

N: 11/02/2013

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN

SENTENCIA NUMERO

KOPIA DA
ES COPIA



ILMOS. SRES.
PRESIDENTE:
D.ANTONIO GUERRA GIMENO

MAGISTRADOS:
D.RAFael VILLAFañEZ GALLEGO
DÑA.PATRICIA ARRIZABALAGA ITURMENDI

En la Villa de Bilbao, a dieciocho de enero de dos mil trece.

La Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los/as Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra la sentencia dictada con fecha 23 de septiembre de 2009 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 4 de Bilbao, recaída en los autos del recurso contencioso-administrativo registrado con el número (_____)

Son parte:

- **APELANTE:** ADMINISTRACION DEL ESTADO -MINISTERIO DEL INTERIOR-, representado y dirigido por el ABOGADO DEL ESTADO.

- **APELADO:** _____ asistido por el Letrado D.JAVIER GALPARSORO GARCIA.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. ANTONIO GUERRA GIMENO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por ADMINISTRACION DEL ESTADO -MINISTERIO DEL INTERIOR- recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia .

SEGUNDO.- El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación .

TERCERO.- Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 15/1/2013, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

CUARTO.- Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A) Objeto de la apelación.

En el presente recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la Administración General del Estado se impugna la sentencia dictada con fecha 23 de septiembre de 2009 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 4 de Bilbao, recaída en los autos del recurso contencioso-administrativo registrado con el número 867/08.

La sentencia estima el recurso jurisdiccional interpuesto por _____ contra la Resolución de la Delegación del Gobierno en Cantabria, de fecha 5 de septiembre de 2008, por la que se acuerda la expulsión del territorio nacional del recurrente.

Aprecia el juzgador, en lo que interesa al presente recurso que:

<<<... _____, mayor de edad, natural de Argelia, ha sido detenido a las 14:00 horas del día 28/05/2008 en Portugalete (Vizcaya) como presunto autor de robo con fuerza en domicilios, tramitándose diligencias previas 183/08, remitidas al Juzgado de Instrucción de Torrelavega por funcionarios de la Guardia Civil de Santander, Unidad de Policía Judicial "Grupo Patrimonio". Realizadas comprobaciones por el G.O.E. de la B.P.E.D. de la Jefatura Superior de la Policía de Cantabria ha resultado que le consta

incoado un expediente de expulsión con fecha 09/03/2007 en Irún (Guipuzcoa), sentencia de expulsión por la Subdelegación del Gobierno en San Sebastián de fecha 07/09/2007 caducada por no haber sido notificada en el plazo legal establecido, y no consta que haya solicitado u obtenido el Permiso de Residencia exigible para su permanencia en España, siendo por lo tanto su situación de estancia irregular."

Respecto a la fundamentación jurídica de la impugnación mencionada, ha de partirse de que la misma se basa, entre otros motivos, en el que se estima a continuación, es decir en que:

"En el escrito de Alegaciones y de conformidad con lo dispuesto en el art.28.2 A y C de la Ley 30/92, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común, parcialmente modificada por la Ley 4/99, se inició Procedimiento de Recusación contra los funcionarios policiales con carné profesional N° 66286 y 72171.

Sin embargo, la resolución recurrida omite por completo el Procedimiento de Recusación instado, por lo que al no haber sido resuelto con carácter previo al dictamen de la resolución administrativa, incurre asimismo y de nuevo en una causa insubsanable de nulidad por prescindirse legalmente del procedimiento establecido, a tenor de lo previsto en el art.62.1/e de la Ley 30/1992."

