

PRIMERO.-Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución de 29 de abril de 2013 dictada en el expediente nº EX- 410020130002425 extran06, por la Subdelegación del Gobierno en Sevilla, por la que se acuerda expulsar de España al/la ciudadano/a de Bolivia, [REDACTED], con prohibición de entrada por un período de tres años.

La parte actora considera que debe dejarse sin efecto la resolución impugnada por ser nula y, subsidiariamente procedería la imposición de multa, no expulsión, según se desprende del escrito de demanda, por los siguientes motivos:

- a) Nulidad del procedimiento seguido contra la recurrente, por no resultar de aplicación el procedimiento preferente del artículo 63.1 de la Ley Orgánica 4/2000.
- b) Falta de motivación de la Resolución y de los acuerdos notificados
- c) Concurrencia de arraigo que no se ha tenido en cuenta
- d) Infracción del principio de proporcionalidad, en relación con la sanción de expulsión, en vez de haber optado por la de multa.

SEGUNDO.- La primera cuestión que debemos resolver es la alegación efectuada por el Letrado de la recurrente en el sentido de que en este caso no procedía que la Administración siguiera el procedimiento preferente establecido en el artículo 63 de la Ley Orgánica 4/2000, conforme a la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 2/2009.

Este precepto establece:

“1. Incoado el expediente en el que pueda proponerse la expulsión por tratarse de uno de los supuestos contemplados en el art. 53.1.d), 53.1.f), 54.1.a), 54.1.b) y 57.2, la tramitación del mismo tendrá carácter preferente.

Igualmente, el procedimiento preferente será aplicable cuando, tratándose de las infracciones previstas en la letra a) del apartado 1 del art. 53, se diera alguna de las siguientes circunstancias:

a) riesgo de incomparecencia.

b) el extranjero evitara o dificultase la expulsión, sin perjuicio de las actuaciones en ejercicio de sus derechos.

c) el extranjero representase un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.

En estos supuestos no cabrá la concesión del período de salida voluntaria.

2. Durante la tramitación del procedimiento preferente, así como en la fase de ejecución de la expulsión que hubiese recaído, podrán adoptarse las medidas cautelares y el internamiento establecidas en los arts. 61 y 62.

3. Se garantizará el derecho del extranjero a asistencia letrada, que se le proporcionará de oficio, en su caso, y a ser asistido por intérprete, si no comprende o no habla castellano, y de forma gratuita en el caso de que careciese de medios económicos.

4. Iniciado el expediente, se dará traslado al interesado del acuerdo de iniciación debidamente motivado y por escrito, para que alegue lo que considere adecuado, en el plazo de 48 horas, advirtiéndole de las consecuencias de no hacerlo así.

5. Si el interesado, o su representante, no efectuase alegaciones ni realizasen proposición de prueba sobre el contenido del acuerdo de iniciación, o si no se admitiesen, por improcedentes o innecesarias, de forma motivada, por el instructor las pruebas propuestas, sin cambiar la calificación de los hechos, el acuerdo de iniciación del expediente será considerado como propuesta de resolución con remisión a la autoridad competente para resolver.

De estimarse la proposición de prueba, esta se realizará en el plazo máximo de tres días.

6. En el supuesto de las letras a) y b) del apartado 1 del art. 53 cuando el extranjero acredite haber solicitado con anterioridad autorización de residencia temporal conforme a lo dispuesto en el art. 31.3 de esta Ley, el órgano encargado de tramitar la expulsión suspenderá la misma hasta la resolución de la solicitud, procediendo a la continuación del expediente en caso de denegación.

7. La ejecución de la orden de expulsión en los supuestos previstos en este artículo se efectuará de forma inmediata.”

En este caso el acuerdo de inicio (punto 5) justifica la tramitación del expediente por el procedimiento preferente en el artículo 63.1, apartado a) de la LO/42000 y 234 del Real Decreto 557/2011 (folio 5), *“dado que en el momento presente, la arriba filiada tiene una Salida Obligatoria que debería haber hecho efectiva en el mes de julio de 2011, ya que no ha abonado la multa con la que también fue sancionada en el mismo procedimiento, ha cambiado de domicilio sin comunicarlo a las autoridades, por lo que se presume que éste es temporal o de tránsito”*.

