

R. CASACION núm.: 6379/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Carlos Trillo Alonso

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

Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Quinta
Sentencia núm. 120/2019

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. José Manuel Sieira Míguez, presidente

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Juan Carlos Trillo Alonso

D^a. Inés Huerta Garicano

D. César Tolosa Tribiño

D. Francisco Javier Borrego Borrego

En Madrid, a 5 de febrero de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación seguido bajo el número 6379/2017, que ha sido interpuesto por don . . . , representado por la procuradora doña Pilar Gemma Pinto Campos y bajo la dirección letrada de doña María Teresa Pei González, contra la sentencia de fecha 8 de septiembre de 2017, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso de apelación número 909/2016, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 4 de Bilbao, el 22 de junio de 2016, en el procedimiento abreviado 6/2016, sobre expulsión del país con prohibición de entrada del recurrente; habiendo comparecido como parte recurrida el Abogado del Estado, en el nombre y representación que le es propio.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Carlos Trillo Alonso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Subdelegación del Gobierno en Vizcaya se dictó decreto con fecha 14 de diciembre de 2015 que acordaba:

<<[...] esta Subdelegación del Gobierno HA RESUELTO ORDENAR LA EXPULSIÓN del territorio nacional de D. , con la consiguiente prohibición de entrada en España por un periodo de 5 años>>.

Contra dicho decreto el recurrente formuló procedimiento abreviado que fue tramitado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4 de Bilbao bajo el número 6/2016, quien dictó sentencia con fecha 22 de junio de 2016, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

<<1.- Desestimo la demanda interpuesta por D. contra la resolución de 14 de diciembre de 2015 por la que la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia acuerda imponerle la sanción de expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada en España durante un periodo de 5 años.

2.- El demandante abonará las costas>>.

Y recurrida en apelación dicha resolución, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso de apelación número 909/2016, dictó sentencia con fecha 8 de septiembre de 2017, siendo su parte dispositiva como sigue:

<<Que debemos desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. , contra la sentencia núm. 132/2016 de fecha 22 de junio de 2016 dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 6/2016 seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de los de Bilbao, que declaramos ajustada a derecho.

Con expresa imposición a la parte apelante de las costas procesales causadas con el límite de 300 euros por todos los conceptos>>.

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de don , en el nombre y representación que ostenta, presentó escrito de preparación de recurso de casación en los términos previstos en el artículo 89 de la ley reguladora de esta jurisdicción, en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015

TERCERO.- Mediante auto de 13 de noviembre de 2017 la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco tuvo por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo en el plazo de treinta días, con remisión de los autos originales y del expediente administrativo. Así mismo, la referida Sala emitió opinión sucinta y fundada sobre el interés objetivo del recurso en sentido favorable a la admisión del mismo.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes ante este Tribunal, por la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso Administrativo se dictó Auto el 5 de junio de 2017, acordando:

<<1º) Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de D. , contra la sentencia, nº 389/17, de 8 de septiembre, de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, sentencia, confirmatoria en apelación (909/16) de la –nº 132/16, de 22 de junio- del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Bilbao, desestimatoria del P.A. 6/16, deducido frente a la resolución del Subdelegado del Gobierno de Vizcaya de 14 de diciembre de 2015 que, tras la incoación del procedimiento preferente previsto en el art. 63 de la L.O. 4/00, impuso al hoy recurrente la sanción de expulsión en aplicación del art. 53.1.a) de la precitada Ley (estancia irregular), con prohibición de entrada durante un período de cinco años.

2º) Precisar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es determinar, si la elección del procedimiento preferente previsto en el art. 63 de la LOEX -sin justificar debidamente su pertinencia al inicio del procedimiento- es una mera irregularidad formal no invalidante si no ha causado indefensión material, lo que exige acreditar –no solo argumentar- que su tramitación ha privado concretamente al expedientado de posibilidades de defensa o le ha perjudicado por haberse adoptado la medida cautelar de internamiento, o se ha ejecutado inmediatamente la expulsión, impidiéndole abandonar voluntariamente nuestro país, privándole así de la posibilidad de solicitar la revocación de la prohibición de entrada, o, por el contrario, siempre supone un defecto esencial que comporta la anulación de la resolución sancionadora. ✓

3º) Identificar como norma jurídica que, en principio, debe ser objeto de interpretación: artículo 63 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, art. 62.e) de la, entonces vigente, Ley 30/1992 y art. 7 de la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre, sobre normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retomo de los nacionales de terceros países en situación irregular.