En fin, tal y como ya se ha avanzado mas arriba procede acoger dichos motivos de impugnación porque efectivamente resultan del análisis del expediente mas que suficientes indicios (trasladados incluso a la resolución de la Delegación del Gobierno en Cantabria en la que p.ej. sin base alguna se afirma que el recurrente está excluido tanto del campo laboral como del social sin que ello se acredite por medio documental alguno presentado por la J.S.P. de Cantabria) de que aquellos funcionarios policiales podrían haber estado actuando bien por intereses personales bien por manifiesta enemistad con el recurrente así como desde luego con cierta falta de objetividad tendente a proceder a toda costa a su expulsión tal como se corrobora por el dato de que planteada su recusación obviaron totalmente el trámite del artículo 29 de la L.R.J.A.P.P.A.C. ¿Eran ciertas las causas de abstención alegadas por Los funcionarios recusados no lo negaron en el trámite oportuno lo cual determina la nulidad del procedimiento administrativo por haberse omitido dar trámite a la recusación en su momento planteada por el recurrente al haberse lesionado por la administración demandada el principio de neutralidad que exige mantener los servicios públicos a cubierto de toda colisión entre intereses particulares e intereses generales...>>>

B) Posición de la parte apelante.

La parte apelante interesa el dictado de una sentencia que revoque la sentencia de instancia alegando, en lo que interesa al presente recurso que:

<< ... Debe ponerse de manifiesto a la vista de la estimación por el Juzgador a quo de la pretendida nulidad establecida en el art. 62.1.e) LRJPA por haberse omitido el trámite de recusación, admitiendo la Sentencia la concurrencia de las causas previstas en

el art. 28.2 a) y c) del citado texto legal, que, como reiteradamente viene señalando la jurisprudencia, la concurrencia de una causa de recusación no determina por sí la invalidez del acto a menos que se demuestre la influencia que la intervención de los recusados haya podido tener en la decisión finalmente adoptada, y por supuesto, la ilicitud objetiva de la decisión. Es decir, la intervención en el procedimiento de personas en las que pudiera concurrir una causa de abstención o recusación puede ser un indicio de desviación de poder, pero sólo en el caso de que se haya producido ésta realmente, apartando la decisión final del objetivo marcado por la Ley, habrá lugar a declarar su nulidad que, por lo tanto, no será el resultado de la intervención del funcionario incompatible, sino la consecuencia de la ilegalidad objetiva que dicha intervención ha propiciado.

Pues bien, en el presente caso, el Juzgador de instancia sostiene que existen indicios en el expediente del interés personal de los recusados, así como de la enemistad manifiesta de éstos con el expedientado, pero del examen del expediente administrativo, como anteriormente hemos razonado, ni uno ni otro resultan ni siquiera indiciariamente, y desde luego quien no ha demostrado que esa supuesta enemistad manifiesta o ese interés personal existiera ha sido el recurrente, y mucho menos que influyera en la persona física que encarna la titularidad del órgano administrativo hasta el punto de que la resolución administrativa que sancionó al recurrente con la expulsión obedeciera a actuación torticera. En el caso de autos tanto el recurrente al formalizar la demanda, como el Juzgador de instancia al dictar la Sentencia que ahora se apela, insisten en que se dieron las causas de la recusación, pero no demuestran ni la influencia de los funcionarios recusados en la adopción del acto administrativo recurrido ni la ilicitud de la resolución administrativa dictada.

Aun admitiendo la existencia de la omisión alegada, referida a la recusación del Instructor y del Secretario, a la vista de lo anteriormente expuesto, la cuestión decisiva es que no se ha demostrado que el acto administrativo impugnado se dictara de forma contraria a derecho, por tanto la Sentencia vulnera el ordenamiento jurídico al realizar una aplicación incorrecta del art. 28 y 29 LRJPA...>>>

C) Posición de la representación procesal de la apelada.

La parte apelada se opone al recurso de apelación e interesa una sentencia confirmatoria de la dictada en la instancia. Alega, también en lo que interesa al presente recurso que:

<<<...Lo relevante es que en las Alegaciones al expediente sancionador incoado sobre mi representado, y presentadas ante la BPED de Santander, se promovió, al amparo del art. 28.2 A y C de la Ley 30/92, la recusación de los funcionarios policiales, a la sazón Instructor y Secretario del expresado expediente.

...Frente al acuerdo iniciador de un expediente sancionador, cabe realizar alegaciones y proponer prueba por parte del expedientado; y frente a esas alegaciones y prueba, el art. 63.2 de la Ley de Extranjería y 131.4 del Reglamento de su aplicación,

prevén traslado de la propuesta de resolución que se emita por el órgano instructor al administrado, de cara a evacuar nuevas alegaciones y más prueba en su caso.

