



Roj: **STS 4333/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4333**

Id Cendoj: **28079130052021100261**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **22/11/2021**

Nº de Recurso: **1789/2020**

Nº de Resolución: **1356/2021**

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

Ponente: **FERNANDO ROMAN GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CL 4417/2019,**
ATS 2229/2021,
STS 4333/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1.356/2021

Fecha de sentencia: 22/11/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 1789/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/11/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Román García

Procedencia: T.S.J.CASTILLA-LEON CON/AD SEC.1

Letrada de la Administración de Justicia: Seccion005

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 1789/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Román García

Letrada de la Administración de Justicia: Seccion005

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1356/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Segundo Menéndez Pérez, presidente

D. Octavio Juan Herrero Pina



D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Fernando Román García

D^a. Ángeles Huet De Sande

En Madrid, a 22 de noviembre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 1789/2020, interpuesto por D. Prudencio, representado por la procuradora D.^a María Teresa Goñi Toledo, bajo la dirección letrada de D.^a Ana Isabel Saiz Parra, contra la sentencia nº 1.146/2019, de 1 de octubre, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, que desestimó el recurso de apelación nº 265/2019 y confirmó la sentencia nº 42/2019, de 20 de febrero, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Palencia.

Ha sido parte recurrida la Administración General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Román García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Palencia se dictó sentencia en fecha 20 de febrero de 2019 por la que se desestimaba el recurso contencioso-administrativo nº 311/2018, interpuesto por D. Prudencio frente a la resolución de fecha 24 de mayo de 2018 de la Subdelegación del Gobierno en Palencia, que decretó la expulsión del recurrente del territorio nacional con prohibición de entrada en el mismo por plazo de diez años por encontrarse en situación irregular y carecer de autorización de residencia.

SEGUNDO.- La representación de D. Prudencio impugnó en apelación la mencionada sentencia ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid (Sección Primera), que dictó sentencia con fecha 1 de octubre de 2019 cuyo fallo literalmente establecía:

"[...] Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo Núm. Uno de Palencia de 20 de febrero de 2019, debiendo estarse a la parte dispositiva de dicha sentencia en cuanto a la desestimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto, todo ello con imposición de las costas de esta segunda instancia a la parte apelante, en la cuantía máxima, por todos los conceptos, excepto el Impuesto sobre el Valor Añadido, de 300 euros, debiendo estarse en cuanto a las de la primera instancia a lo acordado en la sentencia apelada."

TERCERO.- Contra la referida sentencia preparó recurso de casación la representación procesal de D. Prudencio el cual fue tenido por preparado en auto de 4 de febrero de 2020 dictado por el Tribunal de instancia, con emplazamiento de las partes para su comparecencia ante este Tribunal Supremo y remisión de las actuaciones.

CUARTO.- La Sección de Admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en auto de 26 de febrero de 2021 declaró que la cuestión planteada en el recurso que presentaba interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consistía en precisar y complementar nuestra jurisprudencia a fin de determinar:

"[...] sobre la base de la doctrina fijada en las sentencias dictadas en los recursos de casación 6379/17 y 8013/18- si es precisa la concurrencia de las circunstancias exigidas en el artículo 63.1 párrafo 2º apartados a) y c) de la LOEX en los supuestos del art. 53.1.a), cuando el extranjero se encuentra en prisión en el momento de la incoación del procedimiento, debiendo precisarse, en ese contexto, si el presupuesto de que "el extranjero representase un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional" (artículo 63.1 párrafo 2º apartado c)), queda neutralizado por la concreta situación penitenciaria en la que se encuentra el extranjero en ese momento."

Y, a tal efecto, dicho auto, identificaba como normas jurídicas que deberían ser objeto de interpretación "[...] sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, el artículo 63.1 párrafo 2º apartados a) y c) de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en relación con el artículo 7 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular".

QUINTO.- La parte recurrente formalizó la interposición del recurso de casación en escrito presentado el 13 de abril de 2021, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, solicitó que:



"[...] presentado este escrito con las manifestaciones y motivos que contiene y por interpuesto en tiempo y forma RECURSO DE CASACIÓN CONTRA LA SENTENCIA DE 1 DE OCTUBRE DE 2019 DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TSJ DE CASTILLA Y LEON, y existiendo según lo expuesto interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, tras los trámites procesalmente oportunos dicte Sentencia por la que acoja los motivos de nuestro recurso y case la Sentencia Recurrida, anulando la resolución sancionadora dictada en su día por la Administración."