Sin embargo, como afirma el Letrado de la recurrente, consta en el mismo acuerdo de inicio (punto 1): *“Que el día 10/12/2012, sobre las 11:05 horas, se persona en esta Comisaría Local de Alcalá de Guadaira, previamente citada para ello por los funcionarios con carnés profesionales números 110.059 y 110.056, la ciudadana de BOLIVIA, quien acredita ser [REDACTED], NACIDA EN Santa Cruz (Bolivia) el día [REDACTED], hija de [REDACTED] y de [REDACTED], con domicilio en [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] ([REDACTED]), Pasaporte número [REDACTED], expedido el día 13/13/07/2010 y válido hasta el 13/07/2016...”*.

De tal apartado podemos concluir lo siguiente:

1º Que la recurrente compareció voluntariamente, una vez citada por los funcionarios policiales.

2º Que se hallaba documentada y perfectamente identificada mediante pasaporte en vigor (que, por otra parte, le fue retirado como medida cautelar) por aplicación del artículo 61.1 de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000,).

3º Que tenía domicilio conocido y era fácilmente localizable.

Respecto del domicilio se ha de hacer constar que según el certificado de empadronamiento que consta en el expediente administrativo (folio 21) la recurrente se halla empadronada en [REDACTED] desde el 21-12-2005, en la calle [REDACTED], aunque también consta "Fecha Cambio Domicilio" "31-01-2012", pero fue perfectamente localizada la recurrente.

En consecuencia, no se da el presupuesto del apartado a) del artículo 63.1 de la Ley Orgánica 4/2000, que señala el acuerdo de inicio (punto 5).

En cuanto al resto de apartado, es evidente que tampoco puede concurrir el apartado c) ya que tal y como consta en el mismo acuerdo de inicio (apartado 1, párrafo segundo) "*consultados los bancos de datos de la Dirección General de la Policía, la filiada CARECE de antecedentes policiales...*", por lo que obviamente no puede representar un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.

Finalmente, se ha señalado al contestar a las alegaciones en el expediente administrativo por el Instructor, en consonancia con el apartado 5 del acuerdo de inicio, que: "*A la expedientada le consta un decreto de Multa de 501 euros decretado por la Subdelegación del Gobierno en Sevilla de fecha del 14/06/2011 y notificado el 21/06/2011, donde se le comunica que en un plazo de 15 días siguientes a la fecha de la notificación de dicho decreto debería hacer efectiva el importe de la sanción y el deber legal de abandonar el territorio nacional, advirtiéndole que si incumple tales medidas puede dar lugar, previo al correspondiente procedimiento, a la imposición de la medida de expulsión del territorio nacional: Por lo que esta persona con su conducta de no cumplir con lo que ha decretado la Subdelegación del Gobierno en Sevilla de liquidar la sanción impuesta y el deber de abandonar el territorio nacional está evitando o dificultando su expulsión art. 63.1.b) de la L.O. 4/2000*".

La Resolución de 14 de junio de 2011 (aportada por el Abogado del Estado) impuso la sanción de multa de 502 euros por aplicación de los artículos 53.1.a) y 55.1.b) de la Ley Orgánica 4/2000, "a la vista de las circunstancias concurrentes", y en la misma se contenía la siguiente: "*ADVERTENCIA: Como quiera que Ud. Carece de autorización para permanecer en España, se le informa del deber legal de abandonar el territorio nacional, advirtiéndole que el incumplimiento de este deber, derivado directamente de la legislación de extranjería, supone su permanencia ilegal en España, lo que puede ser constitutivo de una infracción tipificada en el art. 53.a) de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, pudiendo dar lugar, previo el correspondiente procedimiento, a la imposición de expulsión del territorio español*".

Es claro que la imposición de multa en aquella resolución no significa que se regularice la situación del interesado, pudiendo incoarse un nuevo procedimiento por estancia irregular si se dan los presupuestos legales, constituyendo tal

advertencia una obviedad, pero no se establece plazo alguno de salida, ni se deriva del impago de la multa ninguna consecuencia en orden a una salida inmediata (que no se ha de confundir con la advertencia contenida en la resolución) o una posterior expulsión (sin perjuicio de la valoración de tal resolución en un procedimiento posterior), por lo que no podemos hablar de que la recurrente “evitara o dificultase la expulsión, sin perjuicio de las actuaciones en ejercicio de sus derechos”, ya que no se había acordado la expulsión, ni consta ningún dato del que debamos deducir, lógicamente, siquiera indiciariamente, que tratara de evitar o dificultar la posible expulsión que se pudiera acordar en el procedimiento – como así se acordó, finalmente – dado que la misma compareció voluntariamente y tenía domicilio conocido.

