunal."

>

> SEGUNDO.- Por Auto de esta Sala del Tribunal Supremo de fecha 26 de abril

> de 2.002 se acordó declarar la competencia de la misma para conocer del

> recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación

> procesal de la Comisión Espanola de Ayuda al Refugiado.

>

> Por providencia de fecha 28 de junio de 2.002 se tiene por interpuesto y

> admitido el recurso y se ordena requerir a la Administración demandada

> para que remita el expediente administrativo en los términos que establece

> el artículo 48 de la Ley Jurisdiccional, ordenándole que practique los

> emplazamientos previstos en el artículo 49 de la misma Ley. Y en cuanto al

> otrosí primero del escrito de interposición por el que se solicita se

> adopte la medida cautelar de suspensión de la vigencia de los preceptos

> impugnados, fórmese la correspondiente pieza separada.

>

> TERCERO.- Recibido el expediente administrativo y posteriormente los

> emplazamientos previstos en el citado artículo 49, se concede a la

> representación procesal de la Comisión Espanola de Ayuda al Refugiado el

> término de veinte días para que formule la demanda, presentando al efecto

> escrito el día 13 de febrero de 2.003, en el que expresa los hechos y

> fundamentos jurídicos que considera de aplicación y termina suplicando a

> la Sala "tenga por formalizada en tiempo y forma la demanda contenciosa

> administrativa contra los artículos 41.8, 122.2 y 138.1 del Reglamento de

> ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y

> libertades de los extranjeros en Espana y su integración social, reformada

> por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, aprobado por el Real Decreto

> 864/2001, de 20 de julio, y, tras sus trámites, dicte en su día Sentencia
> donde se declare la nulidad de los citados artículos 41.8, 122.2 y 138.1
> del Reglamento y se condene a la Administración recurrida en costas."
>
> CUARTO.- Se concede al Abogado del Estado el plazo de veinte días a fin de
> que presente su escrito de contestación que así hace con fecha 12 de marzo
> de 2.003, en el que expone los hechos y fundamentos de derecho que
> considera y suplica a la Sala tenga por presentado el escrito y lo admita
> teniéndole por personado y parte en el recurso, y tras la tramitación que
> proceda dictar sentencia por la que se desestime el recurso, se confirme
> la conformidad a Derecho de los distintos preceptos impugnados y se
> impongan las costas al recurrente.
>
> QUINTO.- Por Auto de 21 de marzo de 2.003 se acordó fijar la cuantía del
> recurso en indeterminada y no haber lugar a recibir el pleito a prueba,
> concediéndose a la parte recurrente el plazo de diez días a fin de que
> presente escrito de conclusiones sucintas.
>
> La representación procesal de la Comisión Espanola de Ayuda al Refugiado
> presenta su escrito de conclusiones el día 24 de abril de 2.003,
> solicitando tenga por evacuado el trámite y dicte sentencia de acuerdo con
> el suplico de su escrito de demanda.
>
> El Abogado del Estado presenta su escrito con fecha 9 de mayo de 2.003,
> solicitando dicte sentencia por la que desestime en su integridad las
> pretensiones del recurrente.
>
> SEXTO.- Concluidas las actuaciones, quedaron pendientes de señalamiento
> para votación y fallo cuando por su turno corresponda, fijándose
> posteriormente a tal fin la audiencia del día 17 de septiembre de 2.003,
> en cuya fecha se inició la deliberación.
>
> FUNDAMENTOS DE DERECHO
>
> PRIMERO.- Se impugna, en primer término, por la recurrente Comisión
> Espanola de Ayuda al Refugiado lo dispuesto en el artículo 41.8 del Real
> Decreto 864/2.001 de 20 de julio por el que se aprueba el Reglamento de
> Ejecución de la Ley Orgánica 4/2.000 de 11 de enero sobre Derechos y
> Libertades de los Extranjeros en España y su integración social, reformada
> por Ley Orgánica 8/2.000 de 22 de diciembre. El precepto recurrido regula
> en dicho apartado la renovación de los permisos de residencia temporal
> estableciendo en sus dos primeros párrafos que éstos, "cualquiera que sea
> su duración, podrán renovarse a petición del interesado, si concurre
> circunstancias análogas a las que motivaron su concesión, por sucesivos
> períodos con una duración de dos años cada uno". Anade a continuación el
> párrafo segundo de este apartado 8 que "los permisos de residencia
> regulados en esta sección se renovarán si no han variado las
> circunstancias o si concurren otras que, conforme a lo dispuesto en este
> Reglamento, justifican su otorgamiento. Las solicitudes de renovación de
> dichos permisos se resolverán y notificarán en el plazo general máximo de
> tres meses contados según lo previsto en el Disposición Adicional 1a de la
> Ley Orgánica 4/2.000, reformada por Ley Orgánica 8/2.000 entendiéndose que
> dicha renovación ha sido concedida sí, transcurrido tal plazo, la
> Administración no ha dado respuesta expresa".
>
> En realidad el recurso se dirige a impugnar, exclusivamente, el párrafo
> tercero de ese apartado 8 del artículo 41; en él se preve que, "en el caso
> de que hayan sido concedidos al amparo de lo establecido en letra b) del
> apartado 3 de este artículo, los permisos se renovarán anualmente, previo
> informe de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, que valorará
> la existencia de las circunstancias que motivaron su concesión".
>
> Entiende la Asociación recurrente que el precepto citado en último lugar
> vulnera lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley de Asilo, desarrollado por
> el 27 del Reglamento de Asilo, así como los artículos 12 sobre
> competencia, 51 sobre jerarquía y competencia, 84 que establece el trámite
> de audiencia y 127, todos ellos de la Ley de Régimen Jurídico de las

- > Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- >
- > En resumen entiende la recurrente que la vulneración fundamental en que
- > incurre el precepto citado contradice lo establecido en el artículo 7 de
- > la Ley de Asilo y 27 de su Reglamento ya que, conforme al texto del
- > Reglamento recurrido, la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio
- > revisaría una resolución adoptada por el Ministro del Interior o el
- > Consejo de Ministros a quienes la legislación de asilo atribuye la
- > competencia para la concesión del asilo.
- >
- > Olvida la recurrente que el precepto recurrido no establece norma alguna
- > sobre competencia para la renovación anual del permiso de residencia
- > concedido al amparo de lo establecido en la letra b) del apartado 3 del
- > artículo 41 del Reglamento, así como que la función que en el mismo se
- > atribuye a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio es meramente
- > informativa y en modo alguno se le confiere a dicha Comisión la facultad
- > de dictar acuerdo resolutorio revisando una decisión adoptada por el
- > Ministro del Interior -que no por el Consejo de Ministros-, a quien el
- > artículo 41.3.b) atribuye la facultad de autorizar la permanencia en
- > España, por las razones humanitarias previstas en dicho precepto, del
- > extranjero al que no se concede el asilo.
- >
- > Efectivamente, la norma reguladora de la competencia en relación con los
- > permisos de residencia no está contenida, en orden a su renovación, en el
- > apartado 8 del artículo 41 del Reglamento recurrido sino que tiene su
- > desarrollo reglamentario en otros preceptos del propio Reglamento que no
- > han sido objeto del recurso, de donde se deduce que mal puede haber
- > incurrido la norma objeto de impugnación en la vulneración de la normativa
- > reguladora del asilo ni de preceptos de la Ley de Régimen Jurídico acerca
- > de competencia y jerarquía, cuestiones éstas, como la de audiencia del
- > interesado, ajenas al texto del precepto impugnado. En cualquier caso sí
- > conviene resaltar que el régimen vigente cuando se dictó la norma
- > reglamentaria, constituido por la Orden de 19 de noviembre de 1.997 por el
- > que se concreta el régimen de los permisos de residencia de extranjeros en
- > España por circunstancias excepcionales, ya regulaba las solicitudes de
- > permiso de residencia por razones humanitarias como una más de las
- > comprendidas dentro de las circunstancias excepcionales, atribuyendo
- > competencia para su concesión o denegación el artículo 4o a los Delegados
- > del Gobierno, competencia confirmada para la renovación de esos permisos
- > por el artículo 6o de dicha Orden, sin que quepa entender, además, que el
- > examen de las circunstancias concurrentes para la renovación del permiso,
- > una vez transcurrido el período inicial de su concesión, supone
- > estrictamente la revisión de un pronunciamiento anterior acerca de la
- > concurrencia o no, en aquel momento inicial, de las razones humanitarias a
- > que se refiere el apartado 3.b) del artículo 41 del Reglamento objeto de
- > impugnación.
- >
- > SEGUNDO.- Se impugna, en segundo lugar, por la asociación recurrente el
- > artículo 122.2 del Reglamento aprobado por Real Decreto 864/2.001 de 20 de
- > julio que dispone que <<cuando se siga expediente sancionador por alguna
- > de las infracciones previstas en el artículo 54.2, párrafos a) y b), de la
- > Ley Orgánica 4/2.000, reformada por Ley Orgánica 8/2.000 y los
- > transportistas infrinjan la obligación de tomar a cargo al extranjero
- > transportado ilegalmente, la autoridad podrá acordar alguna de las
- > siguientes medidas: a) suspensión temporal de sus actividades, que no
- > podrá exceder de un período de seis meses, b) prestación de fianza o
- > avales, en atención al número de afectados y al perjuicio ocasionado y c)
- > inmovilización del medio de transporte utilizado hasta el cumplimiento de
- > la referida obligación>>.
- >
- > La recurrente entiende que el artículo 122.2 del Reglamento recurrido es
- > contrario a lo dispuesto en el artículo 13.4 en relación con el 9.2 y 10.2
- > de la Constitución Española, a los artículos 1.a) y 33 de la Convención de
- > Ginebra de 28 de julio de 1.951 relativa al estatuto de los refugiados y
- > al artículo 1 de la Ley de Asilo Española.
- >
- > Conviene comenzar precisando que el precepto objeto de impugnación

