

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 110/04**

**DE Ordinario Ley 98**

**SENTENCIA NUMERO 879/05**

ILMOS. SRES.  
PRESIDENTE:  
D. AGUSTIN HERNANDEZ HERNANDEZ

MAGISTRADOS:  
D. LUIS MIGUEL BLANCO DOMINGUEZ  
DÑA. MARGARITA DIAZ PEREZ

Siendo Ponente D. LUIS MIGUEL BLANCO DOMINGUEZ.

En la Villa de BILBAO, a cuatro de noviembre de dos mil cinco.

La Sección TERCERA de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el número 110/04 y seguido por el procedimiento ORDINARIO, en el que se impugna: la Resolución de fecha 12 de noviembre del año 2003 dictada por la Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa en cuya virtud se acuerda la expulsión del territorio nacional del ciudadano extranjero, D. Helver Manuel V. Dos Santos Pereira con prohibición de entrada en el mismo por un periodo de cinco años que se extiende, además, a los países europeos en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, por considerarle responsable de una infracción administrativa grave en materia de extranjería prevista en el artículo 53 a) de la Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Son partes en dicho recurso: como recurrente D. HELVER MANUEL DOS SANTOS PEREIRA, representado por la Procuradora DÑA. INES ELENA RODRIGUEZ MOLINERO y dirigido por el Letrado D. IGNACIO MARIA ALMANDOZ RIOS.

Como demandada ADMINISTRACION DEL INTERIOR- , representado y dirigido por el Procurador DEL MINISTERIO DEL INTERIOR- , representado y dirigido por el Abogado

Recibido - MINISTERIO  
DEL INTERIOR- el día 29 de  
DICIEMBRE de 2005  
Not. J. C. B.  
BIZKAIKO ALIZITEGIETAKO  
PROKURADOREEN ELKARSO OSPETILIA  
FIRMA DE...

ESTADO.

Ha sido Magistrado Ponente el Iltmo. Sr. LUIS MIGUEL BLANCO DOMINGUEZ.

### I. ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El día 13.01.04 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que D. INES ELENA RODRIGUEZ MOLINERO actuando en nombre y representación de HELVER MANUEL DOS SANTOS PEREIRA, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de fecha 12 de noviembre del año 2003 dictada por la Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa en cuya virtud se acuerda la expulsión del territorio nacional del ciudadano extranjero, D. Helver Manuel V. Dos Santos Pereira con prohibición de entrada en el mismo por un periodo de cinco años que se extiende, además, a los países europeos en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, por considerarle responsable de una infracción administrativa grave en materia de extranjería prevista en el artículo 53 a) de la Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; quedando registrado dicho recurso con el número 110/04.

El presente recurso, por disposición legal, se reputa de cuantía indeterminada.

**SEGUNDO.-** En el escrito de demanda, se solicitó de esta Sala el dictado de una sentencia en base a los hechos y fundamentos de derecho en ella expresados, y que damos por reproducidos.

**TERCERO.-** En el escrito de contestación, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ellos expresados, se solicitó de esta Sala el dictado de una sentencia por la que se desestimen los pedimentos de la actora.

**CUARTO.-** El procedimiento no se recibió a prueba, por no interesarlo las partes ni considerarlo necesario esta Sala.

**QUINTO.-** Por resolución de fecha 17.10.05 se señaló el pasado día 19.10.05 para la votación y fallo del presente recurso.

**SEXTO.-** En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se recurre la Resolución de fecha 12 de noviembre del año 2003 dictada por la Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa en cuya virtud se acuerda la expulsión del territorio nacional del ciudadano extranjero, D. Helver Manuel V. Dos Santos Pereira con prohibición de entrada en el mismo por un periodo de cinco años que se extiende, además, a los países europeos en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, por considerarle responsable de una infracción administrativa grave en materia de extranjería prevista en el artículo 53 a) de la Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Los hechos en los que se basa la Resolución recurrida consisten en que "D. Helver Manuel V. Dos Santos Pereira fue controlado en una situación de completa irregularidad, careciendo de cualquier tipo de autorización o permiso que le habilite para permanecer legalmente en España."

**SEGUNDO.-** La parte actora deduce demanda interesando la nulidad de la resolución recurrida en base a las siguientes alegaciones.