“Los tribunales deben ser especialmente rigurosos a la hora de exigir que la aplicación de un procedimiento que supone una merma radical de las garantías comunes propias del procedimiento administrativo sancionador más común se motive por la Administración, y a la hora de controlar que esa motivación es correcta, real y adecuada a los supuestos legales previstos” (TSJ de Castilla-La Mancha Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 2ª, de fecha 28-3-2014, nº 10088/2014, rec. 14/2013; Pte: Lozano Ibáñez, Jaime).

La cuestión se centra así en determinar si la previa existencia de un procedimiento sancionador donde se le ha impuesto sanción de multa es por sí suficiente para seguir los trámites del procedimiento preferente, debiendo concluir que no, que tal procedimiento anterior no puede sustentar tale lección, menos aún cuando el artículo 63.1 de la LO 4/2000 es taxativo en cuanto a las circunstancias que han de concurrir – aislada o simultáneamente – para seguir el procedimiento preferente, sin que en este casos e de ninguna de ellas, no solo en una interpretación literal de la norma, sino tampoco finalística y/o hermenéutica.

Como señala la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4, Barcelona, de fecha 27-3-2014 (nº 76/2014, rec. 157/2013;Pte: Muñoz Rodón, Rosa Mª) con cita de la Sentencia STSJ de Castilla - León (sede en Valladolid) de fecha 24 de febrero de 2012 (recurso 895/2011):

“En relación con esta cuestión, ha de señalarse que la tradicional diferenciación en nuestro derecho administrativo entre un procedimiento ordinario y un procedimiento preferente, se halla recogido claramente en materia de extranjería, sin embargo, desde la modificación de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social por la Ley Orgánica 2/2009, de 17 de diciembre, la diferenciación de ambas tramitaciones, contenida principal, pero no exclusivamente, en los artículos 63 y 63 bis, **tiene una singular importancia y trascendencia**.

A las tradicionales singularidades de regulación entre ambos procesos, que normalmente y como con acierto hace la Juzgadora a quo, se remiten a la doctrina de la indefensión del artículo 63.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y

del Procedimiento Administrativo Común, se añaden unas nuevas considerables consecuencias, de tal manera que **no es lo mismo para el administrado seguir una u otra tramitación**. Así, por ejemplo, el párrafo último del artículo 63.1 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, dice expresamente que, "En estos supuestos -los de la tramitación preferente - no cabrá la concesión del periodo de salida voluntaria", por lo que debe procederse a su ejecución, como explicita el artículo 63.7 de la Ley Orgánica, cuando dice "La ejecución de la orden de expulsión en los supuestos previstos en este artículo se efectuará de forma inmediata ". Por otra parte, y ello es muy trascendente, cuando se sigue el procedimiento de tramitación preferente, hay una consecuencia legal inseparable, pues tampoco tendrá lugar la facultad de cumplimiento voluntario de la orden de expulsión recogido en el artículo 63 bis 2, según el cual, "La resolución en que se adopte la expulsión tramitada mediante el procedimiento ordinario incluirá un plazo de cumplimiento voluntario para que el interesado abandone el territorio nacional. La duración de dicho plazo oscilará entre siete y treinta días y comenzará a contar desde el momento de la notificación de la citada resolución"; como consecuencia de ello, tampoco puede ser de aplicación lo prevenido en el párrafo segundo del artículo 58.2 del mismo Texto Legal, según el cual, "En las circunstancias que se determinen reglamentariamente, la autoridad competente no impondrá la prohibición de entrada cuando el extranjero hubiera abandonado el territorio nacional durante la tramitación de un expediente administrativo sancionador por alguno de los supuestos contemplados en las letras a) y b) del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica, o revocará la prohibición de entrada impuesta por las mismas causas, cuando el extranjero abandonara el territorio nacional en el plazo de cumplimiento voluntario previsto en la orden de expulsión ". Es decir, **seguir una tramitación procedimental u otra en vía administrativa no solo lleva consigo que el expediente administrativo deba seguir un cauce u otro, sino que tiene unas claras consecuencias sustantivas, de tal manera que, mientras que en el caso de la tramitación ordinaria debe concederse un plazo de cumplimiento voluntario para que el extranjero abandone el territorio nacional, de tal manera que, si se cumple dicha orden, se revocará la prohibición de entrada que se hubiera impuesto -e incluso si se hace el abandono durante su tramitación, no llegará imponerse tal prohibición-, todo ello no sucede si el procedimiento seguido es el preferente, no solo por no preverse para él, sino por ser incompatible con el mismo, al ser consecuencia inmediata de su terminación, la expulsión, como se vio.**