4º) Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

5º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

6º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección Quinta de esta Sala Tercera, a la que corresponde el enjuiciamiento del recurso con arreglo a las vigentes normas de reparto.>>.

QUINTO.- Abierto el trámite de interposición del recurso, se presentó escrito por la representación procesal de don . , con exposición razonada de las infracciones normativas y/o jurisprudenciales identificadas en el escrito de preparación, precisando el sentido de las pretensiones que deduce y los pronunciamientos que solicita, para finalizar instando en el suplico que la Sala dicte sentencia <<[...] por la que casando y anulando la Sentencia recurrida ya referenciada, se estime plenamente nuestro recurso en los términos interesados>>.

SEXTO.- Dado traslado para oposición a la parte recurrida, se presentó escrito por el Abogado del Estado quien, con exteriorización de los argumentos que tuvo por convenientes, solicitó que la Sala <<[...] desestime este recurso de casación y conforme la sentencia impugnada>>.

SÉPTIMO.- Por providencia de 18 de octubre de 2018, considerándose necesaria la celebración de vista, se señaló para votación y fallo el día 30 de enero del presente, fecha en la tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso de casación, la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sección Segunda), el 8 de septiembre de 2017, desestimatoria del recurso de apelación número 909/2016, interpuesto por el también aquí recurrente, don _____, contra sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 4 de Bilbao, de 22 de junio de 2016, a su vez desestimatoria del recurso contencioso administrativo por aquel deducido contra resolución de la Subdelegación del Gobierno en Vizcaya, de 14 de diciembre de 2015, por la que se le impone la sanción de expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada en España durante un periodo de 5 años, al considerarlo autor de una infracción grave prevista en el artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

En la resolución de mención se recogen como hechos los siguientes:

<<1º Con fecha 28/09/2015, funcionarios adscritos a la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras de Bilbao, acuerdan iniciar un expediente sancionador administrativo contra D. XXXXXXXXXX, nacional de BOLIVIA, por los hechos siguientes:

Que por comunicación cursada por el Centro penitenciario de Basauri (Bizkaia), a la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras de la Policía de Bilbao, se ha tenido conocimiento del ingreso en dicho establecimiento del interesado, para el cumplimiento de condena de nueve meses de prisión impuesta en sentencia judicial firme, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 7 de Bilbao por un delito de quebrantamiento de medida cautelar (violencia de género).

Consultado con el Registro Central de Extranjeros con el fin de comprobar su situación administrativa de estancia en España, se ha constatado que la misma es irregular por carecer de la autorización de residencia exigida para permanecer y circular libremente por el territorio nacional de forma legal.

Asimismo, le consta en el Registro Central de Penados, antecedentes penales por cinco condenas en sentencia judicial firme, todas por delitos de violencia doméstica y de género.

2º.- Con fecha 01/10/2015, tras notificar al interesado el Acuerdo de iniciación de expediente sancionador presenta escrito por el que formula alegaciones, las cuales han sido desestimadas por el instructor del expediente, formulando después Propuesta de Resolución que ha sido elevada a la autoridad competente para su resolución y que ha sido notificada el 17/11/2015 a su letrado, en la que se propone la sanción de expulsión>>.

Y como hechos probados, que <<El interesado se encuentra en situación administrativa de estancia irregular en España por carecer de la autorización de residencia exigida para permanecer y circular libremente por el territorio nacional de forma legal>> y <<Que a la situación de estancia irregular, se suma el hecho de tener antecedentes penales por cinco condenas en sentencia judicial firme, todas por delito de violencia doméstica y de género, lo que justifica la sanción de sanción de expulsión propuesta>>.

En la sentencia del juzgado se expresa que el recurso contencioso administrativo se fundamenta en que << a) la sanción se ha impuesto a través del procedimiento preferente sin motivo; b) el actor no se encuentra en situación irregular porque la denegación de residencia ha sido recurrida; y c) se vulnera el principio de proporcionalidad, toda vez que su solicitud está sub iudice y tiene arraigo en España>>.

