



Roj: **STS 3321/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3321**

Id Cendoj: **28079130052019100265**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **09/10/2019**

Nº de Recurso: **5076/2018**

Nº de Resolución: **1334/2019**

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

Ponente: **INES MARIA HUERTA GARICANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 1843/2018,**
ATS 1532/2019,
STS 3321/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1.334/2019

Fecha de sentencia: 09/10/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 5076/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/09/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ines Huerta Garicano

Procedencia: T.S.J.PAIS VASCO CON/AD SEC.3

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

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 5076/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ines Huerta Garicano

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1334/2019

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Jose Manuel Sieira Miguez, presidente

D. Rafael Fernandez Valverde



D. Octavio Juan Herrero Pina

D^a. Ines Huerta Garicano

D. César Tolosa Tribiño

D. Francisco Javier Borrego Borrego

En Madrid, a 9 de octubre de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 5076/2018, interpuesto por la Procuradora Dña. M^a Luisa Martínez Parra, actuando en nombre y representación de D. Bernabe , contra la sentencia nº 209/18, de 3 de mayo, de la Sección Segunda de Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J. del País Vasco, confirmatoria en apelación (41/18) de la nº 166/17 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Bilbao, que con estimación parcial (en el único particular de reducir a dos años la prohibición de entrada en España) del P.A. 40/17, entablado frente a la resolución del Subdelegado del Gobierno en Vizcaya de 14 de diciembre de 2016, que, en aplicación del art. 57.2 L.O. 4/00 en relación con los arts. 15.1.c) y 15.5 del R.D. 240/07, le impuso la sanción de expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada, quedando extinguida la autorización de residencia permanente comunitaria de la que era titular.

Ha comparecido, como parte recurrida, el Sr. Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Ines Huerta Garicano.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Antecedentes administrativos:

1) El recurrente es ciudadano argelino, titular de una tarjeta comunitaria de residencia permanente en cuanto casado con una española, con más de 10 años de residencia.

2) En la antedatada resolución administrativa (14 de diciembre de 2016) consta: <<Con fecha 11/08/2016, D. Bernabe fue identificado por funcionarios adscritos a la Comisaría Provincial de Bilbao, constatando en dicho acto que el mismo se encuentra internado en el Centro Penitenciario de DIRECCION000 (Bizkaía), cumpliendo la pena de prisión impuesta por las siguientes causas judiciales: por el Juzgado de lo Penal, 7 de Bilbao, 18 meses y 6 días de prisión por un delito de robo con fuerza; por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Alicante, 16 meses de prisión, por un delito de robo; por el Juzgado de lo Penal nº 7 de Bilbao, 2 años de prisión; también por delito de robo con fuerza y receptación por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Alicante. Consultado con el Registro Central de Penados, le figuran antecedentes penales por siete condenas en sentencia judicial firme.

Por dichos hechos, **se incoa el correspondiente expediente sancionador notificado en fecha 11/08/2016**, al considerar que los mismos constituyen infracción grave administrativa tipificada en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la L.O. 2/2009.....Los hechos anteriormente citados, constituyen **infracción administrativa tipificada en el art. 57.2 de la L.O. 4/2000 puesta en relación con los arts. 15.1.c) y 15.5 del R.D. 240/2007**, por haber quedado probado y acreditado que la conducta del interesado es antisocial por la reiteración delictiva que constituye amenaza real que atenta contra la seguridad pública en la sociedad de acogida, justificado por la existencia de numerosas condenas judiciales por delitos castigados con pena de prisión, que está cumpliendo en la actualidad. No consta, como residente de familiar, esté cumpliendo de forma efectiva los deberes impuestos por la patria potestad de su hijo que tiene con una ciudadana española. Que el informe-dictamen emitido por los Servicios Jurídicos del estado en Bizkaia, es favorable a la procedencia de la expulsión del interesado>>.

3) La resolución fue notificada el **21 de diciembre de 2016**.

SEGUNDO.- La sentencia recurrida:

En lo que a esta sentencia interesa -dada la cuestión planteada en el auto de admisión-, la sentencia del Juzgado nº 4 de Bilbao consideró, frente a la posición del recurrente (entiende que estamos ante un procedimiento limitativo de derechos no sancionador), que <<no cabe defender que no se trate de un procedimiento sancionador, toda vez que lo que se aplica es precisamente la regulación contenida en el art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su Integración Social, precepto contenido dentro del Título III que lleva por rúbrica de las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador. **Es claro, por tanto, que tratándose de un procedimiento sancionador, la competencia y plazos de resolución son correctos**>>.