SEXTO.- Por providencia de 15 de abril de 2021 se acordó dar traslado del escrito de interposición a la parte recurrida para que pudiera oponerse, lo que así hizo en escrito presentado el 2 de junio siguiente, en el que, tras las alegaciones que estimó convenientes a su derecho, terminó suplicando que: "[...] por formulado escrito de oposición de este recurso de casación y, en su día, dicte sentencia desestimatoria del mismo y confirmatoria de la recurrida con los demás pronunciamientos legales."

SÉPTIMO.- De conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción, y considerando innecesaria la celebración de vista pública atendiendo a la índole del asunto, quedó el recurso concluso y pendiente de señalamiento para votación y fallo.

OCTAVO.- Por providencia de 20 de julio de 2021 se designó nuevo magistrado ponente al Excmo. Sr. D. Fernando Román García y se señaló para votación y fallo de este recurso el día 16 de noviembre de 2021, en que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del presente recurso.

Se impugna en este recurso de casación la sentencia dictada el 1 de octubre de 2019 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid (Sección Primera), desestimatoria del recurso de apelación interpuesto por D. Prudencio frente a la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Palencia de 20 de febrero de 2019.

Esta sentencia del Juzgado, a su vez, había desestimado el recurso contencioso-administrativo nº 311/2018, interpuesto por D. Prudencio frente a la resolución de fecha 24 de mayo de 2018 de la Subdelegación del Gobierno en Palencia, que decretó la expulsión del recurrente del territorio nacional con prohibición de entrada en el mismo por plazo de diez años por encontrarse en situación irregular y carecer de autorización de residencia en España.

SEGUNDO.- Cuestión de interés casacional suscitada en este recurso.

Como ha quedado expuesto con anterioridad, la cuestión que la Sección de Admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha definido en su auto de 26 de febrero de 2021 como de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en precisar y complementar nuestra jurisprudencia a fin de determinar "(...) sobre la base de la doctrina fijada en las sentencias dictadas en los recursos de casación 6379/17 y 8013/18, si es precisa la concurrencia de las circunstancias exigidas en el artículo 63.1 párrafo 2º apartados a) y c) de la LOEX en los supuestos del art. 53.1.a), cuando el extranjero se encuentra en prisión en el momento de la incoación del procedimiento, debiendo precisarse, en ese contexto, si el presupuesto de que "el extranjero representase un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional" (artículo 63.1 párrafo 2º apartado c), queda neutralizado por la concreta situación penitenciaria en la que se encuentra el extranjero en ese momento".

Y, a tal efecto, el mencionado auto ha identificado como normas jurídicas que deberían ser objeto de interpretación "(...) sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, el artículo 63.1 párrafo 2º apartados a) y c) de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en relación con el artículo 7 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular".

Las normas citadas son del siguiente tenor literal:

LO 4/2000 de 11 de enero (LOEX) sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

Artículo 53. Infracciones graves

1. Son infracciones graves:



a) Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente.

(...)

Artículo 63.

1. 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.

(...)

c) El extranjero representase un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.

En estos supuestos no cabrá la concesión del período de salida voluntaria.

Artículo 63 bis.

1. Cuando se tramite la expulsión para supuestos distintos a los previstos en el artículo 63 el procedimiento a seguir será el ordinario.

2. La resolución en que se adopte la expulsión tramitada mediante el procedimiento ordinario incluirá un plazo de cumplimiento voluntario para que el interesado abandone el territorio nacional. La duración de dicho plazo oscilará entre siete y treinta días y comenzará a contar desde el momento de la notificación de la citada resolución.

El plazo de cumplimiento voluntario de la orden de expulsión podrá prorrogarse durante un tiempo prudencial en atención a las circunstancias que concurran en cada caso concreto, como pueden ser, la duración de la estancia, estar a cargo de niños escolarizados o la existencia de otros vínculos familiares y sociales.

3. Tanto en la fase de tramitación del procedimiento como durante el plazo de cumplimiento voluntario, podrá adoptarse alguna o algunas de las medidas cautelares establecidas en el artículo 61, excepto la de internamiento prevista en la letra e).

TERCERO.- Doctrina fijada en las sentencias dictadas en los recursos de casación 6379/17 y 8013/18 .

El auto de admisión nos remite -como punto de partida para la fijación de la doctrina jurisprudencial que nos solicita- a la doctrina establecida en las SSTS dictadas en los recursos de casación nº 6379/2017 y nº 8013/2018 (SSTS nº 120/2019 y nº 1.665/2019, respectivamente).