En primer lugar, considera que la detención cautelar sufrida es contraria a derecho por dos motivos, de un lado porque se acordó antes de incoarse el procedimiento administrativo y, por otro, por ser tomada la decisión por el instructor y no por la autoridad que debe de resolver el expediente, lo que constituye una infracción del artículo 61.1.d) de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social reformada por la 8/2000 de 22 de diciembre en relación con el artículo 17 de la Constitución Española.

En segundo lugar, se sostiene que se ha vulnerado el derecho de defensa dado que no se resolvió sobre la petición de pruebas interesadas en vía administrativa con infracción de régimen previsto en los artículos 63.2 de la Ley Orgánica 4/2000 y 110.4 del Real decreto 864/2001 y 24.2 de la Constitución Española.

Y, finalmente, invoca el principio de proporcionalidad que se ha infringido, teniendo en cuenta la gravedad de la infracción y la sanción impuesta.

La Administración demandada interesa la desestimación del recurso y sostiene la legalidad de la resolución recurrida.

**TERCERO.-** Conforme al artículo 61.1 de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley 8/2000 de 22 de diciembre, durante la tramitación del expediente sancionador en el que se formule propuesta de expulsión, la autoridad gubernativa competente para su resolución podrá acordar, a instancia del instructor y a fin de asegurar la eficacia de la resolución final que pudiera recaer alguna de las medidas cautelares que allí se contemplan.

Pero, también se dice y se precisa en el apartado d) que puede acordarse la detención cautelar, bien por la autoridad gubernativa, o, también, o sus agentes.

Obviamente, antes de la documentación de la incoación del procedimiento sancionador, es necesario descubrir el hecho constitutivo de la infracción. Constatado este, pueden los agentes policiales proceder a la detención del ciudadano extranjero que carezca de documentación y/o no presente título alguno que le habilite para permanecer en España, a fin y efecto de comprobar su identidad, esclarecer los hechos descubiertos, y decidir, en consecuencia, y a partir de los mismos, si se ha cometido presuntamente una infracción administrativa, cual sea esta, e incoar el correspondiente procedimiento.

Y esto es lo que ha acontecido en el presente supuesto, tal y como se ve en el expediente administrativo.

Una cosa es la detención que se acuerda en el marco del artículo 61.1. d) de la Ley de Extranjería, y otra, las competencias que tienen los agentes cuando conocen de la existencia de una posible infracción como la que aquí nos ocupa. De ahí que se proceda a detener al ciudadano extranjero, lo que por otro lado le otorga mayores garantías, incoar el procedimiento, documentar tal acto y confirmar en el seno del mismo, y dentro del artículo 61.1d) la detención cautelar, debiéndose de añadir, por otro lado, que todos estos actos se llevan en realidad de manera casi simultánea y desde luego en el mismo día 24 de agosto del año 2003.

Dicho de otra manera la actuación policial que cuestiona el actor es la estrictamente necesaria para poder llevar a efecto la previsión normativa del artículo 61.1.d) lo que nos impide apreciar el motivo de nulidad que invoca el actor.

Por otro lado, el apartado d) del artículo 61.1, que es el aplicado en la Resolución administrativa, dice claramente que es la autoridad gubernativa o sus agentes quienes pueden acordar la detención, de modo y manera que ningún vicio cabe

apreciar por el hecho de que no haya sido el Subdelegado del Gobierno competente para dictar el acto impugnado, quien, además, acordase la medida cautelar.

**CUARTO.-** No hay duda de que es una exigencia legal y constitucional posibilitar al ciudadano extranjero que en el seno del procedimiento administrativo pueda alegar cuantos hechos considere de relevancia y aportar o proponer las pruebas que tenga por conveniente. Tampoco puede ser objeto de controversia que la autoridad administrativa deba de resolver, de manera motivada, acerca de tales pruebas y en consecuencia deba de admitirlas o inadmitirlas.

Desde este punto de vista, y en un plano meramente formal, la Administración demandada ha infringido lo dispuesto en el artículo 110 del Real Decreto 864/2001 de 20 de julio

Ahora bien, es totalmente pacífica la doctrina jurisprudencial que dice que no toda infracción formal puede conducir a la nulidad de la resolución administrativa dictada, ya que es preciso que aquella sea relevante para la decisión combatida; o, dicho de otra manera se requiere que el vicio haya causado una indefensión material o sustantiva.

