

Id Cendoj: 28079130052007100215
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 5
Nº de Recurso: 9887/2003
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: PEDRO JOSE YAGÜE GIL
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

EXTRANJEROS. Expulsión.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Marzo de dos mil siete.

VISTO por la Sección Quinta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación nº 9887/2003, interpuesto por LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado, contra Sentencia de 10 de octubre de 2003 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, dictada en el recurso contencioso administrativo número **231** /2003, sobre expulsión del territorio nacional, siendo parte recurrida Doña Montserrat , representada por la Procuradora Doña ROSA MARTÍNEZ SERRANO. Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, se ha seguido el recurso **231** /03, promovido por DOÑA Montserrat , y en el que ha sido parte demandada la Administración General del Estado, sobre expulsión del territorio nacional.

SEGUNDO.- Dicho Tribunal dictó sentencia en fecha 10 de octubre de 2003 , cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "FALLAMOS: Que debemos estimar en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto promovido por DOÑA Montserrat , contra resolución de la Delegación del Gobierno de Cantabria, de fecha 27 de noviembre de dos mil dos, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto frente a la resolución de fecha de 15 de abril de 2002, por la que se acuerda la expulsión del recurrente del territorio nacional, declarando la nulidad de la resolución recurrida por ser contraria al ordenamiento jurídico, sin que proceda hacer mención expresa acerca de las costas procesales causadas, al no haber méritos para su imposición".

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación de la ADMINISTRACIÓN GENERAL 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 octubre de 2003 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 19 de enero de 2004 el 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, y se confirmen íntegramente los actos administrativos recurridos.

QUINTO.- El recurso de casación fue admitido por providencia de 19 de enero de 2005, ordenándose por providencia de 29 de marzo de 2005, entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida a fin de que en el plazo de treinta días pudieran oponerse al recurso, lo que hizo en escrito de oposición al recurso de casación presentado en fecha de 23 de mayo de 2005, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y solicitó se dictara sentencia por la que se desestime el

recurso.

SEXTO.- Por providencia de esta Sala se señaló para votación y fallo de este recurso de casación el día 6 de Marzo de 2007 , 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 9887/2003 la sentencia que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria dictó en fecha 10 de octubre de 2003, por la que se estimó en parte el recurso contencioso administrativo nº 231 /2003, promovido por Doña Montserrat contra la resolución dictada por la Delegación del Gobierno de Cantabria, de fecha 27 de noviembre de 2002, que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 15 de abril de 2002, que decretó la expulsión del territorio nacional de la recurrente, con prohibición de entrada durante tres años, por la comisión de las infracciones graves previstas en el *artículo 53, apartados a) y b), 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 ilegalidad, y por encontrarse trabajando en España sin haber obtenido permiso de trabajo o autorización administrativa para trabajar.

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 las infracciones imputadas a la recurrente pueden ser sancionadas con multa en vez de con la expulsión, por lo que la opción por la expulsión 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.

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, en relación con la proporcionalidad de la sanción, fue indudablemente introducida por el actor en su demanda: en los fundamentos de derecho sustantivos, y más concretamente en el "apartado VI", que argumentó en extenso sobre la infracción del principio de proporcionalidad y la falta de razones justificativas de la opción por la sanción de expulsión.

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 de la Ley Orgánica 4/2000* , pues 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* , 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)*, y el encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida, según el *artículo 53 -b)*, pueden ser sancionados o con multa o con expulsión.

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, o la realización de una actividad profesional sin haber obtenido las autorizaciones pertinentes, 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 tales comportamientos, en principio, como veíamos, se sancionan con multa.

B) Pero en los supuestos en que en el expediente administrativo consten, además de la permanencia ilegal o la realización sin las debidas autorizaciones de una actividad profesional, 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 la recurrente en territorio español y la realización por ella de una actividad profesional sin las autorizaciones administrativas necesarias.

Maticemos, en este sentido, que no es obstáculo para cuanto acabamos de apuntar que la dedicación profesional de la actora fuera el llamado "alterne", pues una jurisprudencia consolidada, plasmada en multitud de sentencias, ha declarado que esa es una actividad lícita como medio de vida, por lo que no cabe extraer de la misma ninguna connotación desfavorable de cara a la graduación de la sanción, más aún cuando no consta en el expediente ningún otro dato relativo a las circunstancias del desempeño de esa

actividad que pudiera justificar una reconsideración de la cuestión.

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*). Esta condena sólo alcanza, por lo que se refiere a la minuta de Letrado, a la cantidad máxima de 2.000'00 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.

FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación nº 9887/03 interpuesto por el Sr. Abogado del Estado contra la sentencia de fecha 10 de octubre de 2003, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en su recurso contencioso administrativo nº **231** /2003.

Y condenamos a la Administración del Estado en las costas de casación, en la forma dicha en el séptimo fundamento de Derecho de esta sentencia.

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.