La cuestión que centra el análisis interpretativo de las mencionadas sentencias se refiere, básicamente, al artículo 234 del Reglamento de la LOEX, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, conforme al cual se tramitarán por el procedimiento preferente -además de las infracciones que menciona en su primer párrafo- aquellas otras "infracciones previstas en la letra a) del artículo 53.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero [referidas a la estancia irregular en España], cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Riesgo de incomparecencia.

b) Que el extranjero evite o dificulte la expulsión, sin perjuicio de las actuaciones en ejercicio de sus derechos.

c) Que el extranjero represente un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional".

Pues bien, en la primera de las citadas sentencias, la STS nº 120/2019, se establecía al respecto en su Fundamento Cuarto:

"(...) Incoándose el expediente el 28 de septiembre de 2015, fecha en que el recurrente se encuentra en prisión, y finalizado con la resolución de expulsión impugnada en vía jurisdiccional el 14 de diciembre de 2015, fecha esta última en la que aún continuaba en prisión, es claro que no concurría ninguna de las circunstancias que el artículo 63 prevé como habilitantes para seguir el procedimiento preferente en infracciones tipificadas en la letra a) del apartado 1 del artículo 53: estancia irregular en España.

Estando en prisión, ni había riesgo de incomparecencia ni cabe pensar en que el recurrente tratara de evitar o dificultar su expulsión, ni que representase un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.



El que se le concediera la medida cautelar de suspensión en febrero de 2016 y el que la pena se encontrara cumplida a la fecha de la vista (15 de junio de 2016), para nada justifica el seguimiento del procedimiento preferente, en cuanto se trata de circunstancias posteriores en el tiempo ya no solo con respecto a la incoación del expediente sino también con respecto a su finalización.

En consecuencia, en respuesta a la cuestión planteada en el auto de admisión, debemos decir que la falta de justificación de inicio del procedimiento previsto en el artículo 63 de la Ley Orgánica de Extranjería es una mera irregularidad formal no invalidante si no ha causado indefensión, correspondiendo a quien alega irregularidad la prueba de la indefensión, pero que ello no es así cuando, como sucede en el caso enjuiciado, no concurren las circunstancias exigidas en el precepto de mención como habilitadoras del indicado procedimiento, pues en estos supuestos el seguimiento de tal procedimiento supone un defecto esencial que comporta la anulación de la resolución sancionadora.

Por ello, y de conformidad con todo lo razonado, procede el acogimiento del recurso, casar la sentencia recurrida y, con estimación del recurso contencioso administrativo, anular la resolución recurrida."

Por su parte, la STS nº 1.665/2019 reiteraba en su Fundamento Tercero la doctrina establecida en sentencias anteriores [con cita expresa de las SSTs 1118/2018, de 2 de julio (RC 333/2017), 60/2019, de 28 de enero (RC 39624/2017), 120/2019, de 5 de febrero (RC 6379/2017) y 1220/2019, de 24 de septiembre (RC 3160/2018)], en los siguientes términos:

" 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."

Y, con base en la doctrina expuesta, rechazaba el recurso de casación interpuesto en ese caso "por cuanto no se ha producido indefensión del mismo en el procedimiento preferente seguido, y, además, concurrían los requisitos exigidos para el seguimiento del citado procedimiento", señalando más adelante:

"Por otra parte, en el concreto supuesto de autos el acuerdo de incoación del procedimiento de expulsión, de fecha 7 de febrero de 2017 expresamente motiva la concurrencia de causas que justificaran su tramitación de conformidad con lo previsto por los artículos 63 LOEX y 234 RLOEX. En concreto, en la citada resolución de expresa que el mismo se incoaba " conforme a los trámites previstos en el artículo 234 y siguientes (PROCEDIMIENTO PREFERENTE) del Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su Integración social, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (B.O.E. 103 de 30 de abril de 2011) toda vez que (en) el filiado representa un riesgo para el orden público debido a sus antecedentes delictivos".

La resolución, pues, en modo alguno carece de motivación en dicho aspecto, y, además, concurren las circunstancias justificativas alegadas por la Administración de representar un " riesgo para el orden público" en atención a los antecedentes, y ello, pese a encontrarse interno en el Centro Penitenciario de DIRECCION000 , sin que dicha circunstancia —como en otras ocasiones hemos reconocido— neutralice el peligro para el orden público que el recurrente pudiera entrañar, pues, la relación de los antecedentes policiales y penales recogidos en el procedimiento sancionador seguidos —y no negados por el recurrente— ponen de manifiesto la existencia de un auténtico, continuado y variado historial delictivo del recurrente que abarca desde marzo de 2014 a febrero de 2017.