Nada de ello efectuaron los agentes policiales, quienes de manera instantánea proceden a notificar acuerdo de inicio de expediente y propuesta de resolución, lo cual revela bien a las claras la irregularidad de su actuación procedimental, sorteando los nítidos pasos establecidos en el procedimiento administrativo.

... Lo que el art. 28.2 de la Ley 30/92 establece en su apartado primero, es que una vez promovida la recusación, el recusado se abstendrá de intervenir en el procedimiento y lo comunicará a su superior inmediato que resolverá lo procedente.

Y puesto que esta representación, legítimamente había instado dicho procedimiento por considerar que los dos funcionarios recusados tenían interés personal en el asunto (art. 28.2/A) y enemistad manifiesta con mi defendido, (art. 28.2/C) la cuestión no es si es relevante o justificada dicha recusación, sino el íter procedimental que debió seguirse y que se ha omitido.

Como es de ver, ni los recusados dieron parte a su superior, ni por supuesto se apartaron del procedimiento, pero es que ni siquiera se ha llevado a cabo el estricto procedimiento previsto en el art. 29, en cuanto a que, planteada por escrito la recusación (art. 29.2), en el día siguiente los recusados debían manifestar a su superior inmediato si se daban las causas alegadas, y en todo caso, el superior (art. 29.4) debió resolver en el plazo de 3 días, previo los informes y comprobaciones que considerase oportunos.

Eso es lo que reprueba la sentencia, no si la causa de recusación o no existía, sino que se ha omitido deliberadamente y con reiteración la tramitación del procedimiento que prevén los arts. 28 y 29 de la Ley Rituaria Administrativa, por cuanto, ni se ha dado parte a superiores, ni ha habido ninguna resolución sobre la recusación, que por cierto se reitera en las nuevas alegaciones efectuadas a la propuesta de resolución y en la propia demanda, por lo cual al omitirse tan crucial trámite, es por lo que se incurría en la causa que inicialmente ha posibilitado la estimación de la demanda...>>>

SEGUNDO.- Procede la desestimación del recurso de apelación.

El fallo de la sentencia apelada es la anulación de la Resolución recurrida y la obligación de la administración de retrotraer el procedimiento a fin de que tramite el procedimiento de recusación.

Ese es el único alcance de la sentencia de instancia, al margen de las consideraciones del Abogado del Estado sobre las apreciaciones que pudieran contener los fundamentos de la misma sobre la existencia o no de causa de recusación. Pues esto es algo que, precisamente, hay que resolver en el incidente de recusación planteado.

La representación de la administración reconoce expresamente que no consta se realizara trámite alguno sobre el planteamiento de la recusación por lo que esta Sala no puede sino confirmar el fallo de la sentencia apelada y desestimar el recurso de apelación.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional de 1998, procede efectuar imposición sobre las costas a la apelante.

En atención a lo expuesto, este Tribunal dicta el siguiente

FALLO

CON DESESTIMACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN, REGISTRADO CON EL NÚMERO 290 DE 2010, INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN PROCESAL DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO CONTRA LA SENTENCIA DICTADA CON FECHA 23 DE SEPTIEMBRE DE 2009 POR EL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NÚMERO 4 DE BILBAO, RECAÍDA EN LOS AUTOS DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO REGISTRADO CON EL NÚMERO 867/08 DEBEMOS :

PRIMERO.- CONFIRMAR COMO CONFIRMAMOS, LA SENTENCIA APELADA.

SEGUNDO.- CON IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS A LA APELANTE.

ESTA RESOLUCIÓN ES FIRME Y CONTRA LA MISMA NO CABE INTERPONER RECURSO ORDINARIO ALGUNO.

ASÍ POR ESTA NUESTRA SENTENCIA DE LA QUE SE LLEVARÁ TESTIMONIO A LOS AUTOS, LO PRONUNCIAMOS, MANDAMOS Y FIRMAMOS.



PUBLICACION.- Leida y publicada fue la anterior sentencia por el Illmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario doy fe.