

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN N.º 332/2019

SENTENCIA NÚMERO 561/2019

ILMOS. SRES.
PRESIDENTE:
D.LUIS ANGEL GARRIDO BENGOETXEA

MAGISTRADOS:

DÑA.TRINIDAD CUESTA CAMPUZANO

En la Villa de Bilbao, a doce de diciembre de dos mil diecinueve.

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 el 29/01/2019 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 1 de BILBAO (BIZKAIA) en el recurso contencioso-administrativo número 282/2018.

Son parte:

- **APELANTE:** , representado por la procuradora DÑA.
ARANTZA DE LA IGLESIA MENDOZA y dirigido por el letrado D.FRANCISCO
JAVIER GALPARSORO GARCIA.

- **APELADO:** SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN BIZKAIA,
representado y dirigido por el ABOGADO DEL ESTADO.

Ha sido Magistrado Ponente la Ilma. Sra. D.ª TRINIDAD CUESTA CAMPUZANO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso – Administrativo número 1 de los de Bilbao dictó, en los autos de procedimiento abreviado 282/2018, sentencia 18/2019, de veintinueve de enero. Contra esta resolución, la representación procesal de don [redacted] presentó, el veintidós de febrero del año en curso, recurso de apelación ante esta sala. Este terminaba suplicando que se dictara nueva sentencia por la que se declarara lo siguiente:

1º) La nulidad de la resolución objeto de recurso, por haberse adoptado en un procedimiento sancionador preferente del artículo 63 de la Ley Orgánica de Extranjería, pese a no concurrir ninguna circunstancia que lo justificara, cuando correspondía lo fuera el ordinario artículos 63.bis y 234 del reglamento de la Ley Orgánica de Extranjería, conforme a la doctrina emanada de la sentencia del Tribunal Supremo en el recurso de casación 6.379/2017, de cinco de febrero de 2019.

2º) La improcedencia de la sanción de expulsión de don [redacted], por ser perceptor de la renta de garantía de ingresos, al ser considerada una prestación social destinada a su inserción laboral, conforme al artículo 57.5.d) de la Ley Orgánica de Extranjería.

SEGUNDO.- Ese mismo día, la señora letrada de la administración de justicia dictó diligencia mediante la cual se admitía a trámite el recurso planteado. Al mismo tiempo, se daba traslado a la contraparte para que presentara escrito de oposición. Sin embargo, la Administración General del Estado dejó transcurrir el plazo concedido sin presentar ningún escrito. En consecuencia, la señora letrada de la administración de justicia dictó, el día veintisiete del mes siguiente, diligencia mediante la cual se daba por caducado y precluido el trámite.

TERCERO.- Recibidos los autos en esta sala, se designó magistrada ponente. Al no haberse solicitado recibimiento a prueba ni celebración de vista o presentación de conclusiones, se señaló para votación y fallo el diez de diciembre del corriente, en que tuvo lugar la diligencia. Seguidamente, quedaron los autos conclusos para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- SENTENCIA APELADA.

A través del presente recurso, la representación procesal de don [redacted] impugna la sentencia 18/2019, de veintinueve de enero, dictada por el Juzgado de lo Contencioso – Administrativo número 1 de los de Bilbao en su procedimiento abreviado 282/2018. Esta sentencia desestimó el recurso planteado por el ahora apelante contra la

resolución, de cuatro de junio del año pasado, de la Subdelegación del Gobierno en Vizcaya, por la que se impuso al interesado la sanción de expulsión del territorio nacional.

Para adoptar su decisión, el magistrado parte de la idea de que don [redacted] se encuentra en situación irregular en España. Por consiguiente, habría incurrido en la infracción del artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000. Además, destaca que no presentó ningún documento de identificación cuando fue requerido al efecto.