Respecto a la cuestión primera, la relativa al procedimiento utilizado, única considerada en el auto de admisión del recurso de casación, como más tarde veremos, con interés casacional, se aborda por la sentencia del juzgado en su fundamento de derecho segundo en los términos siguientes:

<<Procedimiento utilizado para la tramitación del expediente sancionador.

Por lo que se refiere a la impugnación de la utilización del procedimiento preferente, la cuestión se encuentra resuelta en forma pacífica por la jurisprudencia de nuestro tribunal de apelación.

Así, por ejemplo, en la STSJPV n° 754/2011, del 26 de septiembre de 2011 (en el rec. N° 108/2009), se declara: "la parte apelante insiste en que se ha aplicado el procedimiento preferente y no el ordinario, pues éste es el legalmente establecido para casos como el presente, pues no se imputa al interesado ninguna de las infracciones que permiten la tramitación del expediente de expulsión por vía preferente, ya que lo que se le imputa es infringir el art. 57.2 L.O. 4/2000.

La alegación, a juicio de la Sala, no tiene trascendencia en orden a la anulación de la resolución impugnada toda vez que, aun siendo discutible la tramitación por el procedimiento preferente en lugar del ordinario, el procedimiento preferente da suficientes posibilidades de alegación y de defensa como para afirmar que no se causa indefensión, lo que es exigible para proceder a anular el acto administrativo impugnado. En cualquier caso, el interesado carecía de domicilio conocido, se encontraba irregularmente en España y había sido condenado por la comisión de un delito, lo que justifica plenamente la decisión de expulsión adoptada."

Más recientemente, en un caso semejante al que ahora pende, la STSJPV n° 683/2013, del 12 de diciembre de 2013 (en el rec. n° 622/2012) resolvió: "El primer motivo de apelación que se plantea por la parte recurrente se refiere al procedimiento preferente, que se ha examinado en el F.J.2 de la sentencia, en relación con el RD 557/2011, concluyendo que existían razones suficientes que justificaban el procedimiento, puesto que la recurrente estaba indocumentada, y no vivía en el domicilio facilitado por la misma, lo que permitía concluir que existía riesgo de incomparecencia. La parte recurrente cuestiona la conclusión, señalando que no fue encontrada en el domicilio facilitado, lo que puede ser circunstancial, y que, en todo caso, se comprobó tras incoarse el procedimiento, por lo que no podía justificar su incoación. Pero el argumento no se dirige a cuestionar la otra explicación que sostiene el trámite preferente, y es el hecho de que la Sra. Almudena estaba indocumentada. Y, en todo caso,

debemos indicar que la recurrente pudo efectuar alegaciones, como resulta del informe obrante alf. 5 e.a., y no se invoca ni acredita que el procedimiento preferente haya generado indefensión material a la Sra. Almudena, por lo que, en ningún caso, puede concluirse como propugna, interesando la nulidad de la resolución."

En el mismo sentido, la STSJ PV n° 674/2013, del 09 de diciembre de 2013 (en el rec. n° 623/2012) condona la utilización del procedimiento preferente al no constar que, a la vista del expediente, la elección procedimental causara indefensión al extranjero.

Es lo que ha ocurrido en el caso presente, en que la tramitación preferente no impidió al ahora recurrente la presentación de alegaciones al acuerdo de iniciación (folios 11 a 19 del expediente administrativo), se le dio trámite de audiencia (folios 20 a 26), y nuevamente de forma extensa alegó contra la propuesta de resolución (folios 27 a 40).

A mayor abundamiento debe añadirse que conforme al art. 234 del Reglamento de la LOEx, la tramitación de los expedientes en los que pueda proponerse la expulsión se realizará por el procedimiento preferente, entre otros supuestos, cuando la infracción imputada sea alguna de las previstas en la letra a) del artículo 53.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. Este supuesto es el de encontrarse irregularmente en territorio español, entre otras cosas, por carecer de autorización de residencia. Siendo esta la situación del recurrente en el momento de iniciarse el procedimiento, como se advierte en los folios 3 y 4 del expediente y se razona en el siguiente fundamento jurídico, el procedimiento utilizado es conforme a las normas que lo regulan>>.

El tribunal de apelación aborda la cuestión del procedimiento en el fundamento de derecho tercero de su sentencia al decir:

<<Procedimiento ordinario vs. Procedimiento preferente.