La Sección Segunda de la Sala de Bilbao, confirmando sustancialmente en apelación la precitada sentencia, rechaza el criterio del apelante porque <<...aun partiendo de la premisa discutible de que el procedimiento de expulsión tramitado no tenga el carácter de sancionador, base de la cual deriva, la alegación de caducidad y demás subsiguientes defectos formales, y siendo la cuestión debatida esencialmente jurídica, se ha de partir de que el artículo 42.2 de la Ley 30/1992, ya derogado pero aplicable al caso de autos, dispone que "El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento. Este plazo no podrá exceder de seis meses salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria europea". Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, la consecuencia, lo es la naturaleza del silencio que debía operar, silencio positivo o negativo, y cabe la resolución tardía. Por lo tanto, se desestima este motivo de recurso.

El extranjero que tiene nacionalidad argelina, dispone de una residencia permanente de familiar de ciudadano comunitario, consecuencia de su matrimonio con una ciudadana española, y resulta de aplicación lo recogido en la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero, que reenvía en lo previsto en materia de procedimiento al Reglamento de la Ley Orgánica de Extranjería y por ello al Decreto 557/2011, a su artículo 225, donde establece el plazo máximo en que deben notificar las resoluciones sancionadoras de 6 meses, desde la iniciación>>.

TERCERO.- Preparación del recurso de casación:

La representación procesal de D. Bernabe , presentó escrito de preparación de recurso de casación, en el cual, tras justificar el cumplimiento de los requisitos relativos al plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución, identificó, como normas que consideraba infringidas, el art. 15.1.c) del RD 240/07, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el acuerdo sobre el espacio Económico Europeo; DA Segunda y DF Cuarta del citado RD 240/07; y arts. 42 y 44 Ley 30/92, de 26 de noviembre, haciendo el preceptivo juicio de relevancia y, argumentando que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia conforme - art. 88.2.a) LJCA- por contradicción con la sentencia de la Sección Segunda del T.S.J del País Vasco, nº 109/17, de 25 de enero (apelación 668/16).

Mediante auto de 3 de julio de 2018, la Sección Tercera de la Sala de Bilbao, tuvo por preparado el recurso, ordenando el emplazamiento de las partes ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el plazo de treinta días, con remisión de las actuaciones.

La Sala emitió -al amparo 89.5 LJCA- opinión sucinta sobre la existencia de interés casacional objetivo en los siguientes términos: <<La parte trata de justificar el interés casacional objetivo alegando que existirían sentencias contradictorias sobre la cuestión objeto del procedimiento. La cuestión fundamental sobre la que versa la controversia es la relativa a si la expulsión del territorio nacional prevista en el artículo 15 del Real Decreto 240/2007, de dieciséis de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de los ciudadanos de los estados miembros de la Unión Europea y de otros estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, tiene o no naturaleza sancionadora. La parte recurrente sostiene que no y que, en consecuencia, el plazo de caducidad del procedimiento sería el de tres meses. En el caso que ahora nos ocupa, este plazo de tramitación se habría superado. En consecuencia, sostiene el recurrente que el expediente debería haber sido archivado. Esta tesis es la asumida por la sentencia de la sección 2ª de esta Sala Sin embargo, la sentencia recurrida llega a la conclusión contraria. De tal modo que, el hecho de que no exista jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre este punto concreto ha llevado a que se mantengan posiciones encontradas en las distintas secciones de este órgano. Ello nos muestra la conveniencia de contar con un pronunciamiento del alto tribunal que permita unificar criterios y evitar así que puedan darse tratos diferenciados injustificados ante situaciones idénticas>>

CUARTO.- Admisión del recurso:

Recibidas las actuaciones y personadas las partes ante este Tribunal, la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo dictó auto el 18 de febrero del corriente 2019, por el que se acordó:

<<1º) Admitir el recurso de casación nº 5076/18, preparado por la representación procesal de D. Bernabe , contra la sentencia -nº 209/18, de 3 de mayo-, apelación nº 41/18, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del País Vasco.

2º) Precisar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar el plazo máximo de tramitación del procedimiento de expulsión desde su inicio hasta la notificación de la resolución del mismo.

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación: art. 15.1.c del RD 240/07, de 16 de febrero, DA Segunda del RD 240/07, DF Cuarta RD 240/07, artículos 42 y 44 Ley 30/92, de 26 de



noviembre ello sin perjuicio de que la Sala de enjuiciamiento pueda extenderse a otras, si así lo exigiese el debate procesal finalmente trabado (art. 90.4 LJCA)>>.