A continuación, el juzgador hace referencia a la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de doce de junio de 2018. De ella resultaría que, en caso de comisión de la infracción mencionada, lo procedente sería acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero. Únicamente podría eludirse esta en el caso de concurrir alguno de los supuestos del artículo 5 o de las excepciones de los números 2 a 5 del artículo 6 de la Directiva 2008/115. Sin embargo, ninguno de ellos se daría en el caso que ahora nos ocupa. En concreto, en relación a la renta de garantía de ingresos, el juzgador niega que, tras la sentencia mencionada, sea procedente la aplicación del artículo 57.5 de la Ley Orgánica de Extranjería.

Seguidamente, la sentencia se ocupa del hecho de que el expediente siguiese los trámites del procedimiento preferente. A este respecto, niega que se haya ocasionado a don [redacted] indefensión por esa circunstancia. Destaca que la opción por este tipo de procedimiento correspondería a la administración, a la vista de la gravedad del hecho infractor atribuido al interesado. La sentencia considera que concurría peligro de incomparecencia que justificaba la opción por el procedimiento preferente.

Para concluir, el magistrado niega que se haya detenido indebidamente al ahora apelante. El motivo sería que la petición de documentación estaba amparada legalmente. Además, la intervención policial no habría ocasionado al interesado ninguna indefensión.

SEGUNDO.- POSICIÓN DE LA PARTE APELANTE.

Contra la sentencia de instancia se alza don [redacted]

En primer lugar, el recurso denuncia que la sentencia de instancia habría incurrido en vicio de incongruencia omisiva. El motivo sería que no habría resuelto uno de los puntos planteados por esa parte. Explica que se habría acreditado que don [redacted] es receptor de la renta de garantía de ingresos. Sin embargo, el magistrado de instancia no habría mencionado esta circunstancia en su resolución. Considera que, a la vista de ese dato, habría de aplicarse el artículo 57.5.b) de la Ley Orgánica 4/2000. De tal modo que no se podría imponer al interesado la sanción de expulsión del territorio nacional. Argumenta que se trataría de una renta destinada a lograr la inserción social del interesado. Para llegar a esa conclusión, hace referencia a varias sentencias, todas ellas dictadas por la sección 2ª de esta sala. Igualmente, menciona los apuntes de la página web de Lanbide – Servicio Vasco de Empleo.

En segundo lugar, la defensa de don [redacted] defiende que la resolución administrativa sería nula dado que, para llegar a ella, se habría seguido el procedimiento preferente, pese a que no existiría ningún motivo que lo justifique.

TERCERO.- PROCEDIMIENTO PREFERENTE.

Lo primero que hemos de destacar es que, en este procedimiento, no se discute que don [redacted] haya incurrido en la infracción tipificada en el artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, dado que se encontraría en situación irregular en nuestro país.

Ahora bien, la parte recurrente se queja de que se le haya aplicado el procedimiento preferente para la tramitación del expediente sancionador. Según sus razonamientos, esta circunstancia le habría generado indefensión. Pues bien, sobre este particular se ha pronunciado la Sala de lo Contencioso – Administrativo del Tribunal Supremo en varias resoluciones. Así, la sentencia 1.118/2018, de dos de julio (recurso 333/2017) llega a la conclusión de que el hecho de que se haya seguido, para la tramitación del expediente sancionador, el procedimiento preferente no resiente las garantías de los particulares en el ejercicio de sus derechos de defensa. Ello sería así, habida cuenta de que son objetivos y reglados los supuestos en que se permite acudir a este tipo de procedimiento para expulsar a los extranjeros en situación irregular. De hecho, el alto tribunal llega a la conclusión de que la insuficiente motivación del acuerdo de iniciación del expediente carecería de trascendencia, siempre que, en efecto, se dé alguna de las circunstancias que justifican el recurso al procedimiento preferente. En este sentido, la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo 120/2019, de cinco de febrero (recurso 6.379/2017) ha reafirmado que, en el caso de no concurrir alguna de las circunstancias exigidas como habilitadoras de ese procedimiento, su seguimiento supone un defecto esencial que comporta la anulación de la resolución sancionadora.

