



Roj: **STSJ AND 11613/2024 - ECLI:ES:TSJAND:2024:11613**

Id Cendoj: **29067330012024100649**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Málaga**

Sección: **1**

Fecha: **01/07/2024**

Nº de Recurso: **1115/2022**

Nº de Resolución: **1895/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **CARLOS GARCIA DE LA ROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla - Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga

Avda. Manuel Agustín Heredia, 16, 29001, Málaga.

N.I.G.:2906733320220000677.

Procedimiento: Recurso de Apelación 1115/2022.

De: Dastin

Procurador/a:MARÍA DE LA ALMUDENA GIL HIDALGO

Letrado/a:MONICA TREJO GUTIERREZ

Contra: DELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN MELILLA

Letrado/a: ABOGACIA DEL ESTADO DE MELILLA

SENTENCIA NÚMERO 1895/2024

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES

PRESIDENTE

D. MANUEL LOPEZ AGULLO

MAGISTRADOS

D^a. TERESA GOMEZ PASTOR

D. CARLOS GARCIA DE LA ROSA

Sección Funcional 1^a

En la ciudad de Málaga, a uno de julio de dos mil veinticuatro.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, el recurso de apelación registrado con el número de rollo 1115/22, interpuesto por la representación de Dastin, contra la sentencia num. 28/22, de 23 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Melilla en el seno del procedimiento abreviado 191/21; habiendo comparecido como apelado la DELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN MELILLA, representada y asistida por el Sr. Abogado del Estado, se procede a dictar la presente resolución.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Carlos García de la Rosa, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.-Por la representación de Dastin se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución desestimatoria del recurso de alzada interpuesto frente a la resolución de la Delegación del Gobierno en Melilla que se acuerda la devolución del recurrente a su país de origen.

SEGUNDO.-El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número 2 de Melilla dictó, en este recurso contencioso-administrativo tramitado con el nº PA 191/21, sentencia de fecha 23 de marzo de 2022 por la que desestimaba el recurso contencioso administrativo interpuesto.

TERCERO.-Contra dicha sentencia por la parte actora se interpuso Recurso de Apelación, en el que se exponen los correspondientes motivos y que fue admitido a trámite, y del que se dio traslado a las partes personadas, oponiéndose a la estimación del recurso la representación procesal de la Delegación del Gobierno en Melilla, se remitieron seguidamente las actuaciones a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo.

CUARTO.-No habiéndose solicitado celebración de vista o presentación de conclusiones, quedaron los autos, sin más trámite para votación y fallo, designándose ponente y señalándose seguidamente día para votación y fallo, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-La sentencia recurrida desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto y avaló la resolución administrativa impugnada que acuerda la devolución del recurrente a su país de origen al entender que se trata de una medida de carácter repatriativo, no sancionador, a la que no son de aplicación los principios y garantías de los procedimientos administrativos sancionadores.

Frente a esta sentencia se alza la recurrente solicitando el dictado de sentencia que revoque la de instancia, y con ella la resolución administrativa combatida por la que se acuerda la devolución del recurrente. Considera infractora del orden jurídico a la resolución administrativa que inmotivadamente acuerda la devolución del recurrente a su país de origen. La resolución sería nula por infracción de las normas de procedimiento pues debiera haberse optado por la tramitación del procedimiento administrativo sancionador con sus garantías pues considera que la medida de devolución tiene esta naturaleza sancionadora que justifica la operatividad de las reglas, principios y garantías del procedimiento sancionador omitidos en este caso.

La Abogacía del Estado se opone al recurso de apelación e interesa la confirmación de la sentencia atacada en base a sus propios fundamentos.