Por lo tanto, la elección de uno u otro procedimiento no es algo secundario, sino muy trascendente, que obliga a considerar más en profundidad la trascendencia de su elección.

III.- La Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social regula que el procedimiento preferente se aplica en una serie de supuestos en los que la expulsión se acuerde, como son los casos de los artículos 53.1. d) y f), 54.1. a) y b) y 57.2 de la misma, según se lee en el artículo 63.1, párrafo primero. Por lo tanto, en todos esos casos -ninguno de los cuales concurre, ni de lejos, en este proceso-, no hay duda de que el trámite a seguir será el del procedimiento preferente. Junto a esos supuestos en los que no hay duda de

qué cauce procedimental debe seguirse, hay otros supuestos en los que cabe o no seguir esa tramitación preferente; son los casos del párrafo segundo, que se refieren a los casos del artículo 53.1. a) de la Ley Orgánica, uno de los cuales es el de este proceso; en estos supuestos la procedencia o no del procedimiento preferente deriva de que concurra o no alguna de las siguientes circunstancias: "a) Riesgo de incomparecencia..-b) El extranjero evitara o dificultase la expulsión, sin perjuicio de las actuaciones en ejercicio de sus derechos..-c) El extranjero representase un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional." ***Es decir, si cualquiera de esas circunstancias concurre, deberá seguirse -la norma dice "será aplicable"- el procedimiento preferente, en otro caso, deberá acudir al ordinario...como señala la STSJ de Catalunya de 19 de marzo de 2013, el procedimiento preferente resulta procedente para aquellos ciudadanos extranjeros respecto de los cuales exista riesgo de incomparecencia y aparece razonable su aplicación en aquellos casos en que, como el presente si bien el interesado se encontraba empadronado en la localidad de Sabadell, en ese domicilio resulta desconocido, y por otro lado, no le consta tipo alguno de arraigo, razón por la cual se apreciaba un riesgo de incomparecencia, que aconsejaba asegurar una tramitación rápida del expediente sancionador***.

Al tramitarse el procedimiento por los cauces del procedimiento preferente se ha vulnerado el procedimiento debido y por ello el artículo 63 y 63.bis.1) de la LO 4/2000 y los arts. 226 y 234 del RD 557/2011, toda vez que la tramitación de dicho procedimiento se debió a la infracción del art. 53.1.a) de la LO 4/2000, sin que concurra ninguna de las circunstancias previstas en el apartado 1 para su aplicación, por lo que deviene en nulidad de pleno derecho del artículo 62.1.e) y a) de la ley 30/1992, en relación con el derecho al procedimiento legalmente establecido y con todas las garantías.

TERCERO.-No procede la imposición de las costas, conforme al art. 139 de la Ley Jurisdiccional, ya que existen razonables dudas de derecho sobre la cuestión jurídica analizada, a la vista de los diversos pronunciamientos de los Juzgados y Tribunales.

Vistos los artículos de aplicación al caso.

FALLO

Que debo estimar y estimo el recurso interpuesto a instancia de [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], asistido/a por el/la Letrado/a Don/ña Gonzalo Álvarez-Osorio Micheo, contra la Resolución de 29 de abril de 2013 dictada en el expediente nº EX- 410020130002425 extran06, por la Subdelegación del Gobierno en Sevilla y, en consecuencia, se anula por no resultar ajustada a Derecho la resolución recurrida, sin imposición de costas.

Notifíquese con la indicación de que esta sentencia no es firme pudiendo Interponerse contra la misma recurso de apelación en este Juzgado en el plazo de quince días para ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJA.

Así, por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.