

TRIBUNAL SUPREMO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

REF.31:

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo
Contencioso-Administrativo
Sección: SEXTA

RECURSO DE CASACIÓN Num.: 7924/1997

Ponente Excmo. Sr. D. : José María Álvarez-Cienfuegos Suárez

S E N T E N C I A

TRIBUNAL SUPREMO.
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: SEXTA

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Francisco José Hernando Santiago

Magistrados:

D. Pedro Antonio Mateos García
D. Jesús Ernesto Peces Morate
D. José Manuel Sieira Míguez
D. Enrique Lecumberri Martí
D. José María Álvarez-Cienfuegos Suárez
D. Francisco González Navarro

En la Villa de Madrid, a catorce de Noviembre de dos mil uno.

Visto por la Sección Sexta, de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, del Tribunal Supremo, compuesta por los Magistrados expresados al margen el Recurso de Casación promovido por Don Agustín Sáenz Arroyo, Procurador de los Tribunales, actuando en nombre y representación de Don Fartán M. L., contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, de 30 de julio de 1997, siendo la parte recurrida La Administración General del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, el día 30 de julio de 1997, dictó Sentencia en el Recurso nº 1635/93, sobre devolución recaída en expediente de expulsión, en cuya parte dispositiva se establecía: "Que desestimando el Recurso Contencioso-Administrativo promovido por Don Fartán M. L. contra el Acuerdo que se especifica en el primer fundamento jurídico de esta Sentencia, mantenemos el mismo por estar ajustado a derecho. Sin declaración de costas".

SEGUNDO.- En escrito de 3 de septiembre de 1997, la representación del actor procedió a anunciar la interposición del oportuno Recurso de Casación. Por Providencia de 10 de septiembre de 1997, la Sala de instancia tuvo por preparado el Recurso, con emplazamiento de las partes ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en el plazo de treinta días.

TERCERO.- En escrito de 29 de septiembre de 1997, el Procurador Don Agustín Sáiz Arroyo, en nombre y representación de DON FARTAN M. L., procedió a formalizar el presente Recurso de Casación, interesando, tras la revocación de la Sentencia de instancia, la estimación del Recurso Contencioso-Administrativo, declarando la nulidad del acto impugnado.

CUARTO.- En escrito de 6 de octubre de 1998, el Abogado del Estado, interesó la confirmación de la Sentencia recurrida.

QUINTO.- Por Providencia de la Sala de instancia, de dos de abril de dos mil uno, se señaló para votación y fallo del presente Recurso el día ocho de noviembre de dos mil uno.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, Magistrado de Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, como fundamento de la parte dispositiva de la Sentencia, de 30 de julio de 1997, establecía entre otros, los siguientes razonamientos: "Después de precisar que el objeto del Recurso se centraba en la Orden de devolución dictada por Resolución del Gobierno Civil de Málaga, de 3 de junio de 1993, recaída en el expediente de expulsión 474/93/D, y de advertir que el recurrente fue expulsado de España, en fecha 11 de enero de 1991 por los motivos a) y f) del artículo 26 de la Ley Orgánica 7/1985, con prohibición de entrada en el territorio español durante cinco años, señala que el hoy actor infringió esta prohibición, volviendo a entrar en territorio español, y en expediente administrativo, sin audiencia, se acordó su expulsión, alegando frente a este Acuerdo que el 8 de junio de 1991, el recurrente, de conformidad con el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 7 de junio de 1991, sobre regulación solicitó acogerse a sus beneficios y que tiene recurrido en vía jurisdiccional la denegación de los permisos de residencia y trabajo.

Para la Sala de instancia, el Acuerdo de devolución, según lo dispuesto en el artículo 36.2 de la Ley Orgánica 7/1985, es una facultad de ejecución inmediata que se basa en el Acuerdo de expulsión anterior, -con prohibición de regreso en el plazo de cinco años-, que no necesita expediente alguno. Considera, igualmente, que el artículo 36.2 es plenamente constitucional y que no se ha infringido el principio de tutela judicial efectiva, como prueba la existencia del presente Recurso, así como el que promovió al amparo de la Ley 62/78.

