ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2
PONTEVEDRA
N11600
C/ GERMÁN ADRIO SOBRIDO. Nº 6 (36003 - PONTEVEDRA)

N.I.G: 36038 45 3 2013 0000492
PROCEDIMIENTO ABREVIADO [redacted]
Sobre ADMON. DEL ESTADO
[redacted]
Letrado ANTONIO SALCEDA DOMINGUEZ
Contra **SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN PONTEVEDRA**
Representante ABOGADO ESTADO

SENTENCIA [redacted]

En Pontevedra, a veintidós de abril de dos mil catorce.

MÓNICA SÁNCHEZ ROMERO, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Pontevedra, ha visto los presentes autos de **Procedimiento Abreviado** seguidos ante este juzgado con el **nº 164/13**, en el que se impugna la resolución de fecha 24 de septiembre de 2012, dictada por la Subdelegación de Gobierno en Pontevedra, en la que se acuerda la expulsión de la demandante del territorio nacional, con prohibición de entrada de dos años. Son partes, como recurrente, [redacted] representada y asistida por el Letrado D. Antonio Salceda Domínguez, y, como parte demandada, la Subdelegación del Gobierno en Pontevedra, representada y asistida por la Abogada del Estado Dª Minerva García Peón.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 10 de mayo de 2013, se interpuso por la demandante recurso contencioso administrativo contra la resolución de fecha 24 de septiembre de 2012, dictada por la Subdelegación de Gobierno en Pontevedra, en la que se acuerda la expulsión de la demandante del territorio nacional, con prohibición de entrada de dos años. Tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, se interesó que "*se anule la resolución recurrida, y que la Administración demandada sustituya la referida sanción de expulsión por otra de multa, por importe de 501 euros, o la que SSª estime oportuna, de acuerdo con los*

criterios de graduación establecidos en el artículo 55,3 de la LO 4/2000, atendiendo a las circunstancias del caso y previa audiencia de la interesada".

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó recabar la remisión del expediente administrativo, y se señaló para la celebración de vista el día 22 de abril de 2014. El día señalado se celebró la vista, ratificándose la parte demandante en su petición, y oponiéndose a la misma la parte demandada. Se practicó toda la prueba propuesta y admitida, consistente en documental, con el resultado que obra en autos.

TERCERO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales. La cuantía se ha señalado como indeterminada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente procedimiento se impugna por la parte recurrente la resolución de fecha 24 de septiembre de 2012, dictada por la Subdelegación de Gobierno en Pontevedra, en la que se acuerda la expulsión de la demandante del territorio nacional, con prohibición de entrada de dos años.

Se alega en la demanda que la demandante lleva ocho años en España, habiéndose empadronado en Lleida el 9 de agosto de 2007; en la actualidad vive en Silleda con su pareja, estando ambos allí empadronados como pareja estable, con planes de futuro e intención de formar una familia; [redacted] se ocupa económicamente de la demandante, pues, aunque actualmente está desempleado, siempre ha tenido trabajo y se encuentra en búsqueda activa de empleo; la pareja está plenamente integrada en Silleda, y [redacted] ha solicitado informe municipal de arraigo para solicitar autorización de residencia por circunstancias excepcionales. La demandante tiene una hermana que está casada y vive en Lleida.

Se señala la aplicación del principio de proporcionalidad, debiendo aplicarse la sanción de multa en lugar de la expulsión que fue acordada, y sin que pueda fundarse la misma en el hecho de que la actora fuese detenida en el Club Tris Tras, junto a otras mujeres, no constando en el expediente el resultado de las actuaciones policiales en el citado club, en el que la demandante trabajaba de camarera; no concurre ninguna circunstancia agravante que justifique la expulsión.

Por la Abogacía del estado se formula oposición a la demanda, y se alega, en primer lugar, la extemporaneidad en la interposición del recurso, al haberse

notificado al resolución recurrida por edictos en octubre de 2012, tras intento de notificación personal, y sin que conste la interposición del recurso hasta mayo de 2013, excediéndose el plazo de dos meses.

En cuanto al fondo del asunto, se indica que consta en el expediente acreditado que la demandante incurre en la infracción tipificada en el artículo 53,1,a) LO 4/2000, pues estaba en España sin documentación que le habilitase para ello, y existiendo datos negativos que justifican la expulsión, al estar trabajando sin la correspondiente autorización, llevar varios años en el país sin que conste intento alguno de regularización y sin haber declarado la entrada en España; por otro lado, no se considera acreditado el arraigo que se invoca, por lo que no procede la sanción de multa, pues con la misma se prolongaría la situación irregular en España.