Por tanto, lo cierto es que la resolución motiva la tramitación del procedimiento preferente, constando dicha motivación en el expediente, por lo que, en modo alguno, podemos considerar que concurra causa determinante de la nulidad de la resolución, y sin que —se insiste— se haya causado indefensión o perjuicio



al interesado por la hipotética ejecución de la expulsión sin concederle un plazo de salida voluntaria. Como en los supuestos resueltos por la Sección hasta el presente momento —en los que se ha concluido que la injustificada tramitación del procedimiento preferente no determinaba la anulación de la resolución recurrida por no haber causado indefensión ni perjuicio alguno al interesado—, no se acredita que la Administración hubiera procedido, o pudiera hacerlo, a la ejecución inmediata de la resolución con anterioridad al transcurso del plazo de entre 7 y 30 días que, para la ejecución voluntaria prevé el artículo 63 bis de la LOEX, como igualmente tampoco resulta constatable en el supuesto de autos, ya que lo que, en su caso, la tramitación del procedimiento preferente pudiera determinar sería un efecto potencialmente perjudicial para el interesado al privarle de la posibilidad de salir voluntariamente de España, y poder interesar la revocación de la prohibición de entrada impuesta en la resolución sancionadora, sin que, por ello, resulte relevante y cuenta con virtualidad anulatoria de la resolución, razón por la cual procede ratificar la sentencia impugnada".

CUARTO.- Doctrina jurisprudencial sobre la cuestión de interés casacional suscitada en este recurso.

El examen de la cuestión controvertida y el análisis de los razonamientos expresados al respecto en las sentencias que acabamos de transcribir parcialmente nos conducen a las siguientes conclusiones:

(i) Respecto de la motivación de la elección del procedimiento preferente.

La LOEX establece expresamente (artículo 63 bis) que cuando se tramite la expulsión para supuestos distintos a los previstos en el artículo 63 el procedimiento a seguir será el ordinario, añadiendo -en línea con lo establecido en el artículo 7 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008- que la resolución en que se adopte la expulsión tramitada mediante el procedimiento ordinario incluirá un plazo de cumplimiento voluntario para que el interesado abandone el territorio nacional, cuya duración oscilará entre siete y treinta días a contar desde el momento de la notificación de la citada resolución (plazo que, en su caso, podrá prorrogarse prudencialmente en atención a las circunstancias concurrentes).

Por tanto, si la normativa establece que, fuera de los supuestos a que se refiere el artículo 63, la tramitación de la expulsión deberá llevarse a cabo por el procedimiento ordinario, es lógico inferir que cuando la Administración decida tramitar la expulsión por el procedimiento preferente deberá justificar esta decisión, esto es, deberá motivar su elección indicando las razones que le asisten para ello, con base en la concurrencia de las circunstancias a que se refiere el artículo 63 LOEX.

Ello no obstante, cabe señalar -conforme a doctrina jurisprudencial reiterada- que la ausencia o insuficiencia de motivación a este respecto no determina necesariamente la nulidad del procedimiento pues, si el procedimiento preferente fuera aplicable por concurrir las circunstancias previstas en el artículo 63, el defecto de motivación, en los casos en que no produzca indefensión material (porque el recurrente haya podido defenderse y participar en todos los trámites puestos a su disposición en el marco de lo establecido para el procedimiento preferente), podrá considerarse una mera irregularidad no invalidante.

(ii) Respecto de la existencia de riesgo de incomparecencia y de riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional, respectivamente, en los supuestos en que el sujeto se encuentre en prisión.

El auto de admisión requiere que nos pronunciemos acerca de esta cuestión partiendo de la doctrina sentada al efecto en las sentencias antes citadas.

La STS nº 120/2019 establece a este respecto que "Estando en prisión, ni había riesgo de incomparecencia ni cabe pensar en que el recurrente tratara de evitar o dificultar su expulsión, ni que representase un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional".

