

Id Cendoj: 28079130052007100861  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 5  
Nº de Recurso: 2226/2004  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN  
Ponente: MARIANO DE ORO-PULIDO LOPEZ  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Resumen:**

Extranjería. Expulsión del territorio nacional. Sanción de multa o expulsión. Motivación de la expulsión y no de la multa.

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Octubre de dos mil siete.

VISTO el recurso de casación nº 2226/2004 interpuesto por la procuradora DOÑA Susana Gómez Castaño en nombre y representación de D. Enrique contra la sentencia dictada en fecha 23 de diciembre de 2003, y en su recurso nº 28/03, por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sección 1ª), sobre expulsión del territorio español, siendo parte recurrida la Administración General del Estado, representado por la Abogacía del Estado.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- En el proceso contencioso administrativo antes referido la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia desestimando el recurso. Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación de D. Enrique se presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 18 de febrero de 2004 ; al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

SEGUNDO.- Emplazadas las partes, el recurrente compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, y formuló en fecha 27 de febrero de 2004 , el escrito de interposición del recurso de casación

TERCERO.- El recurso de casación fue admitido por providencia de 17 de marzo de 2006, y se ordenó por providencia de 18 de mayo de 2006 entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida a fin de que en plazo de treinta días pudiera oponerse al recurso, lo que hizo por escrito de 29 de junio de 2006.

CUARTO.- Se señaló para votación y fallo de este recurso de casación el día 30 de octubre de 2007, en que tuvo lugar.

QUINTO.- En la sustanciación del juicio no se han infringido las formalidades legales esenciales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Mariano de Oro-Pulido y López, Magistrada de la Sala

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- Se impugna en este recurso de casación nº 2226/2004 la sentencia que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 1ª) dictó en fecha 23 de diciembre de 2003, y en su recurso contencioso administrativo nº 28/03, por medio de la cual se desestimó el formulado por D. Enrique contra la resolución del Sr. Subdelegado del Gobierno en Sevilla de fecha 19 de septiembre de 2002, que le expulsó del territorio nacional por la comisión de la infracción prevista en el artículo 53.a) de la L.O. 4/2000 , en su redacción aprobada por la L.O. 8/2000 .

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo promovido contra aquella resolución, contiene la siguiente fundamentación jurídica:

PRIMERO.- La resolución administrativa impugnada en este proceso, en aplicación del *artículo 53.a) de la L.O. 4/2000, reformada por la 8/2000*, dispuso la expulsión del territorio español y prohibición de entrada en el mismo por un período de 5 años de don Enrique, nacional de Ecuador.

SEGUNDO.- En las actuaciones administrativas ha quedado reflejado el dato objetivo de que el día 18.7.2002 el recurrente carecía de documentación justificativa de su estancia o residencia legal en España, en cuyo territorio había entrado por última vez en fecha de 8.1.2002, según sello obrante en su pasaporte. Estos hechos no han sido conocidos de referencia por los agentes del Cuerpo Nacional de Policía que le detuvieron e instruyeron las actuaciones, los cuales no han de ser considerados como simples particulares, sino como funcionarios públicos que han actuado en el cumplimiento de las funciones de su cargo: El precitado dato de hecho ha sido percibido real, objetiva y directamente por aquéllos a través de las declaraciones efectuadas por el recurrente cuando fue requerido para que presentara la documentación, y estas circunstancias dotan al contenido objetivo consignado en las actuaciones administrativas de las que dimana este proceso de un carácter directo y de imparcialidad que habría de ser destruido mediante prueba en contrario.

Sin embargo en este proceso no ha sido practicada prueba alguna que cuestione o enerve los hechos objetivamente acreditados en las actuaciones administrativas, como tampoco lo fue en vía administrativa, siendo de significar que, una vez constando en el expediente administrativo el hecho constitutivo del tipo de la infracción, conforme a las reglas sobre la carga de la prueba reforzadas en este caso por el principio de facilidad probatoria, es al recurrente a quien corresponde la carga de aportar - como impeditivos u obstativos de las consecuencias jurídicas del hecho consignado en el expediente - su documentación y los datos que puedan evidenciar la legalidad de su situación en España o, en su caso, las actuaciones tendentes a regularizar su situación, por lo que, ante el fracaso de su carga probatoria, parece razonable considerar en la presente resolución como definitivamente acreditado que el recurrente carecía de documentos para justificar su situación de estancia o residencia legal en España o para regularizar su situación.

