



Roj: **STSJ M 182/2014 - ECLI:ES:TSJM:2014:182**

Id Cendoj: **28079330102014100027**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **10**

Fecha: **22/01/2014**

Nº de Recurso: **908/2013**

Nº de Resolución: **36/2014**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **FRANCISCA MARIA DE FLORES ROSAS CARRION**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Décima C/ Génova, 10 - 28004

33010280

NIG: 28.079.45.3-2012/0007119

Recurso de Apelación 908/2013

Recurrente : D. Sonsoles

PROCURADOR D. GONZALO HERRAIZ AGUIRRE

Recurrido : DELEGACION DEL GOBIERNO EN MADRID

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA N° 36/2014

Presidente:

Dña. M^a DEL CAMINO VÁZQUEZ CASTELLANOS

Magistrados:

Dña. FRANCISCA ROSAS CARRION

Dña. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS

Dña. M^a JESUS VEGAS TORRES

Dña. CARMEN ALVAREZ THEURER.

En la Villa de Madrid, a 22 de enero de 2014.

Visto por la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, constituida por los Magistrados anotados al margen, el presente recurso de apelación tramitado con el número 908/2013 de su registro, que ha sido interpuesto por doña Sonsoles , representada y dirigida por la Letrado doña Flora Ugena Morena, contra la sentencia dictada con fecha de 28 de junio de 2013 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo 16 de los de Madrid , en los autos de Procedimiento Abreviado tramitados con el número 171/2012 de su registro.

Ha sido parte apelada la Administración del Estado, representada y dirigida por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO. - Ante los Juzgados de lo Contencioso Administrativo de Madrid doña Sonsoles interpuso recurso contencioso administrativo contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid de 16 de febrero de 2012.

Por sentencia dictada con fecha de 28 de junio de 2013 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo 16 de los de Madrid, en los autos de Procedimiento Abreviado tramitados con el número 171/2012 de su registro, se desestimó el recurso contencioso administrativo.

SEGUNDO. - Notificada la sentencia a las partes, doña Sonsoles interpuso recurso de apelación del que, una vez admitido a trámite, se dio traslado a la parte apelada para que pudiera formular escrito de impugnación.

TERCERO. - Remitidos los autos y el expediente administrativo a la Sala, y no habiéndose solicitado el recibimiento de la apelación a prueba, la celebración de vista, ni la presentación de conclusiones, se señaló para deliberación y fallo el día 15 de enero de 2014, fecha en que tuvo lugar.

En la tramitación de este recurso se han observado las reglas establecidas por la Ley.

Ha sido Magistrado Ponente doña FRANCISCA ROSAS CARRION, quien expresa el parecer de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Doña Sonsoles, nacional de Nicaragua, ha interpuesto el presente recurso de apelación contra la sentencia dictada con fecha de 28 de junio de 2013 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo 16 de los de Madrid, en los autos de Procedimiento Abreviado tramitados con el número 171/2012 de su registro, mediante la que se desestimó el recurso contencioso administrativo formulado contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid de 16 de febrero de 2012, en la que se acordó su expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada en España por un período de 3 años, como autora de una infracción tipificada en el artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los **Extranjeros** en España y su Integración Social.

En el punto 1 del apartado de " *Hechos* " de la precitada resolución administrativa se recoge lo siguiente:

" Al ser requerido (sic) por fuerzas policiales el día 18/12/2011 para proceder a su identificación y tras las actuaciones llevadas a cabo con posterioridad, se ha comprobado que no dispone de documento alguno que acredite la situación de estancia o residencia legal en España ".

Y en el punto 3 de dicho apartado, se ha hecho constar que:

" En el plazo concedido al efecto se ha presentado escrito de alegaciones sin que las manifestaciones contenidas en el mismo, desvirtúen los hechos imputados, dada la ausencia de excepcionales circunstancias de arraigo o pendencia de regularización, que en su caso pudieran aconsejar la imposición de una sanción económica en lugar de la expulsión que se propone, sanción económica que no sanaría la situación de irregularidad imputada, resultando proporcionada la expulsión del territorio nacional con la gravedad de la infracción cometida, al darse la circunstancia de que, además de su estancia irregular en España, en el momento de su detención estaba indocumentado (sic), y, por lo tanto, sin acreditar su identificación y filiación, desconociéndose cuándo y por dónde efectuó su entrada en territorio español y si lo hizo por un puesto habilitado conforme a lo establecido en el artículo 25 del la Ley de Extranjería citada ".