SEGUNDO.- De lo que consta en el expediente administrativo, en fecha 26 de abril de 2011 se levantó acta de denuncia por funcionarios de la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras, en la que se indica que resulta detenida la demandante, quien presentó pasaporte de Paraguay con entrada por Francia en 2010, habiendo fijado su domicilio en España, por lo que fue citada para comparecer días después en comisaría; se indica que a la demandante no le consta procedimiento alguno que tenga por objeto la autorización para residir o trabajar en España, sin que conste solicitud de prolongación de estancia ni declaración de entrada en España.

A la vista de la denuncia el 30 de abril de 2012 se dicta acuerdo de iniciación de expediente sancionador, por supuesta comisión de infracción del artículo 53,1,a) LO 4/2000. Notificado el citado acuerdo, la demandante presentó alegaciones, tras lo cual se emitió diligencia de informe y propuesta de resolución, dictándose en fecha 24 de septiembre de 2012 la resolución en que se acuerda la expulsión, que es ahora la recurrida. Consta que fue notificada mediante publicación en el Tablón Edictal de Resoluciones de Extranjería, de acuerdo con la Disposición Adicional Quinta del Reglamento de Extranjería, tras haberse intentado la notificación personal por correo.

Por la demandante se aporta con la demanda documental consistente en certificado de residencia histórico en el ayuntamiento de Lleida, desde el 9 de agosto de 2007 al 28 de abril de 2011; contrato de alquiler de vivienda en Silleda, de fecha 14 de enero de 2013, junto a quien indica que es su pareja, [redacted] y certificado de empadronamiento de ambos en el mismo domicilio, siendo la fecha de

alta en el padrón de Silleda de la demandante el 20 de mayo de 2013; se acompaña declaración jurada de [redacted] en relación a la relación de pareja, contrato de trabajo del referido, y solicitud de informe de arraigo social ante el concello de Silleda presentado por la demandante el 27 de mayo de 2013. En el acto de la vista se aporta más documental, consistente en tarjeta sanitaria de la demandante; certificado de antecedentes penales y de acta de nacimiento de la demandante; ticket de farmacia en Santa Coloma de Queralt (Tarragona), donde indica que reside su hermana, de quien presenta libro de familia en el que consta que está casada con ciudadano español; y fotografías de la demandante con su pareja.

Así las cosas, la primera cuestión que ha de resolverse es la relativa a la extemporaneidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto, que fue alegada por la Abogada del Estado, ya que, en efecto, habiéndose dictado la resolución de expulsión en fecha 24 de septiembre de 2012, no consta que se hubiera presentado el recurso judicial hasta el 10 de mayo de 2013, sobrepasándose con creces el plazo de dos meses que se indica en el artículo 46 LJCA.

Al respecto, y sin perjuicio que de la documental aportada no queda claro cuándo fue designado Letrado del turno de oficio a la demandante, ni cuándo se solicitó por ésta la asistencia jurídica gratuita, que podría determinar la suspensión del plazo para la interposición del recurso, en cualquier caso, si se atiende a lo que consta en el expediente administrativo, la resolución recurrida, de 24 de septiembre de 2012, en la que se acuerda la expulsión de la demandante por dos años, fue notificada a la misma únicamente por publicación edictal en el Tablón Edictal de Resoluciones de Extranjería, una vez que se realizaron dos intentos de notificación personal por correo en el domicilio que constaba de la demandante, pero no consta que además de tal publicación en el citado Tablón, se hubiera hecho ninguna otra, por lo que ha de valorarse si esta comunicación es suficiente a los efectos de lo previsto en el artículo 59 LRJPAC y en el artículo 12 de la ley 11/07 de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, que son citados por la Administración.