TERCERO.- Conforme a lo dispuesto en el *artículo 53 a) de la L.O. 4/2000*, en redacción dada por la *L.O. 8/2000*, constituye infracción grave encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido o tener caducada más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documentos análogos, cuando fueren exigibles, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentariamente.

La infracción citada puede ser sancionada, según establecen los *artículos 55 y 57 de la citada L.O. con multa de 300,52 Euros a 6.010,12 Euros* o, en su lugar, con la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo, cuya resolución resulta procedente por no constar que, al tiempo de su iniciación, se hallara pendiente de resolución una petición de permiso de trabajo y residencia del recurrente.

La sanción de expulsión en el caso presente es procedente y ha sido impuesta con observancia del principio de proporcionalidad que informa el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y que expresamente formulan el *artículo 131 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas* y del Procedimiento Administrativo Común y el *punto 3 del artículo 55 de la L.O. 4/2000, de 11 de enero*, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, reformada por *L. O.8/2000, de 22 de diciembre*, porque se está en el caso de no constar que el recurrente tuviera arraigo familiar o social en España - nótese que no aparece en el expediente que tuviese domicilio conocido - ni que concurrieran otras circunstancias que pudieran atenuar la culpabilidad del recurrente o la trascendencia o el riesgo de la infracción, por lo que no cabe acoger en esta sentencia el motivo de impugnación que acusa falta de proporcionalidad de la sanción, no sólo respecto de la expulsión sino también en relación al plazo de prohibición de entrada.

La resolución impugnada en este proceso no evidencia tampoco la falta de motivación que se le imputa, ya que la decisión administrativa ha sido adoptada en el caso de autos con expresión de sus fundamentos, es decir, de los presupuestos de hecho en que se apoya y de las normas en cuya aplicación se ha justificado la decisión, con lo que el recurrente ha podido saber cuales han sido las razones que llevaron a la resolución administrativa recurrida, sin que quepa concluir que se le haya causado indefensión alguna porque ha tenido la posibilidad de verificar si la misma se ajustaba a Derecho y no se ha visto privado de obtener y utilizar los medios precisos para impugnarla en condiciones de igualdad, por lo que, no

habiéndose desvirtuado en este proceso los fundamentos de la actuación administrativa impugnada, no resulta procedente estimar el presente recurso contencioso administrativo.

TERCERO.- El recurso de casación consta de un solo motivo, formalizado al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional*, en el que se citan como infringidos el *artículo 9.3* de la Constitución, los *artículos 131 y 54 de la Ley 30/92 (LRJ-PAC)* y el *artículo 20 de la L.O. 4/2000*. Insiste el actor en que la decisión de la Administración, de expulsarle del territorio nacional, carecía de motivación suficiente, al no haber razonado debidamente por qué se acordó la expulsión en lugar de la de multa.

Estimaremos el motivo y el recurso de casación.

En la *Ley Orgánica 7/85, de 1 de Julio*, la expulsión del territorio nacional no era considerada una sanción, y así se deduce de una interpretación conjunta de sus *artículos 26 y 27, al establecerse como sanción para las infracciones de lo dispuesto en la Ley* la de multa y prescribirse que las infracciones que den lugar a la expulsión no podrían ser objeto de sanciones pecuniarias. Quedaba, pues, claro en aquella normativa que los supuestos en que se aplicaba la multa no podían ser castigados con expulsión.

La *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero (artículos 49-a), 51-1-b) y 53-1)*, en regulación mantenida por la reforma operada por *Ley Orgánica 8/2000, de 22 de Diciembre (artículos 53-a), 55-1-b) y 57-1)*, cambia esa concepción de la expulsión, y prescribe que en el caso de infracciones muy graves y graves de las letras a), b), c), d) y f) del *artículo 53* "podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español", e introduce unas previsiones a cuyo tenor "para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerlas (sic) se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad, y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su transcendencia".

De esta regulación se deduce:

1º.- Que el encontrarse ilegalmente en España (una vez transcurridos los noventa días previstos en el *artículo 30-1 y 2 de la Ley 4/2000*, reformada por la *Ley 8/2000* ya que durante los primeros noventa días no procede la expulsión sino la devolución), repetimos ese encontrarse ilegalmente en España, según el *artículo 53 -a)*, puede ser sancionado o con multa o con expulsión. No sólo se deduce esto del *artículo 53 -a)* sino también del *artículo 63-2 y 3*, que expresamente admite que la expulsión puede no ser oportuna (*artículo 63-2*) o puede no proceder (*artículo 63-3*), y ello tratándose, como se trata, del caso del *artículo 53 -a)*, es decir, de la permanencia ilegal.