La sentencia de instancia apreció, junto a la estancia irregular y a la falta de justificación de arraigo suficiente, la concurrencia de datos negativos consistentes en que doña Sonsoles se encontraba indocumentada al tiempo de su detención, no habiendo aportado su pasaporte en vía administrativa, lo que entonces impidió su identificación y la determinación del momento y del lugar de entrada en territorio español, a lo que añadió que, aunque presentó su pasaporte en sede jurisdiccional, ello no ha comportado la acreditación del lugar por dónde entró en España, por lo que se consideró proporcional la sanción de expulsión impuesta, argumentos y conclusión a los que se opone la apelante, que insta la revocación de la sentencia y la estimación del recurso contencioso administrativo.

En apoyo de su pretensión revocatoria doña Sonsoles invoca las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2008 y de 4 de septiembre de 2009, y otra de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, que no cita, y alega que la sentencia impugnada ha aplicado incorrectamente la doctrina jurisprudencial sobre la proporcionalidad de la expulsión en los casos de infracción de estancia irregular en España, al no constar en el expediente administrativo, de forma clara, la concurrencia de datos negativos susceptibles de justificar la expulsión y al no ser cierta la circunstancia de su indocumentación, pues aunque no llevaba consigo el pasaporte en el momento de su detención, lo aportó posteriormente a los autos, al lo que añade que la mera ausencia en dicho documento de un sello de



entrada, acreditativo de dónde y cómo entró en territorio español, no es asimilable al hecho de hallarse total y absolutamente indocumentada.

La Abogacía del Estado ha presentado escrito de impugnación al recurso.

SEGUNDO .- Es cierto que, aunque doña Sonsoles no portaba su pasaporte cuando fue detenida y que tampoco lo aportó al expediente administrativo, sí lo hizo en el proceso del que dimana el presente recurso de apelación, cuando lo exhibió al otorgar apoderamiento "apud acta" y presentó una fotocopia del mismo, cuya autenticidad no ha sido discutida de contrario, en cuya página 8 aparece un sello de entrada en territorio Schengen, por el puesto fronterizo exterior del Aeropuerto de Roissy-CDG, Francia, el día 17 de septiembre de 2010.

Dicho documento estaba en vigor cuando la apelante fue detenida en España el día 18 de diciembre de 2011, estándose en el caso de que las señas de identidad consignadas en el mismo coinciden con las que la interesada facilitó a los agentes de Policía, por lo que no cabe concluir que doña Sonsoles careciera de documentación acreditativa de su identidad, sino sólo que no la exhibió ni en el momento de su detención, ni durante la tramitación del procedimiento sancionador, pero es claro que, cuando se inició el expediente sancionador, la apelante se encontraba irregularmente en territorio español porque, habiendo entrado en territorio Schengen el 17 de septiembre de 2010, no se ha acreditado que, a fecha de 18 de diciembre de 2011, hubiese obtenido prórroga de estancia o autorización de residencia, lo que constituye el tipo de infracción grave tipificado en el artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los **Extranjeros** en España y su Integración Social.

El Tribunal Supremo ha venido perfilando la cuestión de la proporcionalidad de la sanción por infracción de estancia irregular en España en sucesivas sentencias, siendo de significar que el hecho de que se ignore cuándo y por dónde entró un **extranjero** no comunitario en territorio español constituye motivación suficiente para justificar la imposición de la sanción de expulsión según las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo con fecha de 29 de marzo de 2007 , varias sentencias con fecha común de 12 de abril de 2007 y otra de 5 de julio del mismo año, en las que se declara que: "*Pues bien, esto último es lo que ocurre en el presente caso en que a la permanencia ilegal en España de la actora se une la circunstancia (subrayada en la resolución recurrida) de que aquella no sólo se encontraba irregularmente en España, sino que estaba indocumentada, y, por lo tanto, sin acreditar su identificación y filiación, y, además, se ignoraba cuándo y por dónde entró en territorio español*". (el subrayado es nuestro).

En el mismo sentido, en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007 , especialmente referida a que la falta de constancia de las circunstancias en que el **extranjero** entró en territorio nacional, conlleva la infracción de la normativa reglamentaria sobre entrada en territorio español se declara que: "*Pues bien, esto último es lo que ocurre en el presente caso en que a la permanencia ilegal en España del actor se une la circunstancia (que es subrayada en la resolución recurrida) de que el Sr. ... no sólo se encontraba irregularmente en España, sino que no acreditó la fecha de su entrada en España, ignorándose cuándo y por dónde entró en territorio español, infringiendo con ello las normas sobre entrada reguladas en el Capítulo I del R.D. 864/01, de 20 de julio. Hechos sobre los que nada se ha alegado ni en el expediente administrativo ni en vía judicial. La permanencia ilegal y estos hechos que constan en el expediente administrativo son motivación suficiente para justificar la imposición de la sanción de expulsión y no la de multa, de forma que ni la Administración ha desconocido el principio de proporcionalidad ni ha dejado de exponer las razones por la que expulsó al actor del territorio nacional*".