La posición de esta sección en relación con la cuestión procedimental se expone, entre otras, en la STSJ PV 210/2017 de 26 de abril (rec. 697/2016), que, en relación con la normativa aplicable expone que:

"El artículo 63 bis LOEX que regula el procedimiento ordinario para la adopción de la sanción de expulsión, dispone que la resolución que la imponga establecerá un plazo de salida voluntaria de entre 7 y 30 días que comenzará a contar desde el momento en que se notifique la resolución.

De otro lado, el art. 63 LOEX y en su desarrollo el art. 234 ROEX prevé la tramitación del procedimiento preferente en supuestos muy concretos de riesgo de incomparecencia, que el extranjero evite o dificulte la expulsión o represente un peligro para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional, supuestos fuera de los cuales procede tramitar el procedimiento ordinario. Tales previsiones se ajustan, en principio, a lo dispuesto por el artículo 7.4 de la Directiva 2008/115/CE (LA LEY 19517/2008) , a tenor del cual "si existiera riesgo de fuga, o si se desestimara una solicitud de permanencia legal por ser manifiestamente infundada o fraudulenta o si la persona de que se trate representara un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional, los Estados miembros podrán abstenerse de conceder un plazo para la salida voluntaria, o podrán conceder un período inferior a siete días."

En atención a dichas especiales circunstancias, en el procedimiento preferente se abrevian los plazos y los trámites (art.63.4 y 5 LOEX y 235 RLOEX), se autoriza la medida cautelar de internamiento (art.63.2 LOEX), y se dispone la ejecución inmediata de la expulsión (art.63.7 LOEX y 236 RLOEX), ello frente al procedimiento ordinario (arts.63 bis LOEX y 226 a 233 RLOEX), en el que los plazos son más dilatados, hay trámite de prueba y de audiencia previa a la resolución, no cabe adoptar la medida cautelar de internamiento y la ejecución de la resolución cuenta con un plazo de cumplimiento voluntario, que posibilita al interesado solicitar la revocación de la prohibición de entrada (art.58.2 LOEX y 245.2 RLOEX)".

Y la STSJPV 200/2017 de 25 de abril (rec. 780/2016) y STSJPV 34/2016 de 29 de enero (rec. apelación 806/2014):

"En este ámbito, sobre lo debatido en relación con el procedimiento, retomaremos los razonamientos que recogió el FJ 3º de la sentencia de esta Sala 34/2016 de 29 de enero, recaída en el recurso de apelación 806/2014 (LA LEY 25635/2016), así:

<<El art. 63 LOEX y en su desarrollo el art. 234 ROEX prevé la tramitación del procedimiento preferente en supuestos muy concretos de riesgo de incomparecencia, que el extranjero evite o dificulte la expulsión o represente un peligro para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional, supuestos fuera de los cuales procede tramitar el procedimiento ordinario.

En atención a dichas especiales circunstancias, en el procedimiento preferente se abrevian los plazos y los trámites (art.63.4 y 5 LOEX y 235 RLOEX), se autoriza la medida cautelar de internamiento (art.63.2 LOEX), y se dispone la ejecución inmediata de la expulsión (art.63.7 LOEX y 236 RLOEX), ello frente al procedimiento ordinario (arts.63 bis LOEX y 226 a 233 RLOEX), en el que los plazos son más dilatados, hay trámite de prueba y de audiencia previa a la resolución, no cabe adoptar la medida cautelar de internamiento y la ejecución de la

resolución cuenta con un plazo de cumplimiento voluntario, que posibilita al interesado solicitar la revocación de la prohibición de entrada (art.58.2 LOEX y 245.2 RLOEX).

Ahora bien, la Sala ha reiterado que la tramitación del procedimiento preferente sin justificar debidamente su pertinencia al inicio del procedimiento (art. 234 RLOEX), constituye un defecto de forma que por sí mismo no es invalidante si no ha causado indefensión, de conformidad con lo dispuesto por el art. 63.2 LRJAP y PAC (LA LEY 3279/1992), de forma que la anulación de la resolución por dicha causa, no sólo exige argumentar que no concurren los supuestos excepcionales que justifican legalmente la tramitación del procedimiento preferente, sino además argumentar que su tramitación ha causado indefensión privando al interesado de posibilidades concretas de defensa, o bien le ha perjudicado concretamente por haberse adoptado contra él una medida cautelar de internamiento o bien por haberse ejecutado inmediatamente la resolución impidiéndole abandonar voluntariamente el territorio español privándole de la posibilidad de interesar la revocación de la prohibición de entrada.