QUINTO.- Interposición del recurso:

Abierto el trámite, la representación procesal del recurrente -D. Bernabe -, presentó escrito de interposición, por entender <<que dicho procedimiento no tiene carácter sancionador, tratándose de una medida de limitación de derechos de ciudadanos al haberse iniciado de oficio por la Administración, en virtud del artículo 15 del RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Al no existir norma que fije la caducidad del procedimiento, nos debemos remitir a la normativa general de los procedimientos aplicando el art. 42 Ley 30/92, que fija el plazo máximo de la caducidad en tres meses. Por tanto, la resolución de expulsión acordada de D. Bernabe sería nula por haberse dictado fuera de plazo>>.

Considera infringidos el artículo 15, disposición adicional segunda y disposición final 4 del Real Decreto 240/17, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, y, los artículos 42 y 44 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, que tienen su equivalencia en los artículos 21.3 y 25.1b), respectivamente, de la actual Ley en vigor de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 39/2015, de 1 de octubre).

Concluyó, solicitando:

<<1º) que con estimación del presente recurso de casación se anule la sentencia impugnada, con imposición de las costas del recurso a la parte recurrida.

2º) Que como consecuencia de la estimación del recurso de casación y la consiguiente anulación de la sentencia impugnada, el Tribunal Supremo se sitúe en la posición procesal propia del Tribunal de instancia, y entre al examen del fondo del asunto, procediendo a la resolución del litigio en los términos en que quedó planteado el debate procesal en la instancia;

3º) y en consecuencia estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto por esta parte contra la Resolución de catorce de diciembre de dos mil dieciséis del Subdelegado de Gobierno en Bizkaia, que acordó la expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada en España a D. Bernabe , en los términos solicitados en el escrito de demanda>>.

SEXTO.- Oposición y Señalamiento

El Sr. Abogado del Estado presentó escrito en el que entendía que

<<El Decreto 240/2007 no establece específicamente el plazo del procedimiento en el que deberá llevarse a cabo la expulsión prevista en su art. 15.1c) por lo cual resulta de aplicación su disposición adicional 2ª conforme a la cual: "En lo no previsto en materia de procedimientos en el presente Real Decreto, se estará a lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su Reglamento, aprobado (entonces) por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre..."

Por ello, actualmente hay que acudir a lo dispuesto en el art. 225.1 del Decreto 557/2011, de 20 de abril, que constituye el vigente Reglamento de Extranjería a cuyo tenor: "El plazo máximo en que debe dictarse y notificarse la resolución que resuelva el procedimiento [sancionador] será de seis meses desde que se acordó su iniciación, sin perjuicio de lo dispuesto para el procedimiento simplificado en el artículo 238".

El escrito de interposición se apoya en la sentencia del TSJ del País Vasco de 25 de enero de 2017, apelación 668/2016, que considera que la expulsión decretada "no se enmarca en el ámbito de un procedimiento sancionador" sin mayores explicaciones.

Sin embargo, parece evidente que la expulsión del art. 15.1.c) del Real Decreto 240/2007 no puede tener otra naturaleza que la de ser una resolución de carácter sancionador al igual que tiene también esa naturaleza en el régimen general aplicable a extranjeros no comunitarios o no vinculados con comunitarios.

En consecuencia, no existe ninguna razón para acudir al plazo de caducidad de tres meses de la Ley 30/1992 sino que ese plazo deberá ser el de seis meses del mencionado art. 225.1 del Reglamento de Extranjería>>.

Conclusas las actuaciones y no habiéndose solicitado la celebración de vista, sin que la Sala la considerase necesaria, se señaló, para deliberación, votación y fallo, la audiencia del día 17 de septiembre de 2019, que se prolongó hasta la audiencia del día 1 de octubre, inclusive.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso:

El objeto del presente recurso, conforme a lo establecido en el auto de admisión, consiste en determinar -con interpretación de los arts. 15.1.c); DA Segunda y DF Cuarta del RD 240/07, y, artículos 42 y 44 Ley 30/92, de 26 de noviembre- el plazo máximo de tramitación del procedimiento para la imposición de la medida de expulsión, desde su inicio hasta la notificación de la resolución final.

La cuestión planteada lo ha sido en relación con la expulsión prevista en el art. 15.1.c) del R.D. 240/07 (Capítulo VI, "Limitaciones por razones de orden público, seguridad y salud pública"), que, bajo la rúbrica "Medidas por razones de orden público, seguridad y salud pública", en lo que aquí interesa, dispone (en parecidos términos que la Directiva 2004/38/CE del Parlamento y el Consejo, que traspone dicho Real Decreto), en el segundo párrafo del citado art. 15.1.c), que <<Únicamente podrá adoptarse una decisión de expulsión respecto a ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, **o a miembros de su familia, con independencia de su nacionalidad, que hayan adquirido el derecho de residencia permanente en España, si existen motivos graves** de orden público o seguridad pública. Asimismo, antes de adoptarse una decisión en ese sentido, se tendrán en cuenta la duración de la residencia e integración social y cultural del interesado en España, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, y la importancia de los vínculos con su país de origen>>.