Se ha de reseñar, de una parte, que la circunstancia de que, en las sentencias dictadas por otros Tribunales Superiores de Justicia, se hayan sostenido conclusiones diferentes a las expresadas en la sentencia apelada y en la presente resolución, no menoscaba la independencia de criterio del Juzgado de instancia ni la de esta Sección, ni da lugar a una eventual lesión del principio de igualdad en relación a la aplicación judicial del Ordenamiento Jurídico contenido en el artículo 24 de la Constitución Española , en los términos en que el Tribunal Constitucional ha definido y delimitado ese principio en su sentencia 47/2003 y en las que en ella se citan.

Y de otro lado, la doctrina jurisprudencial expresada en las sentencias de 28 de febrero , 29 de marzo , 12 de abril y 5 de julio de 2007 , a la que anteriormente hemos hecho referencia, no ha quedado invalidada por las sentencias del Tribunal Supremo invocadas por la apelante, al no referirse a supuestos de entrada antirreglamentaria en España que, conforme a lo antedicho constituye un dato negativo susceptible de justificar la opción administrativa por la expulsión y que, efectivamente, concurre en el caso de autos (aún cuando no quepa apreciar como tal la circunstancia de su indocumentación). Veamos.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley Orgánica 4/2000 , y a los artículos 1 y 13 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril , en relación con el artículo 20 del Reglamento (CE) 562/2006, de 15 de marzo, y con el artículo 22 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen , como doña Sonsoles había entrado



regularmente en territorio Schengen por un puesto fronterizo exterior de Francia y como desconocemos cuáles fueron la fecha y las demás circunstancias de su de entrada en nuestro país, podríamos considerar, en principio, que la apelante podía cruzar entonces la frontera interior con España por cualquier punto pero, en cualquier caso y aún cuando lo hubiera hecho dentro de los primeros 90 días de estancia en territorio Shengen, es lo cierto que estaba sometida a la obligación de declararlo ante las autoridades españolas en los términos previstos en el artículo 13 del Reglamento de Extranjería , conforme al cual:

" 1. Tendrán la obligación de declarar la entrada personalmente ante las autoridades policiales españolas los **extranjeros** que accedan a territorio español procedentes de un Estado con el que España haya firmado un acuerdo de supresión de controles fronterizos.

2. Si no se hubiese efectuado en el momento de la entrada, dicha declaración deberá efectuarse en el plazo de tres días hábiles a partir de aquélla, en cualquier comisaría del Cuerpo Nacional de Policía u Oficina de Extranjería ".

No hay constancia de que la apelante hubiera efectuado dicha declaración en el momento de entrar en nuestro país por un puesto fronterizo interior, ni tampoco de que la hubiese efectuado en los tres días hábiles siguientes a su entrada en España, habida cuenta de que no consta registrada en el Registro Central de **Extranjeros** - artículo 25.5 Ley Orgánica de Extranjería y artículo 14 de su Reglamento-, y de que no ha presentado el documento acreditativo de haber realizado la precitada declaración, por lo que, al haber incumplido la obligación que el artículo 13 del Real Decreto 557/2011 le impone a los **extranjeros** que accedan a nuestro país procedentes de un Estado con el que haya acuerdo de supresión de controles fronterizos, se ha de concluir que doña Sonsoles ha dejado de acreditar la fecha y las circunstancias de su entrada en España, ignorándose cuándo y por dónde entró en territorio español, todo lo cual añadía un plus negativo a su situación de estancia irregular que constituía causa suficiente para que la Administración sancionadora pudiera optar por la imposición de la sanción de expulsión, en lugar de la de multa, sin vulnerar el principio de proporcionalidad de la sanción.

Así las cosas, aunque la recurrente haya acreditado en vía jurisdiccional que estaba debidamente documentada, se siguen sin justificar las circunstancias de su entrada en España, dado que, como se ha dicho, no observó la obligación reglamentaria de efectuar la declaración correspondiente, y que tampoco formuló nunca alegaciones razonables al respecto a fin de justificar el indicado incumplimiento, por lo que se ha de concluir que la sentencia de instancia se ajustó a Derecho al desestimar el recurso contencioso administrativo, resultando también procedente la desestimación del presente recurso de apelación al no haberse desvirtuado en esta instancia los fundamentos de la sentencia impugnada.

TERCERO .- Conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional , debe la apelante hacerse cargo del pago de las costas procesales causadas en esta instancia.

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

FALLAMOS:

Que desestimamos el recurso de apelación formulado por doña Sonsoles contra la sentencia dictada con fecha de 28 de junio de 2013 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo 16 de los de Madrid , en los autos de Procedimiento Abreviado tramitados con el número 171/2012 de su registro, la cual confirmamos, condenando en costas a la recurrente.

La presente resolución es firme.

Así por esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente Dña. FRANCISCA ROSAS CARRION, estando la Sala celebrando audiencia pública en el día , de lo que, como Secretario, certifico.