Por su parte, la STS nº 1.665/2019 considera que "concurren las circunstancias justificativas alegadas por la Administración de representar un " *riesgo para el orden público*" en atención a los antecedentes, y ello, pese a encontrarse interno en el Centro Penitenciario de DIRECCION000 , sin que dicha circunstancia —como en otras ocasiones hemos reconocido— neutralice el peligro para el orden público que el recurrente pudiera entrañar, pues, la relación de los antecedentes policiales y penales recogidos en el procedimiento sancionador seguidos —y no negados por el recurrente— ponen de manifiesto la existencia de un auténtico, continuado y variado historial delictivo del recurrente que abarca desde marzo de 2014 a febrero de 2017".

En una primera aproximación a estos pasajes de las citadas sentencias, podría parecer que ambas incurren en contradicción en este tema. Sin embargo, esa contradicción es más aparente que real. Veamos.

La afirmación contenida en la STS 120/2019, examinada en sus estrictos términos literales, expresa un razonamiento que considerarse lógico: mientras un sujeto se encuentra ingresado en prisión y, por tanto, sujeto a las restricciones de derechos y limitaciones físicas propias de tal situación, difícilmente podrá



eludir comparecer ante las autoridades cuando fuese requerido para ello o participar materialmente en actos atentatorios contra el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.

Ahora bien, esta afirmación debe ser correctamente entendida en los términos de generalidad en que fue expresada, en el contexto de un supuesto en el que ni se indicaron en la resolución administrativa ni concurrían realmente los supuestos previstos en el artículo 63 para la tramitación del procedimiento preferente. Por eso, no apreciamos que incurra en contradicción con la STS nº 1.665/2019, ya que, en el caso enjuiciado en ésta, sí concurrían aquellos supuestos y el sujeto representaba un riesgo para el orden público en atención a su continuado y variado historial delictivo, pese a estar ingresado en un centro penitenciario.

En este sentido, si descendemos al terreno de lo concreto, debemos tener presente -conforme a las prescripciones de la normativa penitenciaria, plasmadas en la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979- que las circunstancias penitenciarias de los sujetos ingresados en prisión no son necesariamente las mismas para todos ellos sino que, por el contrario, deben ser individualizadas para cada uno (véanse al efecto, entre otros, los artículos 9, 10, 62, 63, 65 y 72); así como que, en determinadas circunstancias, los internos pueden cumplir su condena en régimen abierto (artículo 72) y obtener permisos de salida (artículos 47 y 48), o que pueden tener comunicación con otras personas ajenas al establecimiento penitenciario (artículo 51).

Todo ello, sin necesidad de profundizar en otras consideraciones, nos lleva a concluir que no puede afirmarse con carácter general que el hecho de encontrarse el sujeto en prisión en el momento de ser incoado el expediente de expulsión elimine automáticamente la posibilidad de apreciar la concurrencia de las circunstancias a que aluden los apartados a) y c) del artículo 63.1 LOEX; o, dicho de otro modo, atendiendo a las consideraciones expresadas en el párrafo anterior cabe sostener que el mencionado internamiento no comporta necesaria e ineludiblemente, en todos los casos, la desaparición del riesgo de incomparecencia y del riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional. Estos riesgos habrán de evaluarse caso por caso, individualmente, en función del historial delictivo del sujeto al que se refiera el expediente de expulsión y de las demás circunstancias concurrentes en el supuesto examinado (en línea con la doctrina establecida en la STS 1.665/2019).

En definitiva, con base en lo expuesto debemos dar respuesta a la cuestión suscitada en el auto de admisión en los siguientes términos: *la circunstancia de encontrarse el extranjero internado en un establecimiento penitenciario en el momento de incoarse el procedimiento de expulsión no comporta, necesariamente, la imposibilidad de apreciar la concurrencia de las circunstancias previstas en los apartados a) y c) del artículo 63.1 LOEX, que justifican acudir al procedimiento preferente de expulsión, debiendo valorarse dicha concurrencia en cada caso en función de las características del historial delictivo del sujeto al que se refiera el expediente de expulsión y de las demás circunstancias concurrentes en el supuesto examinado.*

QUINTO.- Aplicación al caso de la referida doctrina jurisprudencial.

La aplicación al supuesto examinado de la mencionada doctrina jurisprudencial conduce, inexorablemente, a la desestimación del presente recurso de casación. Veamos.