En tal sentido, la Disposición Adicional Quinta del Reglamento de Extranjería, aprobado por RD 557/11, señala "*1. Cuando no se hubiese podido practicar la notificación de las resoluciones en los procedimientos regulados en el presente Reglamento, la notificación se hará por medio de anuncio en el Tablón Edictal de Resoluciones de Extranjería. Transcurrido el periodo de veinte días naturales desde que la notificación se hubiese publicado en el Tablón Edictal de Resoluciones de*

Extranjería se entenderá que ésta ha sido practicada, dándose por cumplido dicho trámite y continuándose con el procedimiento, o iniciándose, en su caso, el plazo para interponer el recurso que proceda. ...". Pero, ello ha de ponerse en relación con lo dispuesto en el artículo 59 LRJPAC, según el cual "*5. Cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o el medio a que se refiere el punto 1 de este artículo, o bien, intentada la notificación, no se hubiese podido practicar, la notificación se hará por medio de anuncios en el tablón de edictos del Ayuntamiento en su último domicilio, en el «Boletín Oficial del Estado», de la Comunidad Autónoma o de la Provincia, según cual sea la Administración de la que se proceda el acto a notificar, y el ámbito territorial del órgano que lo dictó.*

En el caso de que el último domicilio conocido radicara en un país extranjero, la notificación se efectuará mediante su publicación en el tablón de anuncios del Consulado o Sección Consular de la Embajada correspondiente. Las Administraciones públicas podrán establecer otras formas de notificación complementarias a través de los restantes medios de difusión, que no excluirán la obligación de notificar conforme a los dos párrafos anteriores". Y, teniendo en cuenta lo que se establece en el precepto referido, de rango legal frente a la anterior norma citada incluida en el reglamento , aunque en el artículo 12 de la Ley 11/07, se señale que "*La publicación de actos y comunicaciones que, por disposición legal o reglamentaria deban publicarse en tablón de anuncios o edictos podrá ser sustituida o complementada por su publicación en la sede electrónica del organismo correspondiente*", en atención a la trascendencia del acto de notificación de una resolución sancionadora, no puede considerarse que la publicación en el Tablón Edictal de Resoluciones de Extranjería, por sí sola, baste para entender debidamente efectuada la notificación, excluyendo los medios de publicación que señala el artículo 59,5º LRJPAC, el cual expresamente indica que otras formas de notificación complementarias a través de distintos medios de difusión no excluyen la obligación de publicar edicto en el tablón de edictos del Ayuntamiento en su último domicilio, y en el «Boletín Oficial del Estado», de la Comunidad Autónoma o de la Provincia, según cual sea la Administración de la que se proceda el acto a notificar; además, tal apartado del artículo 59 LRJPAC no fue derogado por la Ley 11/07, que, sin embargo, sí derogó el apartado 3º del citado precepto, por lo que su vigencia es indiscutible, prevaleciendo frente a la norma reglamentaria

Por tanto, en el presente caso, al no considerarse correcta la notificación efectuada a la demandante, en la que se excluyeron los medios de publicación edictal exigidos en la ley, no puede hablarse de extemporaneidad del recurso, al no poder fijarse cuándo tuvo la interesada conocimiento de la resolución sancionadora, y señalándose por su representación en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo en fecha 10 de mayo de 2013, que no se tuvo conocimiento de la publicación edictal efectuada el 25 de septiembre de 2012.

TERCERO: Dicho lo anterior, en cuanto al fondo del asunto, es objeto de este proceso valorar la conformidad o no a Derecho de la resolución impugnada, en cuanto que sanciona a [redacted] con expulsión del país por un período de dos años, por comisión de la infracción del artículo 53,1,a) de la LO 4/2000.

Las alegaciones que se efectúan por la parte demandante para impugnar la actividad administrativa de que se trata se ciñen a la falta de motivación de la resolución recurrida, en relación con el principio de proporcionalidad de la sanción impuesta, al considerar que no debiera haberse acordado la expulsión, sino la sanción de multa, pues no existen circunstancias negativas que justifiquen la primera, y sí, sin embargo, circunstancias de arraigo que hacen más adecuada en este caso la sanción de multa a fin de que la demandante pueda prolongar su estancia en España, regularizando su situación, al estar conviviendo con su pareja residente en este país, en el que también reside su hermana casada con un ciudadano español.

En tal sentido, la infracción por la que se sanciona, como ya se indicó, es la del artículo 53,1,a) LO 4/200, según el cual *"1. Son infracciones graves: a) Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente".*

Y, en relación a las sanciones, se señala en el artículo 55 *"1. Las infracciones tipificadas en los artículos anteriores serán sancionadas en los términos siguientes: ... b) Las infracciones graves con multa de 501 hasta 10.000 euros. En el supuesto contemplado en el art. 53.2.a) de esta Ley, además de la sanción indicada, el empresario también estará obligado a sufragar los costes derivados del viaje... 3. Para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerlas 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", y, en concreto, respecto a la expulsión, señala el artículo 57 "*1. Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del art. 53.1 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción... 3. En ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa*".