Y la STSJPV de 25 de enero de 2017 (rec. 867/2015), en la que se analiza la relevancia que pudiera tener en relación con la tramitación del procedimiento preferente, el hecho de que el recurrente estuviera interno en un Centro penitenciario. En esta sentencia decimos: "Ahora bien, esta Sección viene reiterando que la tramitación del procedimiento preferente sin justificar debidamente su pertinencia al inicio del procedimiento (art.234 RLOEX), e incluso cuando no concurren las causas que a tenor del art. 63 LOEX lo justifican, constituye un defecto de forma que por sí mismo no es invalidante, de conformidad con lo dispuesto por el art. 63.2 LRJAP y PAC, si no ha causado indefensión, de forma que la anulación de la resolución por dicha causa, no sólo exige argumentar que no concurren los supuestos excepcionales que justifican legalmente la tramitación del procedimiento preferente, sino además argumentar que su tramitación ha causado indefensión privando al interesado de posibilidades concretas de defensa, o bien le ha perjudicado concretamente por haberse adoptado contra él una medida cautelar de internamiento o bien por haberse ejecutado o poderse ejecutar la resolución impidiéndole abandonar voluntariamente el territorio español, privándole de la posibilidad de interesar la revocación de la prohibición de entrada en caso de hacerlo.

El acuerdo de incoación del procedimiento de expulsión de fecha 13 de octubre de 2014 (folios 8 a 12 del expediente) no motiva la concurrencia de causas que justificaran su tramitación de conformidad con lo previsto por los artículos 63 LOEX y 234 RLOEX.

No sólo la resolución carece de motivación en dicho aspecto, sino que no concurren las circunstancias justificativas alegadas novedosamente por la Administración apelante de riesgo de incomparecencia derivado del hecho de hallarse indocumentado y de peligro para el orden público en atención a los antecedentes, ya que, tal y como alega el apelado, se hallaba

interno en un centro penitenciario desde el 15 de septiembre de 2014 cumpliendo una pena de un año de prisión por un delito de atentado, lo que evidentemente imposibilita su fuga y neutraliza el peligro para el orden público que pudiera entrañar.

Por tanto, lo cierto es que la resolución no motiva la tramitación del procedimiento preferente, ni consta dicha motivación en el expediente, incurria que es desde luego censurable, pero no es determinante de la nulidad de la resolución si no ha causado indefensión o perjudicado al interesado por habersele impuesto medidas cautelares o ejecutado la expulsión sin concederle un plazo de salida voluntaria.

Ahora bien, así como en los supuestos resueltos por la Sección hasta el presente momento, en los que 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 acreditaba 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 por el artículo 63 bis LOEX, lo que resultaba constatable en el momento de la celebración de la vista en la instancia, en el supuesto de autos, puesto que el interesado se hallaba interno en un centro penitenciario desde el 15 de septiembre de 2014 cumpliendo una pena de prisión de un año, no cabe concluir con la certeza necesaria que la Administración no haya procedido o proceda a la directa ejecución de la resolución sancionadora una vez cumplida la pena, privando al interesado del plazo de cumplimiento voluntario previsto en el artículo 63 bis LOEX, razón por la cual, la tramitación del procedimiento preferente determina un efecto potencialmente perjudicial para el interesado al privarle de la posibilidad de salir voluntariamente de España, e interesar la revocación de la prohibición de entrada impuesta en la resolución sancionadora, lo que supone que la infracción del artículo 63 LOEX en que incurre la resolución recurrida resulta relevante y tiene virtualidad anulatoria de la resolución, razón por la cual procede desestimar el presente recurso de apelación y confirmar la sentencia apelada, aun cuando por distintos razonamientos.

En el supuesto que nos ocupa el expediente administrativo se incoa en virtud de denuncia recibida del Centro Penitenciario de Basauri, en el que está cumpliendo condena el Sr. ■■■■, el 23 de julio de 2015. El expediente se incoa el 28 de septiembre de 2015. Se incoa el procedimiento preferente sin que se motive en el acuerdo de iniciación (f. 5-6).

