

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**RECURSO DE APELACIÓN Nº 138/2010**

**SENTENCIA NUMERO 33/2013**

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. LUIS ANGEL GARRIDO BENGOETXEA

MAGISTRADOS:

D. RAFAEL VILLAFANEZ GALLEGO

D<sup>a</sup>. PATRICIA ARRIZABALAGA ITURMENDI



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

La Sección 3<sup>a</sup> 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 26-10-09 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 3 de Donostia en el recurso contencioso-administrativo número 670/2008.

Son parte:

- **APELANTE:** D. ADEILDO GONZALVES DE SOUZA, dirigido por el Letrado D. GAIZKA GARZON BOLADO.

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

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. LUIS ANGEL GARRIDO BENGOETXEA.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por ADEILDO GONZALVES DE SOUZA recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia por la que estimando el presente recurso de apelación, acuerde revocar la sentencia y estimando el recurso contencioso administrativo interpuesto contra dicha resolución administrativa declare la misma nula y disconforme a derecho.

**SEGUNDO.-** El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado al/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, verificado por la Administración, suplicó se dicte sentencia confirmando la de instancia.

**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 16/10/2012, 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.-** Que por Adeildo Gonzalves de Souza se recurre en apelación la sentencia de 26 de octubre de 2009, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Donostia - San Sebastián, sobre expulsión del territorio español.

La apelación se basa en alegar que ha vulnerado el derecho a la defensa porque en el momento de la detención e incoación del procedimiento sancionador, el apelante no contó con la preceptiva asistencia jurídica e intervención de Abogado.

**SEGUNDO.-** Que la sentencia apelada procedió a desestimar el recurso interpuesto por el interesado al considerar, en su fundamento de derecho 2º, que: *"El artículo 53 apartado a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, en la redacción dada por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, considera infracción grave el 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, siempre que el interesado no hubiese solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente.*

*De la prueba practicada, se colige con claridad la comisión de la infracción que se le imputa al recurrente, infracción que se comete por el sólo hecho de encontrarse en territorio nacional sin poseer la documentación que le habilite para ello circunstancia que ni tan siquiera discute la parte demandante.*

*Así las cosas, tampoco puede obviarse el hecho de que nos encontramos ante un procedimiento de expulsión por la posible comisión de una infracción grave, y no tienen aquí cabida las alegaciones respecto a un supuesto arraigo de la recurrente en España.*

*Sentado lo anterior, procede analizar los motivos de oposición alegados e la demanda; y que no son otros que la falta de motivación de la resolución recurrida y supuesta vulneración del principio de proporcionalidad en la aplicación de la sanción, expulsión conforme al artículo 57, entendiendo que se debería de haber impuesto una multa conforme al artículo 55.*

*Para ello se invoca la doctrina del Tribunal Supremo, iniciada por la Sentencia de 22 de diciembre de 2005, conforme a la cual, como regla general, la expulsión requiere una motivación específica y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal, y si impone la expulsión debe decir cuales son las razones de proporcionalidad, de daño o riesgo, y de grado de subjetividad; sin embargo, esta Sentencia señala que en los supuestos en los que en el expediente administrativo conste, 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.*

*Varias Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, entre ellas la de Navarra, en Sentencia, por ejemplo de 21 de marzo de 2007, señalan que la sola ausencia de intento alguno de regularizar su situación puede considerarse una circunstancia desfavorable para el extranjero, permitiendo la imposición de la sanción de expulsión frente a la de multa.*

*Concurre en el caso de autos una circunstancia especialmente desfavorable para el recurrente y que no es otra que la falta de intentos de regularizar su situación, además de desconocerse el lugar y sobre todo el momento en el que se produjo la entrada en territorio Schengen, pues el pasaporte aportado no refleja visado alguno, y sin que pueda reconocerse la misma eficacia al certificado de empadronamiento obrante en la causa pues pudo realizarse en un período muy posterior al de la entrada si bien refleja que la estancia ilegal se ha prolongado desde el año 2005, habiendo transcurrido tiempo más que suficiente para instar la regularización, actuación que el recurrente no acredita haber observado.*

*Sobre la falta de asistencia letrada en el momento de la detención, del expediente aportado y de la prueba practicada, no se desprende que dicha falta de asistencia se produjera, puesto que al folio 8 obra el reporter positivo del fax enviado el día de la detención del recurrente, al Colegio de Abogados de La Coruña, solicitando la comparecencia de letrado de oficio para asistir al Sr Gonzalves por lo que en defecto de más prueba, debemos concluir que tal asistencia letrada se prestó a continuación.*

*Por todo lo expuesto, procede la desestimación íntegra del presente recurso contencioso administrativo, considerando la resolución recurrida ajustada a derecho."*

**TERCERO.-** Que en la apelación se alude a que el interesado se le ha vulnerado el derecho de defensa, puesto que en el momento de la detención e incoación del procedimiento sancionador no contó con la preceptiva asistencia jurídica e intervención de Abogado.

Analizando el expediente administrativo se observa que el interesado solicitó ser asistido por el Letrado de oficio en el momento de su detención (folio 6); que se solicitó asistencia letrada al Colegio de Abogados de La Coruña (folio 7), sin que conste que la intervención del Abogado se haya producido.

+

Tanto el art. 22 como el art. 63 L.O. 4/2000, de 11 de enero, prevén el derecho de asistencia letrada en procedimientos administrativos que, como el presente, puedan llevar a la expulsión del territorio español de un ciudadano extranjero.

No consta en este caso que la intervención de letrado se haya producido en el expediente, aun cuando el interesado solicitó expresamente la intervención de Abogado de oficio.

Esta circunstancia no sólo vulnera los preceptos antes citados de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sino también el derecho de defensa, recogido en el art. 24 de la Constitución.

Ello habrá de llevar a estimar la presente apelación y a declarar la nulidad de la resolución administrativa recurrida, al vulnerar un derecho fundamental.

**CUARTO.-** Que al estimarse la apelación, no procederá hacer expresa imposición de las costas de esta instancia (art. 139 Ley 29/98).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

**FALLO.-**

QUE, ESTIMANDO EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR ADEILDO GONZALVES DE SOUZA CONTRA LA SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 2009, DICTADA POR EL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 3 DE DONOSTIA - SAN SEBASTIÁN, DEBEMOS:

1º) REVOCAR LA SENTENCIA APELADA.

2º) DECLARAR LA NULIDAD DE PLENO DERECHO DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA RECURRIDA, DEJÁNDOLA SIN EFECTO.

3º) NO EFECTUAR EXPRESA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS DE ESTA INSTANCIA.

DEVUÉLVANSE AL JUZGADO DE PROCEDENCIA LOS AUTOS ORIGINALES Y EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO PARA LA EJECUCIÓN DE LO RESUELTO, JUNTO CON TESTIMONIO DE ESTA SENTENCIA.

ESTA SENTENCIA ES FIRME Y CONTRA LA MISMA NO CABE RECURSO ALGUNO.

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