De tal modo que lo trascendente, en el caso que ahora nos ocupa, es analizar si concurre alguna de las circunstancias que legalmente habilitan para seguir el procedimiento preferente. Pues bien, es el artículo 234 del Real Decreto 557/2011 el que especifica en qué casos puede recurrirse a este tipo de procedimiento. En concreto, en el supuesto de abrirse el expediente sancionador por una infracción del artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, es preciso que se dé alguna de las siguientes circunstancias:

- “a) Riesgo de incomparecencia.
- b) Que el extranjero evite o dificulte la expulsión, sin perjuicio de las actuaciones en ejercicio de sus derechos.
- c) Que el extranjero represente un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.”

Pues bien, en el expediente administrativo consta que, desde el momento de su incoación, don [redacted] se encontraba identificado y que tenía domicilio conocido. En efecto, consta en folio 4 del expediente administrativo que el interesado llegó a tener autorización de residencia temporal y trabajo que se extinguió el cuatro de agosto de 2016. De tal manera que el funcionario actuante podía comprobar perfectamente su

identidad. Del mismo modo, aparece recogido, desde el inicio del expediente, que tiene domicilio en la de la localidad vizcaína de Galdácano. Teniendo en cuenta estos datos, no se aprecia que concurriera en él el riesgo de incomparecencia a que hace referencia el primer supuesto del artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000. El magistrado de instancia hace referencia a la existencia de un grave riesgo de que el interesado no comparezca. Sin embargo, no explica de qué dato extrae esa conclusión. Se trata, pues, de una afirmación apodíctica, pero que no se ha justificado de ninguna manera.

Por lo demás, tampoco se aprecia ninguna circunstancia de la que se derive la concurrencia de alguno de los otros dos supuestos que legalmente justifican la aplicación del procedimiento preferente. En consecuencia y siguiendo la mencionada doctrina del Tribunal Supremo, hemos de concluir que nos encontramos ante un defecto esencial en la tramitación del expediente sancionador que ha de llevar a la anulación de la resolución sancionadora.

Conforme a lo razonado, debemos estimar el recurso de apelación planteado por don . Por consiguiente, juzgando el asunto de instancia, debemos estimar el recurso contencioso – administrativo planteado por aquel frente a la resolución de cuatro de junio de 2018, de la Subdelegación del Gobierno en Vizcaya y anularla y dejarla sin efecto.

CUARTO.- COSTAS.

Conforme a lo previsto en el artículo 139 de la Ley 29/1998, de trece de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa y dado que no concurre ninguna circunstancia excepcional, no procede hacer expresa imposición de costas en ninguna de las dos instancias.

FALLO

Con estimación del recurso de apelación 332/2019, interpuesto por la representación procesal de don contra la sentencia 18/2019, de veintinueve de enero, del Juzgado de lo Contencioso – Administrativo número 1 de los de Bilbao en su procedimiento abreviado 282/2018, debemos:

1º.- Revocar la sentencia de instancia, dejando sin efecto el pronunciamiento desestimatorio del recurso contencioso - administrativo.

2º.- Resolviendo el debate de primera instancia, estimar el recurso contencioso – administrativo formulado por don frente a la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Vizcaya de cuatro de junio de 2018, que anulamos y dejamos sin efecto.

3º.- No hacer especial pronunciamiento sobre costas en ninguna de las dos instancias.

Devuélvanse al juzgado de procedencia los autos originales y el expediente administrativo para la ejecución de lo resuelto junto con testimonio de esta sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de **TREINTA DÍAS** (artículo 89.1 LJCA), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE n.º 162, de 6 de julio de 2016.

Quien pretenda preparar el recurso de casación deberá previamente consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con n.º 4697 0000 01 0332 19, 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 15.ª LOPJ).

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.