Por la Sala en la STSJ PV de 25 de enero de 2017 (rec. 867/2015), que desestimó el recurso interpuesto por el Abogado del Estado, se consideró relevante que el apelante se encontraba cumpliendo la pena, y por lo tanto, sujeto a que potencialmente se viera privado de la posibilidad de salir voluntariamente de España, e interesar la revocación de la prohibición de entrada. En el supuesto que nos ocupa, el apelante se encontraba cumpliendo una pena de 9

meses de prisión, seguía en el centro penitenciario el 1 de enero de 2016, se concedió la medida cautelar de suspensión en febrero de 2016, y en principio hay que entender que la pena estaba cumplida a la fecha de la vista (el 15 de junio de 2016), sin que conste que se hubiera materializado el perjuicio que pudiera suponer para el afectado el que se ejecutara la salida obligatoria, sin haberle concedido la posibilidad de salida voluntaria. Como hemos indicado, de hecho estaba suspendida la ejecución de la sanción, y, en principio, cumplida la pena a la que se refiere el acuerdo de inicio del expediente administrativo.

Por otra parte, y desde la perspectiva de la indefensión material derivada de que no se practicaran las pruebas interesadas en su escrito de alegaciones, es al recurrente al que le correspondía la aportación de la prueba documental, como así ha sido, constando en el propio expediente administrativo todos los datos. No puede por ello considerarse que existiera indefensión material>>.

SEGUNDO.- Disconforme el recurrente en primera instancia y en apelación con las sentencias referenciadas, prepara el recurso de casación, en cuyo escrito considera que se ha infringido el ordenamiento jurídico al tramitar el expediente sancionador por un procedimiento inadecuado, al apreciarse una situación irregular inexistente y al no respetarse el principio de proporcionalidad, citando al efecto las normas y la jurisprudencia que entiende vulnerada.

Y una vez que se tuvo por preparado el recurso de casación por el Tribunal Superior de Justicia, tras remisión de las actuaciones a esta Sala, por auto de su sección primera de 23 de febrero de 2018, se admitió a trámite, exteriorizándose en los apartados segundo y tercero de su parte dispositiva lo siguiente:

<<2º) Precisar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es determinar, si la elección del procedimiento preferente previsto en el art. 63 de la LOEX -sin justificar debidamente su pertinencia al inicio del procedimiento- es una mera irregularidad formal no invalidante si no ha causado indefensión material, lo que exige acreditar –no solo argumentar- que su tramitación ha privado concretamente al expedientado de posibilidades de defensa o le ha perjudicado por haberse adoptado la medida cautelar de internamiento, o se ha ejecutado inmediatamente la expulsión, impidiéndole abandonar voluntariamente nuestro país, privándole así de la posibilidad de solicitar la

revocación de la prohibición de entrada, o, por el contrario, siempre supone un defecto esencial que comporta la anulación de la resolución sancionadora.

3º) Identificar como norma jurídica que, en principio, debe ser objeto de interpretación: artículo 63 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, art. 62.e) de la, entonces vigente. Ley 30/1992 y art. 7 de la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre, sobre normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular>>.

TERCERO.- Ya en el escrito de interposición sostiene el recurrente la infracción del artículo 63.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en relación con el artículo 62.e) de la Ley 30/1992, de 25 de noviembre, y con el artículo 7 de la Directiva 2008/2015/CE, de 16 de diciembre, con el argumento sustancial de que con la modificación operada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de la Ley Orgánica 4/2000, concretamente del artículo 63.1, la comisión de la infracción prevista en el artículo 53.a) no puede dar lugar sin más a la incoación del procedimiento preferente, únicamente viable cuando además del hecho de la infracción concurren las circunstancias siguientes: riesgo de incomparecencia, que el extranjero dificulte la expulsión o que exista riesgo para el orden público.

Sentando como punto de partida que las circunstancias que habilitan al seguimiento del procedimiento preferente no concurren en el supuesto de autos, invoca la infracción del artículo 62.e) de la citada Ley 30/1992, la nulidad de pleno derecho del acto administrativo impugnado, por tramitación de un expediente que prescinde total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, así como la también vulneración del artículo 7 de la Directiva ya referenciada, por reducción de las garantías que la propia Directiva consagra, en particular, denegación de la salida voluntaria y ejecución inmediata de la expulsión.