I. El escrito de interposición del recurso se centra exclusivamente en la indebida aplicación del procedimiento preferente de expulsión por la Administración actuante, posición que sustenta en la interpretación literal del párrafo de la STS nº 120/2019 que hemos transcrito en el Fundamento anterior. Con esta base, defiende la parte recurrente que no se cumplen en este caso los presupuestos habilitantes del procedimiento preferente por inexistencia de las circunstancias exigidas por el art. 63.1 2ª LOEX, ya que al encontrarse el recurrente en prisión no cabe en ningún caso pensar que existiese riesgo de incomparecencia, ni riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional. Y, por ello, sostiene que la tramitación se ha realizado "incumpliendo por tanto la Administración la normativa de aplicación y vulnerando los derechos y libertades de nuestro representado, susceptibles de amparo constitucional, entre otros el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24. 1 y 2 CE), de forma que se le generó grave indefensión, al prescindir la Administración de la aplicación del procedimiento legalmente establecido, por lo que a nuestro juicio procedería la nulidad de pleno derecho de la resolución al infringirse el ordenamiento jurídico". Sin embargo, no precisa ni concreta el recurrente en qué habría consistido la "grave indefensión" que alega haber padecido.

La tesis del recurrente no puede ser compartida por las razones que a continuación exponemos.

II. Las resoluciones judiciales recaídas al respecto, esto es, tanto la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Palencia, como la que ahora se impugna en este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra aquélla, rechazaron esa alegación del recurrente y consideraron correcta la aplicación al caso del procedimiento preferente de expulsión.

Así, la sentencia del Juzgado, en su Fundamento Primero, estableció:



"Primero.- El primer motivo de impugnación se titula " **procedencia de la declaración de nulidad de pleno derecho de la resolución recurrida por haberse dictado lesionando los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional - derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)- y prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o, en su caso, la anulabilidad por infringir el ordenamiento jurídico**".

Considera la postulación recurrente que en el caso sometido a enjuiciamiento no podían apreciarse "algunos de los supuestos establecidos en el art. 234 del Real Decreto 557/2011 en los que se establece que procede la iniciación del procedimiento preferente" ya que la infracción atribuida a su patrocinado era la tipificada en el artículo 53.1.a) L.O.Ex.

(...)

Pues bien, el acuerdo de iniciación del procedimiento preferente de expulsión se dicta "a la vista de las circunstancias personales de dicho extranjero de conformidad con el artículo 63.1 en relación a la infracción grave del artículo 53.1 A de la LO 4/2000 ya que:

** Se aprecia riesgo de incomparecencia como establece el apartado a) del artículo 63.1 LO 4/2000 , dado que carece de un domicilio estable...*

** Prudencio representa un riesgo para el orden público, como establece el apartado c) del artículo 63.1 LO 4/2000, ya que esta persona se encuentra interna en prisión por la comisión de un delito grave como es CONTRA LA SALUD PUBLICA..."*

En este orden de ideas, parece suficientemente motivado el acuerdo de incoación del procedimiento sancionador preferente ya que, aunque la infracción imputada sea la del artículo 53.1.a) LOEx, ciertamente concurren en el índice vicisitudes penales del actor un total de tres condenas, además, de la que estaba en cumplimiento, por tres delitos contra la salud pública que suman un global de dieciocho años de prisión, además del año y medio de prisión en ejecución también por otro delito contra la salud pública.

Se desestima, pues, el primer motivo de impugnación."

Por su parte, la sentencia de apelación señaló en su Fundamento Tercero (tras poner de manifiesto en el Fundamento Segundo las diferencias entre los procedimientos ordinario y preferente, y dejar sentada la relevancia de elegir correctamente el procedimiento de tramitación) lo siguiente:

" **TERCERO.** La aplicación de los precedentes razonamientos al supuesto planteado, conlleva a entender que en el presente caso concurren los presupuestos que son requeridos para la aplicación del procedimiento preferente. En el acuerdo de incoación del expediente se expresa sobre el particular para justificar la iniciación del procedimiento preferente, la existencia de riesgo de incomparecencia, con habilitación en el artículo 63.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, al carecer de un domicilio estable en territorio español; y por la existencia de un riesgo para el orden público al encontrarse interno en prisión por la comisión de un delito contra la salud pública con habilitación en el apartado c) del mismo precepto.

Por otro lado, cabe invocar la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2 de julio de 2018 (recurso de casación 333/2017) que justifica la procedencia de aplicar el procedimiento preferente de existir causa para ello, aunque no se hubiera motivado por la Administración (Fundamento de Derecho Quinto, apartados A y B). Y en este caso, la Administración en la resolución de incoación del procedimiento ha justificado la aplicación del procedimiento preferente en las circunstancias antes expresadas, que ciertamente se ha de entender que concurren en el presente caso."

