



Roj: **STS 2506/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2506**

Id Cendoj: **28079130052018100282**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **02/07/2018**

Nº de Recurso: **333/2017**

Nº de Resolución: **1118/2018**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **JOSE JUAN SUAY RINCON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 2797/2016,**
ATS 12244/2017,
STS 2506/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1.118/2018

Fecha de sentencia: 02/07/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **333/2017**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/06/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Juan Suay Rincon

Procedencia: T.S.J.PAIS VASCO CON/AD SEC.2

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

Transcrito por: Jas

Nota:

R. CASACION núm.: **333/2017**

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Juan Suay Rincon

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1118/2018

Excmos. Sres.

D. Jose Manuel Sieira Miguez, presidente



D. Rafael Fernandez Valverde
D. Octavio Juan Herrero Pina
D. Juan Carlos Trillo Alonso
D. Wenceslao Francisco Olea Godoy
D. Jose Juan Suay Rincon
D. Cesar Tolosa Tribiño

En Madrid, a 2 de julio de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº **333/2017** interpuesto por el procurador de los tribunales don Miguel Ángel Ayso Morales, en nombre y representación de don Anselmo , y defendido por el letrado don Francisco José Maganto Rueda, contra la sentencia nº 382/2016 dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en fecha 14 de septiembre de 2016 , en el recurso de apelación nº 746/2015, sobre extranjería; ha sido parte recurrida la Administración General del Estado, representada y asistida por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Juan Suay Rincon.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso de apelación nº 746/2015, seguido en la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, el 14 de septiembre de 2016 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"I.- Estimamos el presente recurso de apelación nº 746/2015, interpuesto contra la sentencia número 135/2015, de 7 de julio, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Donostia-San Sebastián en el procedimiento abreviado número 78/2015, por la que se anuló la resolución de 18 de diciembre de 2014 de la Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa, por la que se impuso al interesado la sanción de expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada de 3 años, como responsable de una infracción de estancia irregular en España.

II.- Revocamos y dejamos sin efecto la sentencia apelada.

III.- Desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto y confirmamos la resolución recurrida.

IV.- Sin imposición de las costas de la apelación y con imposición de las de instancia en los términos del último fundamento jurídico".

SEGUNDO.- El recurrente preparó recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que la Sala sentenciadora tuvo por preparado por auto de 14 de diciembre de 2016 , completado por otro de 11 de enero de 2017 , ordenando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones, y personada don Anselmo como parte recurrente, y con la Administración General del Estado, como parte recurrida, pasan al ponente para que proponga a la Sala la resolución que proceda, por auto de 23 de octubre de 2017 la Sección Primera de esta Sala acordó admitir a trámite el recurso de casación preparado por la procuradora Dña. Teresa Martínez Sánchez, en representación de D. Anselmo , contra la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 14 de septiembre de 2016, dictada en el recurso de apelación nº 746/2015 , deducido frente a la sentencia -nº 135/15, de 7 de julio- del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de San Sebastián (P.A. 78/15).

CUARTO.- Por diligencia de ordenación de 31 de marzo de 2017 se dispuso la remisión de las actuaciones a esta Sección Quinta para su tramitación y decisión, y por otra de 23 de noviembre de 2017, una vez designados abogado y procurador del turno de oficio, se confirió a la parte recurrente el plazo de treinta días para presentar su escrito de interposición.

QUINTO.- Por escrito de 23 de noviembre de 2017 el procurador Sr. Ayuso Morales Calle, en la representación que ostenta de la parte recurrente, con exposición razonada de las infracciones normativas y/o jurisprudenciales identificadas en el escrito de preparación, precisa el sentido de las pretensiones que deduce y los pronunciamientos que solicita, terminando por interesar el dictado de una sentencia que, casando y anulando la recurrida, estime plenamente el recurso de casación interpuesto.



SEXTO.- Por providencia de 19 de diciembre de 2017 se acordó dar traslado a la parte recurrida a fin de que en el plazo de treinta días pudiera oponerse al mismo. Siendo evacuado el trámite conferido por la Administración General del Estado mediante escrito de fecha 1 de febrero de 2018, en el que interesó a la Sala que dictara una sentencia plenamente desestimatoria, declarando que la contestación a la cuestión suscita debe ser negativa, esto es, que la anulación de la resolución exige que la elección del procedimiento preferente sea manifiestamente indebida y que se acredite concretamente la indefensión originada por dicha decisión.