Su apartado 5 dice: <<5. La adopción de una de las medidas previstas en los apartados anteriores 1 a 4 se atenderá a los siguientes criterios:

a) Habrá de ser adoptada con arreglo a la legislación reguladora del orden público y la seguridad pública y a las disposiciones reglamentarias vigentes en la materia.....

c) No podrá ser adoptada con fines económicos.....d) Cuando se adopte por razones de orden público o de seguridad pública, **deberán estar fundadas exclusivamente en la conducta personal de quien sea objeto de aquéllas, que, en todo caso, deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, y que será valorada, por el órgano competente para resolver, en base a los informes de las Autoridades policiales, fiscales o judiciales que obren en el expediente. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá, por sí sola, razón para adoptar dichas medidas >>.**

Sin embargo, en este caso, la expulsión **se ha impuesto, como sanción y en el seno de un procedimiento sancionador, en aplicación del art. 57.2 de la L.O. de Extranjería:** <<Asimismo, constituirá causa de expulsión previa, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados>>, "en relación con el art. 15.1.c) y 15.5 - más arriba transcritos- del R.D. 240/07".

Por tanto, siendo el procedimiento sancionador y habiéndose decretado la expulsión como sanción (en aplicación del art. 57.2), sin que se hayan discutido extremos como la regularidad del procedimiento y de la sanción impuesta, sino la caducidad de un procedimiento inexistente, no procede interpretar dicho precepto, ni contestar a la cuestión tal como ha sido formulada.

SEGUNDO.-Respuesta a la cuestión interpretativa planteada por el auto de admisión:

Sobre la base de cuanto ha quedado expuesto y expresando el parecer mayoritario de la Sala, hemos de reconducir la cuestión al verdadero supuesto de hecho: resolución administrativa -dictada en procedimiento sancionador- que impone una sanción de expulsión en aplicación del art. 57.2 L.O. 4/0 "en relación con el art. 15.c y 15.5 del R.D. 240/07", es claro que -con base en el art. 225 del Reglamento de Extranjería-, el plazo máximo para resolver los procedimientos sancionadores es de 6 meses, computados desde la fecha en que se notificó el acuerdo de incoación, transcurrido los cuales, se produce la caducidad del procedimiento, salvo los casos en que se haya paralizado por causa imputable al afectado o se hubiera acordado -y notificado- su suspensión, plazo que queda reducido a dos meses en los supuestos de procedimiento simplificado (art. 238 del mismo Reglamento).

TERCERO.- Resolución de las cuestiones que el recurso de casación suscita y pronunciamiento sobre costas:

1.- Con arreglo a la reformulación que acaba de realizarse, para ajustarnos a los términos de la resolución administrativa revisada en la instancia y apelación, totalmente desconectada de lo planteado en apelación y casación, procede la desestimación del recurso ya que la resolución sancionadora le fue notificada, transcurridos tres meses y diez días desde la notificación del acuerdo de incoación.



2.- Conforme a lo dispuesto en el art. 93.4, no se efectúa pronunciamiento sobre las costas causadas en casación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

PRIMERO.- Fijar como criterio interpretativo, una vez reformulada la cuestión propuesta en el auto de admisión, la respuesta es, con base en el art. 225 del Reglamento de Extranjería, que el plazo máximo para resolver los procedimientos sancionadores será de 6 meses, computados desde la fecha en que se notificó el acuerdo de incoación, transcurrido los cuales, se produce la caducidad del procedimiento, salvo los casos en que se haya paralizado por causa imputable al afectado o se hubiera acordado -y notificado- su suspensión, plazo que queda reducido a dos meses en los supuestos de procedimiento simplificado (art. 238 del mismo Reglamento).

SEGUNDO.-Desestimar el recurso de casación número 5076/2018, interpuesto, por la representación procesal de D. Bernabe , contra la sentencia nº 209/18, de 3 de mayo, de la Sección Segunda de Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J. del País Vasco.

TERCERO.- No efectuar pronunciamiento en materia de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso 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

Dª Ines Huerta Garicano D. César Tolosa Tribiño D. Francisco Javier Borrego Borrego

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente Dña. Ines Huerta Garicano, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.