Pues bien, frente a estas consideraciones de la sentencia impugnada que, como hemos visto, vino a confirmar lo razonado al respecto en la sentencia del Juzgado, el escrito de interposición del presente recurso de casación se limita a manifestar que la Sala de instancia no ha tenido en cuenta la doctrina sentada en la STS 120/2019, de 5 de febrero, y a afirmar que " *esta situación se produce desafortunadamente muy habitualmente por parte de la Administración quién como en el caso de nuestro representado (encontrándose en prisión) acude al procedimiento preferente de expulsión para la infracción tipificada en el art. 53.1. a) de la LOEX, sin cumplirse por tanto los presupuestos habilitantes del procedimiento preferente por inexistencia de las circunstancias exigidas por el art. 63.1 2ª LOEX, ya que como decimos al encontrarse mi representado en prisión no cabe en ningún caso pensar que existiese riesgo de incomparecencia, ni supusiese riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional*".

Por ello, no albergamos duda alguna de que lo dicho en el citado escrito de interposición no es suficiente para desvirtuar las conclusiones alcanzadas al respecto por el Juzgado y por la Sala de instancia, que entendieron que la elección del procedimiento preferente estuvo justificada en este caso en virtud de la concurrencia de



los supuestos previstos en los apartados a) y c) del artículo 63.1 LOEX, y que el acuerdo de incoación del procedimiento sancionador preferente fue suficientemente motivado a este respecto.

III. Adicionalmente, cabe señalar que el examen de la *resolución administrativa sancionadora* corrobora esta conclusión.

Así, en la resolución administrativa se hizo constar, de entrada, que " *el ciudadano extranjero citado fue denunciado por funcionarios de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras por encontrarse irregularmente en España, al haber permanecido en territorio nacional español más de tres meses y no haber obtenido la prórroga de estancia, autorización de residencia o documento análogo, al ser los mismos exigibles para su permanencia en España, sin que conste que el interesado haya solicitado su obtención o renovación*", añadiendo, a continuación, referencia expresa a las siguientes circunstancias y datos relativos al recurrente:

(i) Se encuentra en situación irregular en España, al haber agotado el periodo de estancia y carecer de autorización para residir en nuestro país.

(ii) Carece de arraigo en España, no consta la existencia de domicilio fijo ni conocido, y carece de documentación que acredite su identidad.

(iii) Se encuentra internado en el Centro Penitenciario de Palencia en calidad de penado, por la Audiencia Provincial de Vizcaya por un delito contra la salud pública, habiendo sido condenado a 18 meses de prisión.

(iv) Ha sido condenado por la comisión de otros delitos dolosos por los siguientes juzgados y tribunales:

- Audiencia Provincial de Vizcaya (Rollo 116/2000) a 3 años y 3 días por delito contra la salud pública.
- Audiencia Provincial de Vizcaya (Rollo 53/2000) a 5 años de prisión por delito contra la salud pública.
- Juzgado nº 3 de Bilbao (Rollo 5/2000) a 5 años de prisión por delito contra la salud pública.

(v) Consultada la base de datos de la Policía y de la Guardia Civil le constan las siguientes detenciones:

- El 30/10/2017 (diligencias nº NUM000), instruido por DIRECCION001 , detención por reclamación.
- El 27/02/2011 (diligencias nº NUM001), instruido por Policía Autónoma -Bilbao- por tráfico de drogas.
- El 10/02/2011 (diligencias nº NUM002) -Bilbao- por tráfico de drogas.
- El 26/12/2010 (diligencias nº NUM003), instruido por Policía Autónoma -Bilbao- por tráfico drogas.
- El 16/12/2005 (diligencias nº NUM004), instruido por DIRECCION002 , por tráfico de drogas.
- El 13/09/1999 (diligencias nº NUM005), instruido por Bilbao, por infracción a la Ley de Extranjería.
- El 20/07/1999 (diligencias nº NUM006), instruido por Bilbao, por infracción a la Ley de Extranjería.

Por otra parte, en sus Fundamentos de Derecho la resolución de expulsión razonó sobre la procedencia de la aplicación del procedimiento preferente en los siguientes términos:

"En cuanto a la adecuación del procedimiento, este expediente administrativo sancionador de expulsión se sigue por el cauce del procedimiento preferente de expulsión previsto en el art. 234 del Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 4/2000 (RD. 557/2011) ya que así lo dispone esa disposición legal.

