



Roj: **STSJ M 5014/2014 - ECLI:ES:TSJM:2014:5014**

Id Cendoj: **28079330062014100221**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **14/05/2014**

Nº de Recurso: **265/2014**

Nº de Resolución: **295/2014**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **CRISTINA CONCEPCION CADENAS CORTINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJCA, Madrid, núm. 32, 29-11-2013,
STSJ M 5014/2014**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Sexta C/ General Castaños, 1 - 28004

33010280

NIG: 28.079.45.3-2012/0017117

Recurso de Apelación 265/2014

Recurrente : DELEGACION DEL GOBIERNO EN MADRID

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

Recurrido : D./Dña. Luis Alberto

PROCURADOR D./Dña. ALFREDO GIL ALEGRE

Ponente: Sra. Cristina Cadenas Cortina

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Sección Sexta

SENTENCIA Nº. 295

Ilmos. Sres.:

Presidenta:

D^a. Teresa Delgado Velasco.

Magistrados:

D^a. Cristina Cadenas Cortina.

D^a. Eva Isabel Gallardo Martín de Blas.

D. Francisco de la Peña Elías.

En la villa de Madrid, a catorce de mayo de dos mil catorce.



VISTO por la Sala el presente recurso de apelación núm. 265/2014, interpuesto por el Abogado del Estado en la representación que ostenta contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 32 de Madrid de fecha 29 de noviembre de 2013, dictada en el Procedimiento Abreviado núm. 394/2012, y como parte apelada Don Luis Alberto representado por el Procurador de los Tribunales D. Alfredo Gil Alegre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Con fecha 29 de noviembre de 2013 el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 32 de los de Madrid dictó sentencia en el Procedimiento Abreviado núm. 394/2012 cuya parte dispositiva estimaba en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por Don Luis Alberto contra la Resolución de 26 de junio de 2011 del Delegado del Gobierno en Madrid, por la que se decreta la expulsión del territorio nacional del recurrente con la consiguiente prohibición de entrada en España durante tres años, anulando la misma e imponiendo al recurrente la sanción de multa en cuantía mínima, sin hacer imposición de costas.

SEGUNDO .- El Abogado del Estado interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, contra la anterior Sentencia. De dicho escrito se dio traslado a la parte recurrente, que se opuso al mismo

TERCERO .- El Juzgado de instancia elevó los Autos a esta Sala señalándose, para la votación y fallo del recurso de apelación, la audiencia del día 13 de mayo de 2014 teniendo lugar así.

Ha sido Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Doña Cristina Cadenas Cortina, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El objeto del procedimiento abreviado seguido ante el Juzgado número 32 estaba constituido por la resolución de 22 de junio de 2011 del Delegado del Gobierno en Madrid, por la que se decreta la expulsión del territorio nacional del recurrente con la consiguiente prohibición de entrada en España durante tres años. Tal resolución justificaba la expulsión en el hecho de que el interesado no acredita circunstancias de arraigo, no demuestra vínculos familiares y consta además se destaca que en el momento de su detención estaba indocumentado, sin acreditar identificación, no constando por dónde y cuándo entró en territorio nacional, ni si lo hizo por puesto habilitado al efecto.

La Sentencia recurrida parte del examen de la Jurisprudencia del TS sobre esta materia y de los concretos datos aportados en el expediente, y considera que el único dato negativo o desfavorable es la mera permanencia ilegal, sin que exista otro motivo en contra, y en cuanto a la falta de sello de entrada considera que no es determinante, puesto que de un análisis de la Jurisprudencia del TS se concluye que este solo dato no es suficiente para motivar la sanción máxima prevista y considera adecuada la sanción de multa.

El apelante, Abogado del Estado, insiste en que el interesado se encuentra ilegalmente en España, y que estaba indocumentado en cuando fue detenido, y entiende que ha de tenerse en cuenta el Reglamento 562/2006 de 15 de marzo, y entiende que es suficiente con la falta de sello de entrada y se impone la expulsión, con arreglo al art. 23 del Convenio de Aplicación Schengen .

La parte apelada se opone al recurso considerando correcta la Sentencia que se impugna.

SEGUNDO .- En el recurso se plantea el tema de la sanción de expulsión, que la Administración considera procedente para las circunstancias del caso concreto.

Es preciso tener en cuenta la Jurisprudencia del TS sobre esta materia, a la que ha hecho mención la Sentencia que se impugna, precisamente para valorar las circunstancias del caso concreto.

Así, la sentencia del Alto Tribunal de 19 de julio de 2007, habiendo sido reiterada esta doctrina posteriormente, señala literalmente lo siguiente:

" Tercero.- En la Ley Orgánica 7/85, de 1 de julio, la expulsión del territorio nacional no era considerada una sanción, y así se deduce de una interpretación conjunta de sus artículos 26 y 27, al establecerse como sanción para las infracciones de lo dispuesto en la Ley la de multa y prescribirse que las infracciones que den lugar a la expulsión no podrían ser objeto de sanciones pecuniarias. Quedaba, pues, claro en aquella normativa que los supuestos en que se aplicaba la multa no podían ser castigados con expulsión.

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (artículos 49 -a), 51-1-b) y 53-1), en regulación mantenida por la reforma operada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (artículos 53 -a), 55-1-b) y 57-1), cambia esa concepción de la expulsión, y prescribe que en el caso de infracciones muy graves y graves de las letras a), b), c), d) y f) del artículo 53 "podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español", e introduce unas previsiones a cuyo tenor "para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerlas (sic)



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".