Por ello, si bien es cierto que la autoridad administrativa, como se ha destacado, no se pronunció sobre las pruebas propuestas por el interesado, también lo es, que las mismas se estiman intrascendentes a los efectos de declarar la nulidad de la Resolución recurrida ya que aun en el supuesto de que las mismas se hubiesen practicado con la conclusión alegada por el actor, lo que por otro lado, pudo interesar en esta sede judicial, el resultado habría sido el mismo.

Efectivamente, el oficio a la entidad Remar es irrelevante desde el punto de vista de la comisión de la infracción; y, por otro lado, como se razonará seguidamente tampoco hubiese permitido sancionar los hechos de manera distinta a como lo ha hecho la Administración en cuanto a la naturaleza de la sanción impuesta.

**QUINTO.-.** La infracción cometida está sancionada por el art. 55.1.b) de la Ley 4/2000 de 11 de enero con una sanción de multa de 301 euros hasta 6.000 euros, o alternativamente, (potestativamente para la Administración sancionadora), con la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo, con la consecuencia accesoria de tener prohibida la entrada en nuestro territorio por un periodo de entre tres y diez años.

La sanción a imponer debe de respetar el principio de proporcionalidad como criterio de adecuación entre el contenido de aquella y la infracción cometida ( art. 131 de

la Ley 30/1992, de 26 de noviembre) y de ahí que el art. 55.3 y 4 de la Ley. 4/2000 de 11 de enero tras su reforma realizada por la L.O. 8/2000, de 22 de diciembre establezca como criterios de proporcionalidad a seguir, tanto para la elección de la naturaleza de la sanción a imponer (privativa de derechos o multa) como para la determinación de su extensión cuantitativa, el grado de culpabilidad y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia. Ya en la opción de sancionar la conducta cometida con multa, el apartado 4 del art. 55 remite especialmente a la capacidad económica del infractor y finalmente, el art. 97.3 del R.D. 864/2001, de 20 de julio que aprueba el Reglamento de Extranjería recuerda como criterio de proporcionalidad, además de los criterios de graduación ya vistos -como no podía ser de otro modo-, alude a las concretas circunstancias de la situación personal y familiar del infractor, interpretando a "sensu contrario" el art. 57 de la L.O. 4/2000 .

En consecuencia, se muestra como criterio principal de ponderación (y control jurisdiccional), primero, al tiempo de la elección sobre la naturaleza de la sanción a imponer (pecuniaria o restrictivas de derechos) y después, al decidir sobre su extensión cuantitativa, la gravedad de la infracción cometida y el grado de culpabilidad del sancionado. Son grados de culpabilidad, y que respectivamente deberán tener su traducción en la naturaleza de la sanción impuesta y su extensión, el incumplimiento doloso y el negligente del extranjero. Y dentro de este actuar negligente, se diferenciara entre la existencia de una simple inobservancia de reglamento o bien de una imprudencia grave.

Junto con ese criterio de proporcionalidad subjetivo, la legislación aplicable acude a un criterio de naturaleza objetiva como es la valoración del daño producido, del riesgo derivado de la infracción y su trascendencia.

**SEXTO.-** En el presente caso, nos consta que el actor ha entrado en nuestro país por un lugar que no es de los destinados al efecto, prescindiendo de las obligaciones impuestas, como son la tenencia de billete y de visado, acreditación del objeto y condiciones de estancia así como disponer de medios de vida suficientes (artículo 25 de la Ley 4/2000) lo que permite calificar su conducta, al menos, de gravemente imprudente, sin que por otro lado, consten circunstancias personales, familiares, económicas o de otro tipo que aconsejen imponer una sanción distinta de la expulsión.

Debe de precisarse en este sentido que el visado existente había caducado en fecha 6 de agosto del año 2002, produciéndose la detención del actor en fecha 24 de agosto del año 2003; y, además, que el citado visado solo era

válido para Bélgica, Holanda y Luxemburgo. Por otro lado, la vinculación que se alega relativa a los trabajos efectuados en el seno de la institución Remar, tampoco son indicativos de una situación de arraigo o de circunstancias que justifiquen una sanción pecuaria, que por otro lado, tampoco se interesa.

Ahora bien, como se ha indicado, el juicio de proporcionalidad debe de efectuarse en dos momentos distintos. De un lado, al tiempo de optar por la sanción de expulsión con la consiguiente prohibición de entrada en vez de por la sanción de multa; y, de otro lado, al tiempo de cuantificar la concreta sanción que se impone.