SEGUNDO.- En escrito de 29 de septiembre de 1997, la representación procesal del actor procedió a formalizar el presente Recurso de Casación, en base a los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo del artículo 95.1.4 de la Ley de la Jurisdicción, denuncia la infracción del artículo 36.2 de la Ley Orgánica 7/1985, según el cual, si bien no es necesario incoar expediente de expulsión para proceder a la devolución, no quiere decir que esta pueda llevarse a cabo sin incoar expediente alguno, como lo entiende el Tribunal de instancia.

Segundo.- Al amparo del mismo precepto de la Ley de la Jurisdicción, denuncia la infracción del artículo 29.2 de la citada Ley Orgánica, en cuanto que no se ha dado audiencia al interesado, en los términos previstos en la Ley de Procedimiento Administrativo. Considera, que tal acto, el de devolución, requiere, en cualquier caso, de un expediente, por breve que sea.

Tercero.- Denuncia la falta de audiencia previa del interesado en la que pudiera poner de manifiesto, una posible suspensión de la Orden, el acogerse a un período de regularización como es el caso, la petición de asilo en el plazo de un mes, etc. Con cita de la Sentencia de 11 de abril de 1995, sostiene el derecho a hacer alegaciones de los que van a ser devueltos, así como el derecho a demostrar las alegaciones.

Cuarto.- El actor procedió a ejecutarse sin haber precedido con anterioridad, la notificación al interesado, con infracción de los artículos 58.1 y 93.2 de la Ley 30/92.

Quinto.- Procede a calificar la devolución como sanción, al calificarse, en este sentido, en el Capítulo VI del Reglamento, aprobado por Real Decreto 155/96, donde sus artículos 75 y 96 califica como infracción, tanto la entrada ilegal como la contravención de la prohibición de entrada. Entiende que en los casos de devolución no concurren los requisitos de urgencia que pudieran justificar la coacción directa de la Administración. Por otra parte, un análisis de la regulación permite observar como se dan todos los elementos procedimentales de los que carece la coacción directa; existe un contenido declarativo previo, como es la Orden de devolución, distinta de la Orden de expulsión, así como la posibilidad de su cumplimiento voluntario (artículo 123) y, en su defecto, su ejecución mediante la compulsión personal previa Orden del Gobernador Civil. Concluye afirmando que la coacción directa no es aplicable, al faltar el requisito de la urgencia, a la de los supuestos de devolución por infringir la prohibición de entrada, donde claramente existe un título ejecutivo previo, cual es la Orden de expulsión, ni en aquellos casos en que la entrada ilegal ya se ha consumado íntegramente, por carecer del requisito de la urgencia. Discrepa de la afirmación de la Sentencia de instancia, según la cual, la devolución es calificada como una facultad de ejecución inmediata. La compulsión de las personas, prevista en los artículos 95 y 101.1 de la Ley 30/92, exige el previo apercibimiento, como también prevé el artículo 85 del Real Decreto 1119/86 que desarrollaba la Ley de Extranjería.

TERCERO.- Los cuatro primeros motivos del presente Recurso, desde diversas perspectivas, invocan la infracción de los artículos 29.2 y 36.2 de la Ley Orgánica 7/1985, así como la posible invocación de la suspensión de la Orden de expulsión, al acogerse a un procedimiento de regularización, la cual se ha ejecutado sin la previa notificación al interesado, en los términos previstos en los artículos 58.1 y 93.2 de la Ley 30/92.

Se alega, en resumen, que ni se ha incoado un expediente administrativo, ni se le ha dado audiencia en el mismo, ni se ha procedido a notificar, adecuadamente, la citada Orden.

Dichos motivos no pueden acogerse, pues como determina el artículo 36 de la Ley Orgánica 7/1985, "toda expulsión llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un período mínimo de tres años", precisando, a continuación que: "no será preciso expediente de expulsión para la devolución, por Orden del Gobernador Civil de la Provincia, de los extranjeros que, habiendo sido expulsados, contravengan la prohibición de entrada en España, ni para aquellos que hayan entrado ilegalmente en el país, salvo en el supuesto contemplado en el artículo 4.1 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de refugiado".