SÉPTIMO.- Atendiendo a la índole del asunto, se consideró innecesaria la celebración de vista pública, declarando concluso el procedimiento y, mediante providencia se señaló para votación y fallo el 20 de junio de 2018, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de este recurso la anulación de la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 14 de septiembre de 2016, por la que se estimó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Donostia-San Sebastián, de 7 de julio de 2015, por la que se anuló la resolución de 18 de diciembre de 2014 de la Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa, por la que se impuso al recurrente la sanción de expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada de 3 años, como responsable de una infracción de estancia irregular en España.

SEGUNDO.- La resolución impugnada en casación vino a revocar otra anterior dictada en primera instancia, como acabamos de indicar, de la que conviene comenzar ante todo por dar debida cuenta. Tras referirse a su objeto (FD 1º) y pretensiones de las partes (FD 2º y 3º) es en el siguiente FD 4º en el que se examina propiamente el recurso.

Y la cuestión litigiosa queda perfectamente concretada a partir de la parte recurrente:

"Alega en primer lugar la parte recurrente la nulidad de actuaciones, pues el expediente de expulsión debió ser tramitado por los cauces del Procedimiento Ordinario previsto en el art. 63 bis y no a través del Procedimiento Preferente, por no concurrir las circunstancias que para ello exigiría el art. 63.1 de la LO 4/2000, de 11 de enero."

Así centrada la controversia, con apoyo en una Sentencia de 24 de febrero de 2012, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que asimismo se reproduce, concluye la resolución dictada en primera instancia que no existe en el caso el peligro o riesgo de incomparecencia, que es uno de los supuestos legalmente previstos por el que cabe acogerse a la tramitación del procedimiento preferente, y el que concretamente se controvierte en el supuesto de autos. Por las razones que a continuación dejamos también consignadas:

"En el presente caso, aplicando la doctrina contenida en la meritada Sentencia, resulta que ya en la propia denuncia la policía consigna (folio 3 del expediente) que el recurrente mostró en el momento de su identificación un permiso de residencia, si bien estaba caducado, y posteriormente, en trámite de alegaciones, presentó numerosa documental entre la que se encontraba el citado permiso de residencia, así como tarjeta sanitaria, informe de Lanbide sobre la participación del recurrente en cursos de formación, fotocopia del pasaporte, informe de vida laboral, declaración de renta, etc (folios 18 y 22, del expediente). En definitiva, que el recurrente no está en modo alguno inidentificado a los efectos de servir de base a un peligro o riesgo de incomparecencia por lo que la aplicación del régimen del procedimiento preferente fue excesivamente rigurosa, dadas sus consecuencias realmente perjudiciales para el administrado, sobre todo en orden a su posibilidad de salida voluntaria y no prohibición de retorno. Por ello la actuación de la administración debe considerarse que excedió de lo que le facultaba la ley y que perjudicó clara y totalmente al administrado, pese a la queja durante la tramitación de su Abogado. Ello determina la anulación de lo actuado en vía administrativa, previa estimación del recurso interpuesto, sin necesidad de entrar en el resto de alegaciones esgrimidas por el recurrente."

El recurso contencioso-administrativo vino así a resultar estimado, con imposición de la condena en costas a la parte demandada (FD 4º).

TERCERO.- En apelación, sin embargo, vino a revocarse la sentencia dictada en primera instancia, como asimismo adelantamos. Delimitado ante todo el objeto del proceso (FD 1º), interesa detenerse en el siguiente FD 2º, porque es en el que se reconsidera la solución propinada con anterioridad. Tras dar cuenta así de los términos del acuerdo de iniciación del procedimiento preferente:

"La denuncia efectuada por los funcionarios de policía que obra al folio 3 del expediente, pone de manifiesto que en el momento de la detención del recurrente el mismo mostró la tarjeta de residencia caducada el 12 de



diciembre de 2012 cuya fotocopia obra incorporada al folio 18 del expediente administrativo. Ello no obstante, el acuerdo de iniciación del procedimiento que obra a los folios 5 y 6, identifica al recurrente en virtud de la citada tarjeta, pero pone de manifiesto que se halla indocumentado, que carece de arraigo en España y que carece de domicilio conocido, constándole una previa salida obligatoria incumplida como consecuencia de la resolución denegatoria de la solicitud de autorización de residencia."