Por su parte, el *Reglamento 864/2001, de 20 de Julio*, expresamente habla de la elección entre multa o expulsión, pues prescribe en su *artículo 115* que "podrá acordarse la expulsión del territorio nacional, salvo que el órgano competente para resolver determine la procedencia de la sanción de multa", (Dejemos de lado ahora el posible exceso del Reglamento, que, en este precepto y en contra de lo dispuesto en la Ley, parece imponer como regla general la expulsión y como excepción la multa). Lo que importa ahora es retener que, en los casos de permanencia ilegal, la Administración, según los casos, puede imponer o bien la sanción de multa o bien la sanción de expulsión.

2º.- En el sistema de la Ley la sanción principal es la de multa, pues así se deduce de su *artículo 55-1* y de la propia literalidad de su *artículo 57-1*, a cuyo tenor, y en los casos, (entre otros) de permanencia ilegal, "podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio nacional".

3º.- En cuanto sanción más grave y secundaria, la expulsión requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal, ya que ésta es castigada simplemente, como hemos visto, con multa. Según lo que dispone el *artículo 55-3*, (que alude a la graduación de las sanciones, pero que ha de entenderse que resulta aplicable también para elegir entre multa y expulsión), la Administración ha de especificar, si impone la expulsión, cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y, en general, añadimos nosotros, cuáles son las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la expulsión y prohibición de entrada, que es una sanción más grave que la de multa.

4º.- Sin embargo, resultaría en exceso formalista despreciar esa motivación por el hecho de que no conste en la resolución misma, siempre que conste en el expediente administrativo.

En efecto:

A) Tratándose de supuestos en que la causa de expulsión es, pura y simplemente, la permanencia

ilegal, sin otros hechos negativos, es claro que la Administración habrá de motivar de forma expresa por qué acude a la sanción de expulsión, ya que la permanencia ilegal, en principio, como veíamos, se sanciona con multa.

B) Pero en los supuestos en que en el expediente administrativo consten, además de la permanencia ilegal, otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, y esos datos sean de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justifiquen la expulsión, no dejará ésta de estar motivada porque no se haga mención de ellos en la propia resolución sancionadora.

En el presente caso, no hay en el expediente administrativo ningún otro dato o hecho relevante que no sea la pura y escueta permanencia ilegal del recurrente en territorio español, quien al tiempo de su detención no estaba indocumentado, sin que conste ninguna clase de antecedente desfavorable del mismo.

En consecuencia, se trata de un caso en que ni en la resolución ni en el expediente administrativo existen específicamente las razones por las cuales la Administración impuso la sanción de expulsión y no la general de multa que prevé el ordenamiento jurídico.

De suerte que no obró conforme a Derecho la Sala de instancia cuando desestimó el recurso contencioso administrativo y confirmó la sanción impuesta, debiendo casarse dicha sentencia y declararse la no conformidad a Derecho de la resolución administrativa combatida.

CUARTO.- Procede en consecuencia, declarar haber lugar al recurso de casación y estimar el recurso contencioso administrativo, con anulación de la sanción impuesta.

QUINTO.- Al declararse haber lugar al recurso de casación no procede hacer condena en las costas del mismo (*artículo 139.2 L.J. 29/98*), y no existen razones que aconsejen una condena en las costas de instancia.

Por todo ello, en nombre de S.M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

## **FALLAMOS**

Que declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Enrique contra la sentencia dictada en fecha 23 de diciembre de 2003, y en su recurso nº 28/03, por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sección 1ª), y en consecuencia:

1º.- Revocamos dicha sentencia.

2º.- Estimamos el recurso contencioso administrativo 722/2001, interpuesto por D. Enrique contra la resolución del Subdelegado del Gobierno en Sevilla de fecha 19 de septiembre de 2002, que acordó su expulsión del territorio nacional.

3º.- Declaramos dicha resolución administrativa disconforme a Derecho y la anulamos.

4º.- No hacemos condena ni en las costas de instancia ni en las de casación.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos  
PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Mariano de Oro-Pulido y López, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.