Teniendo en cuenta lo anterior, de lo que consta en el expediente administrativo, y sin que sea negado por la recurrente, ha de considerarse probado que, en efecto [redacted] estaba en situación de estancia irregular en España cuando fue detenida, sin que conste que hubiese intentado la regularización.

Respecto a esa estancia irregular, según los preceptos citados, ha de señalarse que, tal y como se alega por la parte demandante, la sanción principal es la multa, siendo la expulsión potestativa en el caso de infracciones graves como la de que ahora se trata, si bien, por su mayor perjuicio para el sancionado, resulta acertado exigir una motivación de por qué se impone la expulsión y no la multa, tal y como se viene señalando por reiteradas sentencias del Tribunal Supremo (SsTS de 27.01.05, 19.12.06, 27.01.06, 19.05.06, 29.09.06, 25.01.07 y 22.02.07).

En el caso presente, esa motivación, plasmada en la diligencia de informe anterior a la propuesta de resolución, existe, sin que pueda alegarse la nulidad invocando su falta; cuestión distinta es que exista o no conformidad con la misma.

Así, la aplicación de la regulación objeto de debate ha sido calificada por la jurisprudencia como de fuerte complejidad en el supuesto de infracción grave del apartado a) del artículo 53 de la Ley Orgánica 8/2000, pues el recorrido sancionador parte de la sanción de multa y alcanza, sin que pueda imponerse conjuntamente, hasta la sanción de expulsión del territorio español con las medidas accesorias de extinción de cualquier autorización para permanecer en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado y de prohibición de entrada en territorio español por un periodo de hasta cinco años, e incluso en casos excepcionales hasta diez. Para recorrer por este itinerario, la jurisprudencia ha señalado que: *"la*

regulación del principio de proporcionalidad entre la gravedad del hecho infractor y el fin protector perseguido por la norma sancionadora que establece el artículo 55.3 de la Ley Orgánica 4/2000 requiere que se valore, en primer lugar, el grado de culpabilidad de la persona infractora."

De este modo, se ha venido distinguiendo entre los supuestos de imprudencia culpable y aquellos otros en que concurre en el infractor una actuación dolosa, o bien, una actuación imprudente con un grado de antijuridicidad en la conducta que excede de la simple inobservancia: "*incluida la forma menos agravada de imprudencia constituida por la simple inobservancia de reglamento y los errores vencibles que disminuyan el grado de imprudencia, no debieran, en principio, ser tenidos como suficientes para justificar la sanción de expulsión prevista para la infracción grave del apartado a) del artículo 53 de la Ley Orgánica 4/2000*". Quedando, por tanto, inicialmente reservada la sanción de expulsión de territorio español, en el supuesto del apartado a) del artículo 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000 para los casos en los que se aprecie en la persona infractora una posición individual de actuación dolosa o una actuación imprudente con un grado de antijuridicidad en la acción superior a la mera inobservancia. (En tal sentido, entre otras sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 27 de febrero de 2004)