> constituye desarrollo de lo dispuesto en el artículo 61.2 de la Ley que
> dispone que en los expedientes sancionadores de la comisión de
> infracciones por transportistas, si éstos infringen la obligación de tomar
> a cargo al extranjero transportado ilegalmente, podrá acordarse la
> suspensión de sus actividades, la prestación de fianzas, avales, o la
> inmovilización del medio de transporte utilizado.
>
> Resulta de lo expuesto que las sanciones previstas como medidas cautelares
> en el artículo 122.2 del Reglamento recurrido están expresamente
> contempladas y autorizadas por la Ley Orgánica 4/2.000 reformada por la
> Ley Orgánica 8/2.000, de donde se deduce la conformidad a derecho del
> precepto recurrido sin que corresponda a la Sala entrar a examinar la
> adecuación a derecho de la norma legal que establece dichas medidas
> cautelares y que, por otro lado, no es tampoco cuestionada por el
> recurrente que centra en realidad su impugnación en el contenido del
> artículo 54 de la Ley que regula las obligaciones de los transportistas
> extranjeros a España, supuesto que no está contemplado en el precepto que
> se considera infringido y que, por lo demás, no es sino aplicación de lo
> dispuesto en el apartado 2 del artículo 26 del Convenio de Aplicación del
> Acuerdo de Schengen que dispone que las partes contratantes se comprometen
> a establecer sanciones contra los transportistas que, por vía aérea o
> marítima, transporten, desde un tercer estado hasta el territorio de las
> partes contratantes, a extranjeros que no estén en posesión de los
> documentos de viaje exigidos.
>
> El contenido de la Directiva 2001/51/CE del Consejo, de 28 de junio de
> 2.001, por la que se completan las disposiciones del artículo 26 del
> Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1.985 no
> resulta aplicable ya que, entre otras razones, la obligación de adaptar
> las disposiciones de dicha Directiva a la normativa interna española
> vencía el 11 de febrero de 2.003 y por tanto no resultaban sus normas de
> aplicación en España al no haber transcurrido el plazo para su
> transposición al derecho interno.
>
> TERCERO.- Impugna por último la asociación recurrente el artículo 138.1
> del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero,
> reformada por la Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre, sobre derechos y
> libertades de los extranjeros en España y su integración social. El citado
> precepto dispone: "De conformidad con lo establecido en el artículo 58.2
> de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000, no será
> necesario expediente de expulsión para la devolución, en virtud de orden
> del Subdelegado del Gobierno, o Delegado del Gobierno en las Comunidades
> Autónomas uniprovinciales, de los extranjeros que se hallaren en alguno de
> los siguientes supuestos: a) Los extranjeros que habiendo sido expulsados
> contravengan la prohibición de entrada en España. A estos efectos, se
> considerará contravenida la prohibición de entrada en España, cuando así
> conste, independientemente de si la misma fue adoptada por las autoridades
> españolas o por las de alguno de los Estados con los que España tenga
> suscrito convenio en ese sentido. b) Los extranjeros que pretendan entrar
> ilegalmente en el país, considerándose incluidos, a estos efectos, a los
> extranjeros que sean interceptados en la frontera, en sus inmediaciones o
> en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta, sin cumplir
> con los requisitos de entrada."
>
> En realidad según se deduce de la argumentación del recurrente en su
> demanda, éste limita la pretensión anulatoria del precepto transcrito a lo
> dispuesto en el apartado b) del mismo por entender, en palabras de la
> demanda, que "la aplicación de la figura de la devolución a extranjeros en
> situación irregular que se encuentran en territorio español, aunque sea en
> sus inmediaciones, en tránsito o en ruta, conlleva una clara alteración de
> la naturaleza y los límites de esta sanción, en especial -añade el
> recurrente-, si se tiene en cuenta la existencia de procedimientos como el
> de expulsión, incluso en su modalidad preferente que podrían aplicarse en
> estos supuestos". En tal sentido critica el recurrente la aplicación de
> "la figura de la expulsión a inmigrantes interceptados a bordo de pateras,
> esquivando la aplicación de las devoluciones para poder solicitar el
> internamiento a la autoridad judicial."

