

COPIA

SENTENCIA Nº 457/2010

En VITORIA - GASTEIZ, a veintiocho de diciembre de dos mil diez.

La Sra. Dña. MARIA CRUZ PEREZ GARCIA, MAGISTRADO del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 3 de VITORIA - GASTEIZ ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 621/2010 y seguido por el procedimiento abreviado, en el que se impugna: RESOLUCION DE 22.07.2010 DE LA SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN ALAVA EN EL EXPEDIENTE 1197/10.

Son partes en dicho recurso: como recurrente [REDACTED] representado y dirigido por el Letrado AITOR BUTRON SORIANO; como demandada SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN ALAVA, representado y dirigido por el ABOGADO DEL ESTADO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Los presentes autos de procedimiento abreviado se iniciaron en virtud de recurso interpuesto por el Letrado Aitor Butrón Soriano en representación de Samir Mesdoui en el que se interesaba la anulación de la resolución de expulsión y prohibición de entrada.

SEGUNDO.- Previas las actuaciones legales tuvo lugar con fecha 16 de diciembre del corriente la celebración de vista en la que la recurrente se afirmó y ratificó en su escrito de recurso y por su parte, la administración recurrida se opuso a la demanda. Practicada la prueba y las conclusiones con el resultado que consta en acta, quedaron los autos pendientes para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo frente a la Resolución de fecha 22 de julio de 2010 dictado por la Subdelegación de Gobierno en Alava que inadmitió a trámite por extemporáneo el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Alava de 12 de abril de 2010 por la que se acuerda imponer a [REDACTED] la sanción de expulsión del territorio nacional como responsable de la infracción prevista en el art. 53.1 a) de la Ley Orgánica 4/2000 con la prohibición de entrada en territorio español por el tiempo de tres años.

Considera el recurrente que la resolución recurrida es nula por falta de motivación y proporcionalidad, a tenor de la doctrina del Tribunal Supremo sustentada en diversas Sentencia, siendo la última de ellas la de 9 de marzo de 2007, y existir además arraigo suficiente en España, percibiendo desde el 29 de enero de 2010 ayudas económicas consistentes en Renta de Garantías

de Ingresos y prestación complementaria de vivienda por lo que concurre el supuesto previsto en el art. 57.5 de la LO 4/2000, además de llevar más de tres años residiendo en España, contar con oferta de trabajo y tener un informe de arraigo favorable emitido por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz.

La Administración demandada se opuso al recurso alegando en primer lugar que la resolución recurrida inadmitió a trámite el recurso de reposición por extemporáneo por lo que la Resolución de 12 de abril de 2010 devino firme y consentida, y subsidiariamente solicita se confirme la sanción de expulsión o se imponga multa al recurrente.

SEGUNDO.- El artículo 48 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece, en su apartado 2 que "si el plazo se fija en meses o años, estos se computarán a partir del día siguiente a aquel en que la notificación o publicación del acto de que se trate", y en su apartado 3 que "cuando el último día del plazo sea inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente.

En el caso de autos, la Resolución de 12 de abril de 2010 por la que se imponía al recurrente la sanción de expulsión fue notificada el 22 de abril del mismo año, por lo que el cómputo del plazo de un mes se iniciaba al día siguiente, 23 de abril; interpuesto el recurso el 23 de mayo de 2010 tal y como así se reconoce por la Administración, es claro que el recurso presentado está dentro del plazo de un mes, por lo que la Resolución impugnada en lo que se refiere a la inadmisión a trámite del recurso de reposición debe ser anulada al no ajustarse a derecho, procediéndose en consecuencia a analizar si la Resolución de 12 de abril de 2010 es o no ajustada a derecho.

TERCERO.- La infracción imputada a la recurrente es la conducta contenida en el artículo 53.b) de la Ley Orgánica 4/2000, tras la modificación operada por la Ley Orgánica 8/2000 y reformada a su vez por la L.O. 14/2003, de 20 de noviembre " b) Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida."

Para resolver esta cuestión, se ha de partir de que es doctrina reiterada del Tribunal Supremo la siguiente (SSTS Sala 3ª, sec. 5ª, 28-11-2008, rec. 9581/2003, 24-6-2008, rec. 1320/2005 y un largo etcétera):

«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 trascendencia.

»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 caso de autos, la Resolución acordando la expulsión del recurrente no expresa una motivación que junto a la permanencia ilegal justifique la medida de expulsión, teniendo en cuenta además que el recurrente percibe desde el 29 de enero de 2010 renta de garantía de

ingresos con la finalidad de lograr su inserción laboral o social, contando además con oferta de trabajo, y una estancia ininterrumpida en España de más de tres años e informe favorable de arraigo, todo lo que lleva a estimar el recurso revocando la Resolución impugnada sustituyendo la medida de expulsión acordada por la de multa por importe de 300 euros.

TERCERO.- No se aprecia temeridad ni mala fe a efectos de imposición de costas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Letrado D. AITOR BUTRON SORIANO en nombre y representación de [REDACTED] frente a la Resolución de fecha 22 de julio de 2010 dictado por la Subdelegación de Gobierno en Alava que inadmitió a trámite por extemporáneo el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Alava de 12 de abril de 2010 por la que se acuerda imponer a [REDACTED] la sanción de expulsión del territorio nacional como responsable de la infracción prevista en el art. 53.1 a) de la Ley Orgánica 4/2000 con la prohibición de entrada en territorio español por el tiempo de tres años, debo declarar y declaro la misma no ajustada a derecho y que deberá ser sustituida por la sanción de multa de 300 euros, sin hacerse un especial pronunciamiento sobre las costas procesales causadas".

MODO DE IMPUGNAR ESTA RESOLUCIÓN: mediante RECURSO DE APELACIÓN EN AMBOS EFECTOS , por escrito presentado en este Juzgado en el plazo de QUINCE DÍAS, contados desde el siguiente a su notificación (artículo 81.1 de la LJCA), y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito), con nº 3837 0000 94 062110, de un depósito de 50 euros, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

Así por esta mi Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.