En el presente caso, la sanción de expulsión con prohibición de entrada en el territorio nacional y en los países del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen se impone por un periodo de 5 años, cuando la norma permite imponerlo por un periodo de tres a diez años.

Desde el momento en que la Administración en el ejercicio de sus potestades sancionadoras acuerda imponer la sanción en un extensión superior al mínimo legal debe de indicar que circunstancias concurren en el presente caso para que la infracción se haga merecedora de esa cuantía y es lo cierto que, además, de las circunstancias ya vistas que justifican la proporcionalidad de la sanción impuesta en lugar de la multa, se desconoce la concurrencia de otras motivos que expliquen la expulsión con prohibición de entrada por un periodo de cinco años lo que nos lleva a estimar parcialmente el recurso interpuesto y reducir la sanción impuesta a su mínimo legal de tres años.

**SEPTIMO.-** No se aprecian motivos para hacer una especial condena en costas a ninguna de las partes, de conformidad con el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, la Sala emite el siguiente

**F A L L O**

**CON ESTIMACIÓN PARCIAL DEL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 110/04 INTERPUESTO POR D. HELVER MANUEL DOS SANTOS PEREIRA, REPRESENTADO POR LA PROCURADORA D<sup>a</sup> INES ELENA RODRIGUEZ MOLINERO Y DEFENDIDO POR EL LETRADO D. IGNACIO MARIA ALMANDOZ RIOS CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 12 DE NOVIEMBRE DEL AÑO 2003 DICTADA POR LA SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN GUIPUZCOA, REPRESENTADA Y DEFENDIDA POR SUS SERVICIOS**

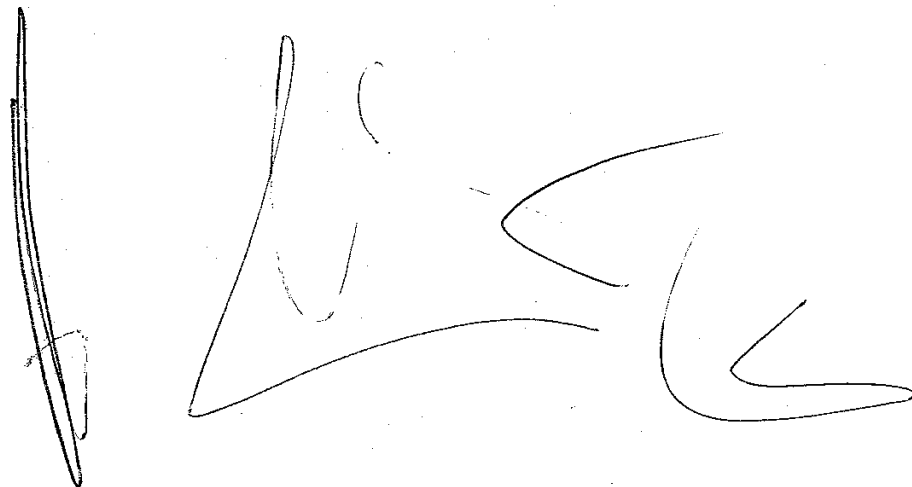
**JURIDICOS POR LA QUE SE ACUERDA SU EXPULSIÓN CON PROHIBICION DE ENTRADA EN EL ESPACIO SCHENGEN POR CINCO AÑOS, DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS:**

**PRIMERO.- QUE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA ES CONTRARIA A DERECHO POR LO QUE DEBE DE SER ANULADA EN EL SENTIDO DE REDUCIR A TRES AÑOS EL PERIODO DE PROHIBICION PARA VOLVER A ENTRAR EN EL TERRITORIO NACIONAL Y EN LOS PAISES DEL ACUERDO DE SCHENGEN**

**SEGUNDO.- QUE NO PROCEDE IMPONER LAS COSTAS A NINGUNA DE LAS PARTES**

A su tiempo devuélvase el expediente administrativo al órgano de procedencia con certificación de esta Sentencia de la que se unirá otra a los autos originales.

Notifíquese a las partes la presente Sentencia, haciéndoles saber que la misma es firme y que no cabe contra ella recurso de casación.

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of several sweeping, interconnected strokes.

**PUBLICACION.-** Leida y publicada fue la anterior sentencia por el Iltmo. 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.