>
> El precepto cuestionado es desarrollo del artículo 58.2 de la Ley de
> Extranjería que limita la no necesidad de expediente de expulsión para la
> devolución de los extranjeros a "los que pretendan entrar ilegalmente en
> el país" (apartado b) además de los que contravengan la prohibición de
> entrada en España como consecuencia de expulsión anterior (apartado a).
>
> En el examen de la cuestión planteada acerca de si el precepto
> reglamentario se extralimita en relación con los términos de la norma
> legal que desarrolla, ha de partirse de la circunstancia de que el mismo
> ha sido ya declarado parcialmente nulo en nuestra Sentencia de 20 de mayo
> de 2.003 en lo que se refiere al inciso "o en el interior del territorio
> nacional en tránsito o en ruta" por lo que, anulado este inciso, carece de
> contenido el recurso respecto a la impugnación del mismo, entendiéndose
> limitada la impugnación -excluida también la interceptación en la
> frontera, supuesto que el recurrente no cuestiona-, al inciso referido a
> "en sus inmediaciones" (de la frontera). Se trata en definitiva de
> determinar si cabe considerar que pretende entrar ilegalmente en el país,
> como exige la ley, y por tanto, la devolución se puede acordar sin
> expediente de expulsión, cuando el extranjero es interceptado en las
> inmediaciones de la frontera sin cumplir con los requisitos de entrada.
>
> A juicio de la Sala el artículo 58.2.b) de la Ley, al referirse a "los que
> pretendan entrar ilegalmente en el país", se está refiriendo, por una
> parte, a la mera tentativa de entrada, como dijimos en la Sentencia de 20
> de marzo de 2.003, y, por otro lado, utiliza un concepto -país- sin
> contenido jurídico propio que, estima la Sala no hace referencia ni al
> espacio aéreo ni a las aguas interiores al mar territorial adyacente a las
> costas, delimitado como mar territorial, comprendiendo tan sólo el espacio
> de tierra firme del territorio nacional.
>
> Entendido así el término "país" resulta acomodado a derecho el precepto
> reglamentario recurrido interpretado en el sentido de que permite la
> devolución del extranjero interceptado tanto en el mismo límite fronterizo
> de la costa como en las inmediaciones de ésta dentro del mar territorial
> español.
>
> Por otro lado la expresión "pretender entrar", utilizada por la norma
> legal, incluye en sus propios términos no sólo la posibilidad de permitir
> la devolución sin expediente de los extranjeros que no cumplan los
> requisitos de entrada y sean interceptados en el límite fronterizo o en
> sus inmediaciones exteriores del mar territorial, sino también de aquéllos
> que, en las mismas condiciones de ilegalidad de entrada, sean objeto de
> una actuación positiva, activa e ininterrumpida, por parte de las
> autoridades españolas, iniciada antes de su entrada en el país ó
> inmediatamente después y al objeto de lograr su interceptación cuando ésta
> se produzca en las inmediaciones de la frontera.
>
> De todo ello resulta la conformidad a derecho de lo dispuesto en el
> artículo 138.1.b) interpretado en los términos expresados.
>
> CUARTO.- No se aprecia la concurrencia de las circunstancias a que se
> refiere el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción en orden a la
> imposición de las costas del presente recurso.
>
> FALLAMOS
>
> Que resolviendo el recurso contencioso administrativo interpuesto por la
> representación de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado contra los
> artículos 41.8, 122.2 y 138.1 del Real Decreto 864/2001 de 20 de julio por
> el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000 de
> 11 de enero, reformada por la Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre,
> sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración
> social, se desestima dicho recurso, declarando la conformidad a derecho de
> dichos artículos 41.8, 122.2 y 138.1, sin perjuicio de la nulidad parcial
> de éste último declarada en Sentencia de 20 de Mayo de 2.003, e
> interpretado el mismo en los términos que resultan del Fundamento de

- > Derecho Tercero de la presente Sentencia; sin condena en costas. El
- > presente fallo se publicará en el Boletín Oficial del Estado.
- >
- > Así por esta nuestra sentencia, , definitivamente juzgando, , lo
- > pronunciamos, mandamos y firmamos . PUBLICACION.- Leída y publicada fue la
- > anterior Sentencia, en audiencia pública, por el Excmo. Sr. D. Agustín
- > Prieto, Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como
- > Secretario certifico.