La resolución impugnada ahora en casación sitúa la controversia, justamente, en torno a una deficiente motivación de dicho acuerdo y concluye que el defecto que se le imputa carece de virtualidad invalidante, en la medida en que no se ha producido indefensión:

"la tramitación del procedimiento preferente sin justificar debidamente su pertinencia al inicio del procedimiento (art.234 RLOEX), constituye un defecto de forma que por sí mismo no es invalidante de conformidad con lo dispuesto por el art. 63.2 LRJAP y PAC si no ha causado indefensión, de forma que la anulación de la resolución por dicha causa, no sólo exige argumentar que no concurren los supuestos excepcionales que justifican legalmente la tramitación del procedimiento preferente, sino además argumentar que su tramitación ha causado indefensión privando al interesado de posibilidades concretas de defensa, o bien le ha perjudicado concretamente por haberse adoptado contra él una medida cautelar de internamiento, o bien por haberse ejecutado inmediatamente la resolución impidiéndole abandonar voluntariamente el territorio español, privándole de la posibilidad de interesar la revocación de la prohibición de entrada."

Tampoco, en cualquier caso, la resolución impugnada está exenta de motivación:

"En el supuesto de autos, aun cuando el acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador no expresa concretamente cuál de las circunstancias que a tenor de los artículos 63 LOEX y 234 RLOEX justifica la tramitación del procedimiento preferente, sin embargo, no por ello carece de motivación habida cuenta de que, aun cuando fuera posible determinar su identidad mediante la tarjeta de residencia caducada, el interesado no se identificó con su pasaporte, carecía de domicilio conocido y de arraigo en España, constándole el incumplimiento de una previa salida obligatoria en virtud de una resolución denegatoria de la autorización de residencia. Son éstas las circunstancias concretas que debieron ser ponderadas a la hora de determinar la tramitación del procedimiento preferente o del procedimiento ordinario en el acuerdo de iniciación, y no las que resultan del escrito de alegaciones efectuado en el mismo y de la documentación aportada."

Por lo que, en definitiva:

"A juicio de la Sala, no cabe apreciar la nulidad de la resolución recurrida por la razón de que se tramitara el procedimiento preferente en lugar del procedimiento ordinario, ya que ello constituye, en su caso, un mero defecto formal, en la medida en que no ha causado indefensión alguna, ni el recurrente alega que haya determinado las consecuencias adversas al privarle de la posibilidad de salir voluntariamente de España y de obtener a partir de dicho supuesto la revocación de la prohibición de entrada.

Procede, en consecuencia, estimar el recurso de apelación y revocar la sentencia apelada, lo que sitúa a la Sala en la posición de tribunal de instancia y lo obliga a resolver las cuestiones planteadas en la misma."

Dedica la resolución recurrida ahora en casación su siguiente FD 3º a justificar la proporcionalidad de la medida acordada, esto es, en lugar de la expulsión la imposición de la multa asimismo legalmente prevista para el caso; con base en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencia de 23 de abril de 2015); pero carece ello de relevancia a los efectos de solventar el presente recurso en tanto que la controversia ahora en casación ya no se extiende a esta cuestión.

Por cuanto antecede, en cualquier caso, se estima el recurso de apelación sin imposición de condena en costas, aunque en primera instancia las costas se imponen a la parte recurrente (FD 4º).

CUARTO.- De acuerdo con los términos en que el recurso vino a admitirse a trámite en esta sede, la cuestión de interés casacional para la formación de jurisprudencia, según el auto dictado por la Sección Primera (Sección de Admisión) de este Tribunal Supremo de 23 de abril de 2017 , en efecto, viene a consistir exclusivamente en determinar si la elección del procedimiento preferente previsto en el art. 63 de la LOEX -sin justificar debidamente su pertinencia al inicio del procedimiento- es una mera irregularidad formal no invalidante si no ha causado indefensión material, lo que exige acreditar -no solo argumentar- que su tramitación ha privado concretamente al expedientado de posibilidades de defensa o le ha perjudicado por haberse adoptado la medida cautelar de internamiento, o se ha ejecutado inmediatamente la expulsión, impidiéndole abandonar voluntariamente nuestro país, privándole de la posibilidad de solicitar la revocación de la prohibición de entrada, o, por el contrario, siempre supone un defecto esencial que comporta la anulación de la resolución sancionadora, identificándose como la norma jurídica que, en principio, debe ser objeto de interpretación el artículo 63 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero , sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.