En relación con el punto anterior, el actor alega que el procedimiento a aplicar sería el ordinario en virtud del RD 240/2007, regulador del Régimen Comunitario por tener permiso de residencia en PORTUGAL. En este sentido indicar que el citado precepto, en el supuesto que nos ocupa no le es de aplicación, puesto que el mero hecho de tener permiso de residencia en un país miembro de la Unión Europea no le hace acreedor de la condición de comunitario ni de familiar comunitario.

En relación al supuesto recogido en el artículo 57.5 de la Ley 4/2000, que impediría imponer la "sanción de expulsión" a Prudencio , indicar que no concurren en el mismo ninguno de los supuestos del citado artículo, ya que tal y como consta en el Registro Central de Extranjeros, no le figura en vigor ningún permiso de residencia temporal ni de larga duración."

Y, más adelante, entre otras consideraciones, señaló:

"(...) En cuanto al pretendido arraigo familiar del recurrente, el TSJ de Castilla y León con sede en Burgos en su Sentencia de 21 de octubre de 2005, ha señalado que 'el arraigo no consiste en vivir en un Estado de acogimiento, sino integrarse en el entramado social del mismo, viviendo en concordia con sus convecinos y respetando las leyes internas del país en el que vive'. Consecuentemente resulta contradictorio con cualquier apreciación de arraigo en España el que el actor haya sido condenado por un delito CONTRA LA SALUD



PUBLICA, no sólo por la entidad de la infracción cometida sino también por su propia naturaleza, frontalmente contraria al orden y seguridad públicos, por lo que debe desestimarse dicho arraigo.

El hecho de tener varias condenas judiciales, antecedentes policiales, haber utilizado identidades falsas obstruyendo con ello la labor policial y judicial, diversas requisitorias, revela cuando menos, una falta de interés por parte del actor para integrarse en el entramado social, lo que supone claramente una desafección a las normas de convivencia establecidas en el país, circunstancias que colisionan frontalmente con la defensa de un arraigo ordenado en el país de acogida.

No se aporta ningún documento que acredite las circunstancias personales y socio-familiares del expedientado expuestas en el escrito de alegaciones."

Todas estas consideraciones expresadas en la resolución sancionadora, que no han sido desvirtuadas por el recurrente, nos reafirman en la conclusión de que la aplicación del procedimiento de expulsión preferente estaba justificada por la concurrencia de los supuestos previstos en los apartados a) y c) del artículo 63.1, conforme a la doctrina expresada en el Fundamento Jurídico Cuarto de esta sentencia.

En este sentido y, en línea con lo establecido en la STS nº 1.665/2019, resulta esencial para la resolución de este recurso el examen del historial delictivo del recurrente durante su estancia en España. Así, se le imputa con carácter general *"tener varias condenas judiciales, antecedentes policiales, haber utilizado identidades falsas obstruyendo con ello la labor policial y judicial"* y, más concretamente, haber sido condenado penalmente en cuatro ocasiones a un total de más de 14 años de prisión por sendos delitos contra la salud pública, siendo relevante y trascendente, a estos efectos, que el recurrente no haya cuestionado eficazmente en su escrito de interposición la veracidad de tales imputaciones (en realidad, ni las ha negado).

SEXTO.- Conclusiones y costas.

Por tanto, a la vista de lo razonado en los precedentes Fundamentos, procede declarar no haber lugar y, en consecuencia, desestimar el presente recurso de casación y confirmar la sentencia impugnada por ser ajustada a Derecho.

En cuanto a las costas, conforme a lo previsto en los artículos 93.4 y 139.1 LJCA, disponemos que, respecto de las de casación, cada una de las partes asuma las causadas a su instancia y las comunes por mitad (al no apreciarse temeridad ni mala fe en ninguna de las partes) y, respecto de las de la apelación, confirmamos lo dispuesto en la sentencia impugnada.

FALLO

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

Primero.- Establecer como doctrina jurisprudencial la indicada en el Fundamento Cuarto de esta sentencia.

Segundo.- Declarar no haber lugar y, en consecuencia, desestimar el recurso de casación nº 1789/2020 interpuesto por D. Prudencio contra la sentencia dictada el 1 de octubre de 2019 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, en el recurso de apelación nº 265/2019, sentencia que confirmamos por ser ajustada a Derecho.

Tercero.- Imponer las costas conforme a lo establecido en el último de los Fundamentos de Derecho de esta sentencia.

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

Así se acuerda y firma.