SEGUNDO.-Se viene sosteniendo por esta Sala de forma reiterada, la medida de devolución no tiene naturaleza sancionadora y en consecuencia no le son de aplicación los principios y reglas que rigen en el procedimiento administrativo sancionador, atenuándose el rigor de la exigencia de motivación que el art. 35.1 de LPAC asocia a las resoluciones restrictivas de derechos en su apartado a), en estos términos se expresa la Sentencia de esta misma Sala de fecha 15 de noviembre de 2011 cuando afirma que " Compartimos con la sentencia recurrida la adecuación del procedimiento de devolución como el adecuado para estos casos. En efecto, según el art. 58.2.b) de la Ley Orgánica 8/2000, no será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en el país, medida prevista también en su desarrollo reglamentario, constituido por el art. 138.1 del RD 864/2001) (Reglamento de Extranjería anterior pero aplicable por razones temporales) y actualmente por el art. 157 del R. Decreto 2.393/2004, de 30 de diciembre) , que aprueba el Reglamento Ejecutivo de la LOEX. Todo lo anterior conduce a la conclusión de que la Subdelegación del Gobierno actuó conforme a la legalidad al ordenar la devolución.

Desde una perspectiva formal, la Ley contiene una previsión clara ya que en el artículo 58.2 se dispone que no es preciso el expediente de expulsión para la devolución del extranjero en este caso, y es que la medida no tiene naturaleza sancionadora como alega el sr. Abogado del Estado.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 22 de diciembre de 2005 hace una interesante distinción aplicable al caso presente cuando expresa: "Tenemos que preguntarnos, por tanto, cuál sería la medida que cabe adoptar, conforme a la vigente Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España 4/2000, reformada por Leyes Orgánicas 8/2000), 11/2003 y 14/2003, respecto de un extranjero que ha entrado ilegalmente en España, encontrándose, por consiguiente, irregularmente en territorio español sin haber sobrepasado su estancia en dicho territorio los noventa días.

En este sentido no podemos compartir con la sentencia de instancia que la redacción del artículo 58.6 de la ley de Extranjería dada por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre) , tenga "carácter inequívocamente sancionador" o incluso dudar de su constitucionalidad.

Con esa medida no se vulneran principios constitucionales. La situación de ilegalidad o irregularidad administrativa ha intentado ser combatida por las distintas leyes de extranjería en el entendimiento de que



era preciso establecer unos mecanismos de integración del flujo migratorio dentro de la legalidad y combatir las situaciones de ilegalidad. De forma que el extranjero que se encuentre en esta situación debe abandonar el territorio nacional, puesto que reiteradamente se ha sostenido por nuestros tribunales, (entre ellos por el Tribunal Constitucional desde su sentencia de 22 marzo 1993) que la libertad de circulación a través de las fronteras del Estado y, el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales, siendo lícito que las leyes y los tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España y a residir en ella.

Tradicionalmente se venía considerando que la salida forzosa de un extranjero del territorio nacional, cuando no estaba comprendido en ninguna de las situaciones administrativas que le habilitaban a permanecer en España, no era una sanción sino una consecuencia legal y obligada de su situación de irregularidad administrativa. Así la Ley Orgánica 7/1985, de 1 julio) distinguía claramente entre la expulsión de aquellos que habiendo entrado legalmente no hubiesen obtenido la prórroga de estancia o el permiso de residencia y aquellos que hubiesen entrado ilegalmente en territorio español, para los que no se requería instruir expediente de expulsión (art. 36,2).

De forma que en este último supuesto la salida forzosa del territorio nacional ni se consideraba una sanción ni requería incoar expediente de expulsión alguno. Así lo consideró también la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo que en su sentencia de 7 abril 1997 afirmaba que "la expulsión del territorio nacional de un súbdito extranjero por no hallarse legalmente en territorio español no constituye, por su naturaleza, la imposición de una sanción, sino la adopción de una medida administrativa limitativa de derechos que debe ajustarse al principio de legalidad, dada la trascendencia que alcanza en relación con los derechos fundamentales de los extranjeros en España". Y en la misma línea la sentencia de 14 diciembre 1998 razonaba que "los supuestos de expulsión del territorio español, ordenada por las autoridades competentes, por no encontrarse un extranjero en alguna de las situaciones contempladas por el art. 13 de la Ley Orgánica 7/1985) , carecen de naturaleza sancionatoria por tratarse de salidas forzosas de aquél, ejecutadas por la Administración ante el incumplimiento de la obligación de abandonarlo, de manera que no cabe invocar la presunción de inocencia sino que, para evitar tales expulsiones, es preciso acreditar que se está en alguno de los supuestos contemplados por el mencionado art. 13 de la Ley Orgánica ..." .