QUINTO.- Atendiendo a los términos en que se plantea consiguientemente la cuestión de interés casacional en este caso, comencemos ante todo por reproducir el tenor literal del artículo 63.1 de la Ley 4/2000 :

"Incoado el expediente en el que pueda proponerse la expulsión por tratarse de uno de los supuestos contemplados en el artículo 53.1.d), 53.1.f), 54.1.a), 54.1.b), y 57.2, la tramitación del mismo tendrá carácter preferente.

Igualmente, el procedimiento preferente será aplicable cuando, tratándose de las infracciones previstas en la letra a) del apartado 1 del artículo 53, se diera alguna de las siguientes circunstancias:

- a) riesgo de incomparecencia.
- b) el extranjero evitara o dificultase la expulsión, sin perjuicio de las actuaciones en ejercicio de sus derechos.
- c) el extranjero representase un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional."

Como la infracción imputada en el supuesto de autos es la tipificada por el artículo 53.1 a) de la Ley, y se trata por tanto de una de las infracciones a la que el precepto reproducido se refiere, resultará ajustada a derecho la tramitación del procedimiento preferente, si concurre en el caso alguno de los tres supuestos legalmente previstos a tal efecto que el precepto transcrito igualmente establece.

No se le ocultan a la Sala de apelación las relevantes diferencias existentes en el régimen jurídico previsto para el procedimiento preferente y el procedimiento ordinario, unas diferencias, antes bien, de las que no deja de dar cuenta de forma resumida en uno de sus pasajes:

"En atención a dichas especiales circunstancias, en el procedimiento preferente se abrevian los plazos y los trámites (art.63.4 y 5 LOEX y 235 RLOEX), se autoriza la medida cautelar de internamiento (art.63.2 LOEX), y se dispone la ejecución inmediata de la expulsión (art.63.7 LOEX y 236 RLOEX), ello frente al procedimiento ordinario (arts.63 bis LOEX y 226 a 2333 RLOEX), en el que los plazos son más dilatados, hay trámite de prueba y de audiencia previa a la resolución, no cabe adoptar la medida cautelar de internamiento y la ejecución de la resolución cuenta con un plazo de cumplimiento voluntario, que posibilita al interesado solicitar la revocación de la prohibición de entrada (art.58.2 LOEX y 245.2 RLOEX)."

A los efectos de solventar adecuadamente el presente recuso, sin embargo, es importante dejar bien centrada la controversia suscitada en el mismo.

A) La existencia en la tramitación del procedimiento de un conjunto garantías de distinto alcance, que no resultan coincidentes con las establecidas para el procedimiento ordinario, lo reconoce la propia resolución recurrida, como acabamos de ver.

Sin embargo, la controversia que se ha dado lugar a las actuaciones practicadas en la instancia no se sitúa propiamente en la elección irregular de un procedimiento en lugar del jurídicamente correcto, esto es, del legalmente establecido para acordar una determinada resolución, con las consecuencias que resultarían inherentes a ello.

Es importante advertir que las discrepancias entre las dos resoluciones dictadas en la instancia no se sitúan en este punto, sino en que, mientras para la resolución dictada en primera instancia no hay riesgo de incomparecencia del extranjero incurso en situación irregular y, por tanto, no es procedente la aplicación del procedimiento preferente, en cambio, sí que existe el riesgo indicado para la resolución dictada en segunda instancia y, por tanto, ha lugar a la tramitación del caso bajo al procedimiento preferente.

La conclusión así alcanzada en torno a esta cuestión vino a producirse en primera instancia sobre la base de la concurrencia de una circunstancia que no deja de expresarse ("el recurrente mostró en el momento de su identificación un permiso de residencia, si bien estaba caducado, y posteriormente, en trámite de alegaciones, presentó numerosa documental entre la que se encontraba el citado permiso de residencia, así como tarjeta sanitaria, informe de Lanbide sobre la participación del recurrente en cursos de formación, fotocopia del pasaporte, informe de vida laboral, declaración de renta, etc").