Del mismo puede deducirse que, como ocurre en el presente supuesto, cuando se incumple la Orden de expulsión y prohibición de entrada en territorio español durante cinco años, acordada el 11 de enero de 1991, por los motivos previstos en el artículo 26, apartados a) y f) de la Ley Orgánica 7/1985, procedimiento en el que ya tuvo oportunidad de formular alegaciones, respecto de los motivos imputados el hoy recurrente, la posterior devolución, una vez producida la entrada ilegal, que quebranta la citada Orden de expulsión, la devolución aquí cuestionada es una manifestación de la propia ejecutividad del acto administrativo incumplido, no teniendo sustantividad propia como para justificar un nuevo procedimiento ni pudiendo ser calificada, tampoco, como un procedimiento sancionador, carente de garantías, como ha recordado la sentencia de esta Sala de 14 de diciembre de 1998, en cuyo fundamento de derecho tercero se precisa que: [... La Administración, al ordenar la expulsión de la recurrente una vez tramitado el correspondiente expediente, ejecutó, de forma forzosa, la obligación que pesaba sobre ésta de salir del territorio español por carecer de permiso de residencia y no haber tampoco obtenido prórroga de estancia, ya que los extranjeros sólo pueden encontrarse en España en alguna de las situaciones previstas en el artículo 13.1 de la mencionada Ley Orgánica 7/1985, en ninguna de las que estaba la recurrente, por lo que venía obligada a abandonar el territorio español voluntariamente, y, en caso de no efectuarlo, las autoridades españolas competentes ostentan la facultad, otorgada por los artículos 20, 26 y 36 de la misma Ley Orgánica, de expulsarla, como así lo hicieron mediante la resolución impugnada en el proceso seguido en la instancia, de manera que en tales supuestos la expulsión no tiene el significado de una sanción sino de una devolución, contemplada en los artículos 36.2 de la mentada Ley Orgánica 7/1985, 85.1.b), 5 y 89 de su Reglamento...].

Se trata, como hemos dicho, de la ejecución del mismo acto de expulsión, acordado con todas las garantías y cuya ejecución forzosa, ante el incumplimiento del actor, procede a llevar a la práctica mediante el Acuerdo del Gobernador Civil aquí recurrido.

CUARTO.- Por lo que se refiere a la eventual solicitud de acogimiento a un período de regularización, además de su carácter hipotético, no resulta admisible, pues como también señala la Sentencia de 18 de marzo de 1998, dicha situación no es posible cuando el hoy recurrente ha sido expulsado el 11 de enero de 1991, con prohibición de entrada en España durante cinco años, una vez garantizada la audiencia que aquí, impropiamente, se cuestiona.

Por lo que se refiere al quinto motivo, en el que se califica de procedimiento sancionador la devolución del extranjero que incumple la Orden de expulsión, regresando ilegalmente al territorio nacional antes del cumplimiento del plazo fijado de cinco años, dicha opinión no puede ser compartida por la Sala, dicho sea con todos los respetos para el recurrente. La Jurisprudencia de esta Sala, de forma reiterada viene declarando que el procedimiento de expulsión, seguido con la debida observancia de los requisitos establecidos en la Ley Orgánica 7/1985 y en su Reglamento, no constituye un procedimiento sancionador, no siendo aplicables,

por tanto, al procedimiento de devolución, -ejecución de una Orden de expulsión incumplida-, las garantías que pretende el actor.

No se puede, por último, admitir los razonamientos que efectúa el recurrente acerca de la figura de la coacción directa. Como hemos advertido, la Orden de devolución, se justifica, como título de ejecución, en un acto previo del que constituye su mero cumplimiento forzoso ante la falta de voluntariedad y aceptación del hoy recurrente, quien con su conducta infringió la prohibición de entrada en el territorio español, obligando a las autoridades, -Orden de devolución dictada por el Gobernador Civil de Málaga, de 3 de junio de 1993-, a ejercer, como acertadamente razona la Sentencia de instancia, una facultad de ejecución inmediata que se basa en el Acuerdo de expulsión anterior.

Por todo ello, procede desestimar el presente Recurso, previa confirmación de la Sentencia recurrida, con imposición de las costas al recurrente, en los términos establecidos en el artículo 102.3 de la Ley de la Jurisdicción.

F A L L A M O S

Que desestimando el Recurso de Casación, interpuesto por el Procurador Don Agustín Sanz Arroyo, en nombre y representación de DON FARTAN M. L., contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, de 30 de julio de 1997, dictada en el Recurso nº 1635/93, debemos declarar y declaramos su conformidad con el Ordenamiento Jurídico, imponiéndose las costas al recurrente.

Así por esta nuestra sentencia que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.