Fue la Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero) la que estableció un cambio cualitativo en esta materia al diseñar un régimen jurídico de infracciones y sanciones entre las que se comprenden tanto la estancia irregular en España como la entrada ilegal si bien a la primera infracción le anudaba una sanción de multa y a la segunda la de expulsión.

La modificación operada por la LO. 8/2000), seguía manteniendo un régimen jurídico sancionador para la mayoría de los incumplimientos y tipificaba como infracción grave (art. 53 ,a) "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" y le anudaba la sanción de multa si bien "Cuando los infractores sean extranjerospodrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo".

La LO. 14/2003) modificó la redacción del art. 53 ,a) y, desde su entrada en vigor, se considera infracción grave "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".

La redacción del precepto permite albergar dudas sobre si se estaba tipificando como infracción grave tan sólo la situación administrativa de irregularidad sobrevenida, es decir, a los supuestos en los que la entrada fue legal o también comprendía aquellos supuestos en los que se entró de forma ilegal en territorio nacional. Para muchos comentaristas la entrada ilegal en territorio español no se contemplaba en esta infracción administrativa por cuanto su irregularidad no se ha producido como consecuencia de no haber obtenido permiso de residencia, sino porque no cumplió con los requisitos para la entrada que recoge el art. 23 de la Ley .

El Tribunal Supremo (sentencia de 22 diciembre 2005) se ha enfrentado con el problema de determinar si la expulsión de un extranjero que entró ilegalmente en territorio español y que llevaba un mes y medio en España podía considerarse comprendida en la infracción administrativa tipificada como grave en el art. 53 a) de la Ley y, en caso contrario, qué medidas administrativas pueden adoptarse respecto de esta persona.

En esta sentencia se comienza por afirmar que el tipo infractor descrito en el art. 53 a) de la Ley Orgánica 4/2000) no regula el caso de un extranjero que haya entrado ilegalmente en territorio español y se encuentre



en él irregularmente sin haber sobrepasado los noventa días de estancia y, por lo tanto, tal conducta " no está calificada de infracción grave en el mencionado art. 53,a de la propia Ley , sin que sea posible una interpretación extensiva de este precepto al venir proscrita por los arts. 25),1 de la Constitución y 129 de la Ley 30/1992) ".

A juicio del Alto Tribunal sí estaría comprendida, sin embargo, la situación consistente en haber entrado ilegalmente en territorio español y haber permanecido irregularmente en él durante más de noventa días (periodo de estancia a que se refiere el art. 30 de la Ley Orgánica) sin haber obtenido prórroga de estancia o sin autorización de residencia, pues, a su juicio, tal conducta se tipifica como infracción grave en el precepto que comentamos y le serían aplicables las sanciones previstas en los arts. 55, 57 y 58,1 de la misma Ley .

A continuación, el mismo Tribunal se enfrentó con el problema de determinar cual debe ser la actuación administrativa posible, y lo hace en los siguientes términos "Tenemos que preguntarnos, por tanto, cuál sería la medida que cabe adoptar, conforme a la vigente Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España 4/2000, reformada por Leyes Orgánicas 8/2000), 11/2003 y 14/2003, respecto de un extranjero que ha entrado ilegalmente en España, encontrándose, por consiguiente, irregularmente en territorio español sin haber sobrepasado su estancia en dicho territorio los noventa días.