En esta línea cabe citar, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2007 "*En reiteradas sentencias hemos declarado que en el sistema de la Ley Orgánica 4/2000 (reformada por L. O. 8/2000) 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". Hemos resaltado, en este sentido, que 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. Ahora bien, también tenemos dicho con reiteración que 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, puesto que 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 presente, la Administración basa la decisión de expulsión en el hecho de que no se intentó trámite alguno por la demandante para regularizar su situación, y que no efectuó declaración de su entrada en España, pero, frente a ello cabe indicar que la demandante, en el momento en el que se levanta acta de denuncia -folio 10- estaba documentada, con pasaporte de Paraguay en el que constaba entrada por Francia en el año 2010, y que, de hecho, tenía fijado un domicilio en España, lo cual motivó que, como consta en el acta, no fuese detenida en el acto, sino que se le citó para comparecencia en la comisaría; asimismo, con anterioridad a ese momento de la denuncia, no consta que se hubiera incoado contra [redacted] expediente alguno en que se ordenase la salida del país. De la documental que se aporta, ha de indicarse que constaba su empadronamiento en España, en concreto en Lleida, desde el año 2007 (anterior por tanto a la entrada constatada en el pasaporte a través de Francia, lo cual sugiere que no estuvo desde el año 2007 de forma continuada en España), y habiéndose expedido a su nombre tarjeta sanitaria. Por otro lado, se aporta documental de fecha posterior a la resolución impugnada (contrato de alquiler, empadronamiento con su pareja en Silleda, ...) de la que se deriva una situación actual, que obviamente no pudo ser valorada por la Administración, pero que puede dar lugar ahora a una valoración de autorización de residencia por arraigo, por lo que, atendiendo al principio de proporcionalidad entre infracciones y sanciones, aunque queda acreditado que sí existe infracción del artículo 53,1, a) -pues en el momento en que fue detenida [redacted] carecía de autorización para su estancia regular en nuestro país-, no puede hablarse de que exista una intencionalidad en perpetuar la situación irregular, sino que, por el contrario la actora realizó ya gestiones para obtener el correspondiente permiso de estancia (consta solicitado informe de arraigo al ayuntamiento), y ello ha de ser valorado en orden a la imposición de la sanción de multa, que es la que con carácter principal se indica para la infracción cometida, pues, en circunstancias como las que presenta la demandante, que carece de cualquier otro dato negativo que

pueda justificar la expulsión, se considera efectivamente desproporcionada la sanción impuesta, siendo más adecuada la multa.

Por tanto, se considera que lo expuesto por la Administración para fundar la expulsión no basta, debiendo recordarse por lo demás que la potestad del Estado respecto al control de la inmigración no puede obviar la ley, ni interpretarla en contra de su tenor literal, pues no es el sancionado el que ha de probar que no existen circunstancias negativas que conlleven la expulsión como sanción más adecuada, sino que es la Administración la que ha de acreditar y motivar en su resolución la existencia de esas circunstancias para poder sancionar con expulsión en lugar de multa, y sin que exista una opción para la Administración entre imponer una u otra sanción, sino que la ley señala en primer lugar y como preferente la multa, siendo lo excepcional la expulsión, pues para interpretar lo contrario habría de reformarse el tenor literal de los artículos 55 y 57 de la Ley 4/200, sin que quepa interpretar una norma sancionadora en sentido amplio en perjuicio del sancionado, y sin que pueda hablarse de una interpretación lógica o teleológica de la norma, pues si la finalidad de la ley hubiera sido la de primar la expulsión ante supuestos de estancia irregular, y valorar determinadas circunstancias para, en su caso, señalar la sanción de multa, así se debería haberse legislado, sin que sea conforme a derecho hacer la interpretación contraria a lo que el tenor literal sugiere.

En consecuencia, conforme a lo dicho, procede estimar el recurso contencioso-administrativo, en el sentido de anular la sanción de expulsión impuesta en las resoluciones impugnadas, sustituyéndola por la de multa en la cuantía mínima prevista en la ley, esto es 501 euros.

CUARTO.- A los efectos previstos en el art. 139.1 de la Ley Jurisdiccional, en su redacción vigente para este procedimiento, tras reforma por Ley 37/11, aunque por el criterio de vencimiento habrían de ser impuestas las costas a la Administración demandada, ante la complejidad que suscitan supuestos como el presente en cuanto a la valoración de las circunstancias que concurren, no se considera procedente la condena de costas, debiendo tenerse en cuenta asimismo que en la decisión adoptada en esta sentencia se tuvieron en cuenta documentos que no pudieron ser considerados por la Administración sancionadora.

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

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

FALLO

Que, **estimando** el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Letrado D. Antonio Salceda Domínguez, en representación de [redacted], contra la resolución de fecha 24 de septiembre de 2012, dictada por la Subdelegación de Gobierno en Pontevedra, en la que se acuerda la expulsión de la demandante del territorio nacional, con prohibición de entrada de dos años, declaro que la actividad administrativa impugnada no es conforme a Derecho, debiendo ser anulada la sanción de expulsión impuesta, siendo sustituida por la de multa de 501 euros.

No se hace condena en costas.

Notifíquese la presente resolución haciendo saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de quince días a contar desde su notificación.

Así lo acuerda, manda y firma, Dª Mónica Sánchez Romero, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Pontevedra.