De esta regulación se deduce: 1º.- Que el encontrarse ilegalmente en España (una vez transcurridos los noventa días previstos en el artículo 30.1 y 2 de la Ley 4/2000, reformada por la Ley 8/2000 ya que durante los primeros noventa días no procede la expulsión sino la devolución), repetimos ese encontrarse ilegalmente en España, según el artículo 53.a), puede ser sancionado o con multa o con expulsión. No sólo se deduce esto del artículo 53.a) sino también del artículo 63.2 y 3, que expresamente admite que la expulsión puede no ser oportuna (artículo 63.2) o puede no proceder (artículo 63.3), y ello tratándose, como se trata, del caso del artículo 53.a), es decir, de la permanencia ilegal. Por su parte, el Reglamento 864/2001, de 20 de julio, expresamente habla de la elección entre multa o expulsión, pues prescribe en su artículo 115 que "podrá acordarse la expulsión del territorio nacional, salvo que el órgano competente para resolver determine la procedencia de la sanción de multa" (dejemos de lado ahora el posible exceso del Reglamento, que, en este precepto y en contra de lo dispuesto en la Ley, parece imponer como regla general la expulsión y como excepción la multa). Lo que importa ahora es retener que, en los casos de permanencia ilegal, la Administración, según los casos, puede imponer o bien la sanción de multa o bien la sanción de expulsión. 2º.- En el sistema de la Ley 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". 3º.- 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. 4º.- Sin embargo, resultaría en exceso formalista desprestigiar esa motivación por el hecho de que no conste en la resolución misma, siempre que conste en el expediente administrativo.

En efecto:

A) Tratándose de supuestos en que la causa de expulsión es, pura y simplemente, la permanencia ilegal, sin otros hechos negativos, es claro que la Administración habrá de motivar de forma expresa por qué acude a la sanción de expulsión, ya que la permanencia ilegal, en principio, como veíamos, se sanciona con multa.

B) Pero 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 este sentido se han pronunciado numerosas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, haciéndose eco de esta doctrina, y en particular esta Sala, y Sección que reiteradamente viene entendiendo que es preciso que existan datos concretos que supongan un plus en la situación de la persona infractora, para considerar correcta la sanción de expulsión. Y estos datos concretos requieren asimismo un estudio de la situación, para decidir la procedencia de la sanción de expulsión o de multa.

TERCERO .- En este caso el recurrente fue detenido por encontrarse irregularmente en territorio nacional, y se ha tenido en cuenta en la resolución el hecho de encontrarse indocumentado en el momento de la detención, y que no constan circunstancias de arraigo.

La Sentencia que se impugna ha analizado estos datos, considerando que no son relevantes para mantener la sanción de expulsión, puesto que el mero hecho de no portar documentación identificativa en el momento de la detención no es determinante, y por otro lado valora todos los datos que se aportan, y considera que la falta de documentación en el momento de la detención no es equiparable a la falta de documentación o de identificación. Se valora igualmente la trascendencia de la falta de sello de entrada, que no se considera infracción suficientemente relevante para motivar la sanción máxima prevista.

La valoración que realiza el Juez de Instancia en este punto ha de compartirse, puesto que efectivamente, el interesado fue detenido en su momento, por estancia irregular, ahora bien, está documentado, sin que el hecho de no llevar la documentación en el momento de la detención tenga otra trascendencia, y sin que se acrediten circunstancias negativas de suficiente entidad. Se insiste por el Abogado del Estado en la trascendencia de la falta de sello de entrada y por tanto de constancia del lugar y el momento en que entró en territorio nacional. El Reglamento 562/2006 de 15 de marzo en su art. 11.1 dispone que "Cuando el documento de viaje de un nacional de un tercer país no lleve sello de entrada, las autoridades nacionales competentes podrán presumir que el portador no reúne o dejó de reunir las condiciones de duración de la estancia aplicables en el Estado



miembro de que se trate." Ahora bien, como el propio texto establece se trata de una presunción que no necesariamente debe conducir al resultado que se propugna por la parte apelante, por tanto, la presunción puede ser refutada.

La conclusión en este caso conduce a que el interesado estaba identificado, y la mera presunción que el Reglamento contempla no puede conducir, si no se dan otras circunstancias relevantes, a la imposición de máxima sanción prevista en la Ley puesto que esto supondría una vulneración del principio de proporcionalidad, siguiendo la reciente doctrina del Tribunal Supremo sobre este punto. Para imponer la sanción de expulsión es preciso que existan otros motivos de suficiente entidad para justificar la medida sin que sea suficientemente relevante a estos efectos la falta de constancia de la entrada en territorio nacional. No constan otros elementos negativos y por ello la sanción de multa se considera proporcionada.

En este caso, la Sentencia ha valorado todos los datos aportados y la conclusión que recoge se comparte por la Sala. Y todo ello ha de conducir a la desestimación del recurso de apelación.

CUARTO - No procede hacer declaración sobre costas en base a lo dispuesto en el art. 139.2 de la LJCA , en relación con el art. 398.1 y 394.1 de la LEC , puesto que la cuestión sometida a este Tribunal presentaba dudas de Derecho.

VISTOS los preceptos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado, contra la Sentencia dictada en el PA 394/2012 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n. 32, en fecha 29 de noviembre de 2013 , confirmando la misma en su integridad. No procede hacer declaración sobre costas.

Devuélvanse las actuaciones originales al órgano de procedencia con certificación de la presente Sentencia, que se notificará conforme previene el artículo 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , expresando que contra la misma no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Recurso de Apelación 265/2014

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente D./Dña. Cristina Cadenas Cortina, estando la Sala celebrando audiencia pública en el día de lo que, como Secretaria, certifico.