Entendemos nosotros que, en aplicación concordada de lo dispuesto por los arts. 30, 53 a) y 58,2 de la propia Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España tal medida no es otra que la devolución contemplada en el art. 58 de la misma, acordada por la autoridad gubernativa competente para la expulsión, pero, a diferencia de lo que sucede con la devolución prevista en los apartados a) y b) del apartado 2 del referido art. 58 , en que no es preciso tramitar expediente de expulsión para tal devolución, en los casos de haber entrado en territorio español y permanecido en él menos de noventa días es necesario tramitar un expediente administrativo para acordarla, pues sólo cuando se devuelve al extranjero que pretende entrar no es necesario tramitar expediente de expulsión, situación esta a la que no puede equipararse la anterior por la razón, antes apuntada, de no poderse extender las normas restrictivas de derechos a supuestos no contemplados expresamente en ellas, y no cabe duda que la devolución sin tramitar un expediente administrativo implica una limitación de garantías.

Así pues, la orden de devolución en este supuesto asimilado a la entrada ilegal en España no requiere la instrucción de un procedimiento sancionador y por tanto, no tiene sentido que se apliquen los principios de culpabilidad, de presunción de inocencia o de proporcionalidad de la medida puesto que la irregularidad administrativa en su origen y su permanencia en el tiempo no permiten tomar en consideración el grado de culpabilidad o el principio de presunción de inocencia para impedir el restablecimiento de la situación jurídica irregular existente. Con la devolución tan sólo se pretende, en tales casos, poner fin a una situación de irregularidad previa y no sobrevenida".

Los rasgos propios de la situación fáctica que permite hacer aplicación de esta medida repatriativa son los de la flagrancia de la entrada irregular, la inmediatez en la detección y la proximidad respecto del perímetro fronterizo, notas que caracterizan el intento irregular de ingreso en territorio nacional, que como consecuencia de la pronta detección impide hablar de la consumación de una situación de estancia que genere una expectativa para el extranjero cuya enervación requiera la tramitación de un expediente sancionador, y por la cercanía de la frontera permite acudir a este ágil mecanismo de restauración del orden jurídico perturbado, requisitos todos ellos que se dan en el caso de autos, atendidas la peculiaridad geográfica de la ciudad autónoma caracterizada por su muy estrecha extensión superficial rodeada de un perímetro fronterizo con el Reino de Marruecos, sin que sean relevantes las manifestaciones unilaterales del ciudadano extranjero sobre la cronología de los hechos a falta de elementos de crédito contrastables, circunstancias expresadas en la sentencia apelada y que convienen a la conformación de una motivación bastante de la misma.

En estos casos el trámite de audiencia al interesado resulta inoperante luego que como hemos dicho en otras ocasiones no se impone, por expresa declaración de inconstitucionalidad, una medida de prohibición de entrada en territorio nacional, que por su carácter sancionador sí requería una tramitación contradictoria del procedimiento administrativo de devolución con la imposición de esa accesoria sanción ya declarada inconstitucional (Sentencia de esta Sala de fecha 26 de diciembre de 2017, Rec. 1153/2016).

En cuanto a la aducida dificultad o imposibilidad de ejecutar la decisión de devolución, bien por no quedar acreditada la nacionalidad o porque el actor no es readmitido en su país de origen, lo que determinaría la nulidad de la resolución recurrida al no poder ser debidamente ejecutada teniendo un contenido imposible ("ex" art. 47.1.c) de la Ley 39/2015), resulta que si bien es cierto que en los casos como el que nos ocupa confluyen ciertas dificultades para la materialización de la ejecución, no lo es menos que ello no afecta a la validez del acto administrativo dictado en fase declarativa, sino a la fase de ejecución de la devolución (STSJA, sede de Málaga de 15 de abril de 2021, Rec. 4980/2019), excluyendo expresamente el art. 2 de la Directiva 115/2008 los supuestos de devolución.



Respecto de la directiva retorno ya hemos dicho que "el artículo 2 de la Directiva 2008/115/CE, a tenor del cual se permite a los Estados miembros no aplicarla "a los nacionales de terceros países a los que se deniegue la entrada con arreglo al artículo 13 del Código de fronteras Schengen, o que sean detenidos o interceptados por las autoridades competentes con ocasión del cruce irregular de las fronteras exteriores terrestres, marítimas o aéreas de un Estado miembro" (Sentencia de fecha 30 de junio de 2017, Rec. 2204/2015)