Añade el recurrente en el desarrollo argumental del escrito de interposición la indefensión causada por el escaso margen de tiempo

concedido para la aportación de documental, máxime cuando concurría la circunstancia de encontrarse privado de libertad, y por el sistemático rechazo a la práctica de pruebas de descargo, normalmente acreditativas del arraigo.

CUARTO.- La cuestión que formula el auto de la sección primera de admisión del recurso de casación, ya ha sido abordada por esta sección quinta en la sentencia de 20 de junio de 2018, dictada en el recurso de casación 333/2017. ✕

En la sentencia referenciada, desestimatoria de un recurso de casación interpuesto contra la dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, estimatoria del recurso de apelación formulado contra otra del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de San Sebastián, anulatoria de resolución de la Subdelegación del Gobierno de Guipúzcoa, por la que se impuso al recurrente la sanción de expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada de tres años, como responsable de una infracción de estancia irregular en España, se aborda en efecto la cuestión que como de interés casacional se expresa en el auto de admisión del recurso que nos ocupa. Los términos del auto de admisión de aquel recurso de casación y del de igual naturaleza dictado en las presentes actuaciones son sustancialmente iguales.

En la reseñada sentencia de 2 de julio de 2018, sentando como punto de partida que en la de apelación se apreció la existencia en el caso enjuiciado de un riesgo de incomparecencia del allí recurrente, se consideró que la existencia de un déficit en la motivación exteriorizada en el acuerdo de iniciación del procedimiento preferente constituía una irregularidad no invalidante que no produce indefensión.

Tras transcribir en el fundamento de derecho quinto de la indicada sentencia el artículo 63.1 de la Ley 4/2000 y expresar que la infracción imputada en el caso de autos es la tipificada en el artículo 53.1.a) de la ley, por lo que de conformidad con dicho precepto la tramitación del procedimiento preferente requiere la concurrencia de alguno de los tres supuestos legalmente

53.2/7/18

previsto a tal efecto en el mismo y que la sala de apelación no desconoce las relevantes diferencias en el régimen jurídico previsto para el procedimiento preferente y el ordinario, advierte, seguidamente, que <<[...] mientras para la resolución dictada en primera instancia no hay riesgo de incomparecencia del extranjero incurso en situación irregular, y por tanto no es procedente la aplicación del procedimiento preferente, en cambio, sí que existe el riesgo indicado para la resolución dictada en segunda instancia y, por tanto, ha lugar a la tramitación del caso bajo el procedimiento preferente>>.

Con apoyo en lo expuesto, en el apartado B del mencionado fundamento quinto, se llega a la consideración expuesta en los términos siguientes:

<<Partiendo, pues, de la indicada valoración de la que como decimos no podemos ahora desmarcarnos, la cuestión a elucidar en esta sede consiste en determinar las consecuencias que en derecho cumple deducir a resultas de la existencia de un déficit en la motivación exteriorizada por el acuerdo de iniciación del procedimiento preferente, esto es, no se trata de terciar en la controversia sobre si hay o no riesgo de incomparecencia en el caso, sino que, dando por inconcusa la existencia de dicho riesgo, lo que hemos de determinar es si no se ha motivado la concurrencia de dicho supuesto suficientemente, o no se ha procedido a efectuar la motivación requerida legalmente de forma suficientemente precisa; y, sobre todo, las consecuencias que habría de deducir de la existencia del indicado "déficit" de motivación.

Pero, como no nos cansamos de repetir, partiendo de la concurrencia de uno de los supuestos de hecho legalmente previstos determinante de la iniciación del procedimiento por esta vía (en el caso de autos, riesgo de incomparecencia), y sin hacer supuesto ahora de esta cuestión.

Así las cosas, y 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 incursos 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. Así hemos de dar respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia que se plantea en el presente recurso; y así también hemos de venir ahora, por tanto, a acordar la desestimación el presente recurso. Lo que no cabe es ir más allá de tales supuestos, y desbordar de dicho modo el marco al que hemos de atenernos para la resolución de este recurso>>.

Más recientemente en sentencia de esta Sala de 28 de enero de 2018 - recurso de casación 3964/2017-, sentando igualmente como punto de partida la apreciación por el tribunal *a quo* de la concurrencia de una de las causas que justifican la aplicación al caso del procedimiento preferente, referíamos que ello suponía haberse sujetado a sus previsiones y que la falta de indicación al inicio del mismo de su aplicación no permitía observar el vicio de nulidad de pleno derecho -fundamento de derecho tercero-. Concluíamos que la falta de indicación o la insuficiente motivación en el acuerdo de iniciación del procedimiento preferente carece de trascendencia (virtualidad) invalidante - fundamento de derecho cuarto-.