Pero, en apelación, teniendo en cuenta no solo aquella sino también otras circunstancias, se llega a una distinta valoración sobre la existencia en el caso de un riesgo de incomparecencia del extranjero ("el interesado no se identificó con su pasaporte, carecía de domicilio conocido y de arraigo en España, constándole el incumplimiento de una previa salida obligatoria en virtud de una resolución denegatoria de la autorización de residencia. Son ésas las circunstancias concretas que debieron ser ponderadas a la hora de determinar la tramitación del procedimiento preferente o del procedimiento ordinario en el acuerdo de iniciación").



Pues bien, ahora, en casación, es en lo que declara esta última resolución en lo que hemos de situarnos como punto de partida, sin que ahora podamos venir en esta sede a enervar su criterio y expresar una opinión distinta sobre la existencia de riesgo de incomparecencia.

B) Partiendo, pues, de la indicada valoración de la que como decimos no podemos ahora desmarcarnos, la cuestión a elucidar en esta sede consiste en determinar las consecuencias que en derecho cumple deducir a resultas de la existencia de un déficit en la motivación exteriorizada por el acuerdo de iniciación del procedimiento preferente, esto es, no se trata de terciar en la controversia sobre si hay o no riesgo de incomparecencia en el caso, sino que, dando por inconcusa la existencia de dicho riesgo, lo que hemos de determinar es si no se ha motivado la concurrencia de dicho supuesto suficientemente, o no se ha procedido a efectuar la motivación requerida legalmente de forma suficientemente precisa; y, sobre todo, las consecuencias que habría de deducir de la existencia del indicado "déficit" de motivación.

Pero, como no nos cansamos de repetir, partiendo de la concurrencia de uno de los supuestos de hecho legalmente previstos determinante de la iniciación del procedimiento por esta vía (en el caso de autos, riesgo de incomparecencia), y sin hacer supuesto ahora de esta cuestión.

Así las cosas, y siendo procedente entonces en todo caso el procedimiento preferente, hemos de coincidir con el criterio sustentado por la Sala de apelación.

Se trata, en efecto, el indicado defecto de motivación de una irregularidad no invalidante que no produce indefensión. Porque el recurrente ha podido defenderse y participar en todos los trámites dispuestos a su disposición en el marco de lo establecido para el procedimiento preferente, que era el de aplicación al caso, habida cuenta del riesgo de incomparecencia existente.

Por otra parte, no es que faltara en realidad la requerida motivación, de acuerdo con los términos de la sentencia impugnada ahora en casación, sino que el quicio de la cuestión lo sitúa la Sala de apelación, más limitadamente, en que era insuficiente la que se esgrimía.

Así las cosas, cumple concluir que no se resienten las garantías de los particulares en el ejercicio de los derechos de defensa, en supuestos como el de autos. Porque, al ser objetivos y reglados, y no más que tres los supuestos legales que permiten acudir al procedimiento preferente para la expulsión de los extranjeros que pudieran encontrarse incurso en situación irregular, cabe deducir los términos en que se sitúa la controversia en cada caso, en función de las circunstancias concurrentes, para determinar si, primero, ha lugar a la tramitación del indicado procedimiento y para apreciar, después, si resulta o no procedente acordar la medida de la expulsión.

Ante la efectiva concurrencia de alguno de tales supuestos, pues, la existencia de una insuficiente motivación en el acuerdo de iniciación del procedimiento carece de trascendencia (virtualidad) invalidante. Así hemos de dar respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia que se plantea en el presente recurso; y así también hemos de venir ahora, por tanto, a acordar la desestimación el presente recurso. Lo que no cabe es ir más allá de tales supuestos, y desbordar de dicho modo el marco al que hemos de atenarnos para la resolución de este recurso.

SEXTO.- En atención al artículo 93.4 LJCA , al no apreciarse mala fe o temeridad en alguna de las partes, procede que cada una de ellas abone las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación efectuada en el FJ 5º:

1º) Desestimar el recurso de casación RCA **333/2017**, interpuesto por don Anselmo contra la sentencia nº 382/2016 dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en fecha 14 de septiembre de 2016 , en el recurso de apelación nº 746/2015, sentencia que confirmamos por ser ajustada a Derecho.

2º) Ordenar que, en cuanto a las costas causadas en la tramitación de este recurso de casación, cada parte abone las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Jose Manuel Sieira Miguez. D. Rafael Fernandez Valverde D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Juan Carlos Trillo Alonso, D. Wenceslao Francisco Olea Godoy,



D. Jose Juan Suay Rincon D. Cesar Tolosa Tribiño,

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Jose Juan Suay Rincon, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