Esta posición es la sostenida por la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 17/2013, de 31 enero, que de una parte sostiene la naturaleza no sancionadora de la medida de devolución a la que se asigna la naturaleza de medida de ejecución administrativa de las políticas migratorias y de control de fronteras rechazando en consecuencia la posibilidad de aplicar de forma mimética los principios que son de aplicación al procedimiento administrativo sancionador, y que declara inconstitucional y nulo el inciso "Asimismo, toda devolución acordada en aplicación del párrafo b) del mismo apartado de este artículo llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años" del anterior número 6 del artículo 58, en la redacción dada al mismo por el artículo 1.31 de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre y que actualmente se corresponde con el número 7 del mismo artículo, pues mantiene que esta concreta medida sí presenta un evidente carácter sancionador que no es posible imponer de plano y sin la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo contradictorio respetuoso con las reglas procedimentales propias de este tipo de expedientes sancionadores y que son las que se establecen en los arts. 63, 64, 85, 89 y 90 de LPAC, de acuerdo con la jurisprudencia que los interpreta y muy en concreto con la conocida Sentencia del TC 18/1981 de 8 Jun. 1981, rec. 101/1980, que hace extensivos al procedimiento administrativo sancionador los presupuestos, principios y reglas propias de los procesos penales, con algunas matizaciones que la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo han ido puntualizando, y de las que son reflejo las STC 76/1990, de 26 de abril y del TS de 22 de octubre de 2001 (rec. 15/2000), entre otras muchas.

Por último recordar que el TEDH en su sentencia de 13 de febrero de 2020 (asunto N.D. and N.T. v. Spain), ha revisado su doctrina en torno a la posibilidad de practicar devoluciones sumarias de extranjeros que voluntariamente optan por procedimientos irregulares de entrada en el país receptor, no justificados por una imposibilidad real de ingresar por vías legales sirviéndose de los medios de acceso regulares y de los recursos de protección internacional puestos a disposición por el Reino de España en sus puestos fronterizos, de modo que deban estos extranjeros infractores asumir las consecuencias de su actuación concertada y voluntariamente ilegal, premisa que confirma la STC num. 172/20 de 19 de noviembre, que avala la Constitucionalidad del régimen de "rechazo en frontera" prevista específicamente para Ceuta y Melilla en la DA 10ª LO sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, la que el alto Tribunal insiste en considerar que "El "rechazo en frontera" de la disposición adicional décima de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España guarda una cierta similitud con la devolución prevista en el art. 58.3 LOEx, en los términos que expusimos en la STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 12, para diferenciarla de la expulsión y que son trasladables al presente caso. Con la devolución -y también con el rechazo en frontera-, se "pretende evitar la contravención del ordenamiento jurídico de extranjería, por lo que no comporta en sí misma una sanción sino una medida gubernativa de reacción inmediata frente a una perturbación del orden jurídico, articulada a través de un cauce flexible y rápido [...]. En suma [...] consiste en una medida que se acuerda por parte del Estado español en el marco de su política de extranjería, en la que se incluye tanto el necesario control de los flujos migratorios que tienen como destino nuestro país como el establecimiento de los requisitos y condiciones exigibles a los extranjeros para su entrada y residencia en España".

Se desestima el recurso de apelación interpuesto.

TERCERO. -La confirmación de la resolución recurrida, trae aparejada la imposición de costas al apelante por imperativo del artículo 139.2 de la LJCA, hasta el límite de 200 euros que se fija en ejercicio de la facultad prevista en el art. 139.3 de LJCA.

Vistos los artículos citados y demás de aplicación.

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Dastin confirmando la sentencia recurrida de fecha 23 de marzo de 2022 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Melilla, con expresa imposición de costas a la parte apelante, hasta el límite de 200 euros.

Líbrese testimonio de esta Sentencia para su unión al rollo de apelación y notifíquese a las partes.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación a preparar por escrito ante esta Sala en el plazo de treinta días a contar desde la notificación de esta resolución en los términos previstos en el art. 89 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.



Firme que sea remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de procedencia para su ejecución.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.-Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí, el Secretario. Doy fe.-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