Pero en el supuesto ahora enjuiciado no se observa que en la sentencia de apelación se hubiera apreciado un riesgo de incomparecencia del recurrente ni ninguna otra de las circunstancias que habilitan para seguir el procedimiento preferente. Tampoco en la sentencia dictada en primera instancia.

Lo que se sostiene en la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 4 de Bilbao, en pro a la utilización del procedimiento

preferente es que no ocasionó indefensión al no impedir al recurrente la presentación de alegaciones al acuerdo de iniciación, al habersele dado trámite de audiencia y al haber alegado nuevamente de forma extensa contra la propuesta de resolución.

No hay mención alguna en la sentencia del Juzgado que haga referencia a la concurrencia de alguna de las circunstancias que el artículo 63.1 de la ley 4/2000 exige para el seguimiento del procedimiento preferente.

Es más, cuando a mayor abundamiento se añade en la sentencia de primera instancia que conforme al artículo 234 del Reglamento de la ley Orgánica de Extranjería, <<[...] la tramitación de los expedientes en los que pueda proponerse la expulsión se realizará por el procedimiento preferente, entre otros supuestos, cuando la infracción imputada sea alguna de las previstas en la letra a) del artículo 53.1 de la Ley Orgánica 472000>>, no está teniendo en cuenta el juzgador la reforma que de dicha ley se lleva a efecto por la Ley Orgánica 2/2009, de aplicación al supuesto de autos, en la que, entre otras modificaciones, se varía el artículo 63, quedando fuera del procedimiento preferente la infracción prevista en el artículo 53.1.a), salvo la concurrencia de las circunstancias previstas en el indicado artículo 63.

Tampoco en la sentencia resolutoria de la apelación se contiene reconocimiento de que concurre alguna de las circunstancias previstas en el artículo 63, habilitantes para el seguimiento del procedimiento preferente por la infracción contemplada en el artículo 53.1.a)

Si bien en ella se reconoce que el procedimiento preferente se supedita en el supuesto de la infracción tipificada en el artículo 53.1.a) a la concurrencia de las circunstancias prevenidas en el artículo 63, no se contempla reconocimiento expreso sobre esa concurrencia.

Se afirma en el fundamento de derecho tercero que hemos transcrito que la resolución administrativa carece de motivación que justifique la tramitación

del procedimiento preferente, y exterioriza una serie de circunstancias de las que no se infiere la concurrencia de alguna de las previstas en el artículo 63.

Ni se infiere la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 63 del hecho de que el procedimiento se incoara el 28 de septiembre de 2015, en virtud de denuncia del Centro Penitenciario de Basauri, en el que el recurrente, el 23 de julio de 2015, estaba cumpliendo condena por una pena de nueve meses de prisión, ni se infiere tampoco de que continuara en el centro penitenciario el 1 de enero de 2016, ni de que se le concediera la medida cautelar de suspensión en febrero de 2016, ni de que se pueda entender que la pena estaba cumplida el 15 de junio de 2016, fecha de la celebración de la vista.

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.

QUINTO.- No ha lugar a la imposición de las costas de este recurso a ninguna de las partes, por no apreciarse temeridad o mala fe y, de conformidad con lo establecido en el artículo 93.4º de la ley jurisdiccional, cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido , de acuerdo con la interpretación de las normas establecidas en el fundamento de derecho cuarto:

PRIMERO.- Haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don contra la sentencia de fecha 8 de septiembre de 2017, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso

de apelación número 909/2017, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 4 de Bilbao, el 22 de junio de 2016, en el procedimiento abreviado 6/2016.

SEGUNDO.- Casar y dejar sin efecto la sentencia de instancia y, con acogimiento del recurso contencioso administrativo, anular la resolución administrativa impugnada.

TERCERO.- Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

José Manuel Sieira Míguez

Octavio Juan Herrero Pina

Juan Carlos Trillo Alonso

Inés Huerta Garicano

César Tolosa Tribiño

Francisco Javier Borrego Borrego

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. **Juan Carlos Trillo Alonso**, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.