



**T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.2
ALBACETE**

SENTENCIA: 10091/2011

N56820

N.I.G: 02003 33 3

Procedimiento: RECURSO DE APELACION 0000244 /2010

Sobre: EXTRANJERIA

De D./ña. SUBDELEGACIÓN GOBIERNO CUENCA

Representación D./D^a.

Contra D./D^a. JAIME

Representación D./D^a. MARIA TERESA AGUADO SIMARRO

Recurso Apelación núm. 244 de 2010

Cuenca

SENTENCIA N° 91

SALA DE LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO. SECCIÓN 2ª.

Ilmos. Sres.:

Presidenta:

notificado 24 de marzo de 2011

D^a Raquel Iranzo Prades

Magistrados:

D. Jaime Lozano Ibáñez

D. Miguel Ángel Pérez Yuste

D. Miguel Ángel Narvárez Bermejo

En Albacete, a catorce de marzo de dos mil once.

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, los presentes autos número **244/10** del recurso de Apelación seguido a instancia de la **SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN CUENCA**, que ha estado representada y dirigida por el Sr. Abogado del Estado, contra **D. JAIME**, representado por la Procuradora Sra. Aguado Simarro y dirigido por el Letrado Sr. Flores Aragort, sobre **EXPULSIÓN**; siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Miguel Ángel Narvárez Bermejo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se apela la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Cuenca, de fecha 18-05-10, número 222, recaída en los autos del recurso contencioso-administrativo número 23/10. Dicha sentencia contiene el siguiente fallo: *“Que estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Jaime , contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Cuenca de fecha 21-12-09, debo declarar y declaro ajustada a Derecho la resolución impugnada en cuanto a la procedencia de imposición de sanción, si bien fijando una multa de 301 euros, dejando sin efecto la sanción de expulsión y prohibición de entrada acordadas; todo ello sin costas”*.

SEGUNDO.- El recurrente interpuso recurso de apelación alegando que concurrían las circunstancias para que fuera estimado el mismo.

TERCERO.- El apelado se opuso señalando el acierto y corrección de la sentencia apelada.

CUARTO.- Recibidos los autos en esta Sala, se formó el correspondiente rollo de apelación, y no habiéndose opuesto la inadmisibilidad del recurso ni solicitado prueba, se señaló votación y fallo para el día 21 de febrero de 2011 a las 11,30 horas; llevada a cabo la misma, quedaron los autos vistos para dictar la correspondiente sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de apelación contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Cuenca de 18 de mayo de 2010 se fundamenta en que está suficientemente justificada la sanción de expulsión que la apelada revoca por estar el ciudadano extranjero totalmente indocumentado y tener antecedentes penales, dejando aparte que a pesar del tiempo que lleva en España no ha intentado su regularización. Por otro lado, en la demanda se alegó como motivo básico la vulneración del principio de del principio de proporcionalidad, ya que las circunstancias personales del recurrente permiten la sustitución de la sanción de expulsión por la de multa pecuniaria,

en aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo en supuestos de estancia irregular; además de existir falta de motivación en el acuerdo de expulsión.

SEGUNDO.- El Tribunal Supremo, en el caso de extranjeros en situación ilegalidad en los que se acordaba por las Subdelegaciones del Gobierno la medida de expulsión del territorio nacional, cuando la propia ley permite la imposición de multa, ha establecido, en un cuerpo de doctrina ya muy extenso, que para imponer la medida de expulsión (como medida discrecional frente a la medida de multa) es preciso motivar porqué, pudiendo acudir, incluso el Tribunal, a los expedientes administrativos, a fin de encontrar, en su caso, elementos negativos de entidad (habrá de acudirse al caso concreto) a fin de entender justificada la expulsión; de modo que de no encontrarse nada, o lo encontrado no tener entidad suficiente, anular el acto e imponer la medida sancionadora de multa por ser menos gravosa. Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2005 (JUR 2006\94602), con un criterio mantenido de forma constante y homogénea en las Sentencias de: 14 de diciembre de 2005 (JUR 2006\104017), 24 de enero de 2006 (JUR 2006\117352), 27 de enero de 2006 (RJ 2006\354), 31 de enero de 2006 (JUR 2006\62716), 10 febrero de 2006 (JUR 2006\ 72726), 10 de febrero de 2006 (JUR 2006\72731) y 21 de abril de 2006 (JUR 2006\139376).

Motivación que puede encontrarse en el expediente administrativo, como por ejemplo que el extranjero “esté indocumentado y por lo tanto sin acreditar su identificación y filiación, y además se ignore cuando y por dónde entró en territorio español” (STS JUR 2006\139376 y 2006\72731), o la “utilización de documentación de tercero” (STS JUR 2006\104017), o “haber sido detenida por un delito de hurto y ser conocida por dedicarse al hurto al descuido”(STS JUR 2006\94602), o la condena en procedimiento penal, no siendo suficiente la detención policial, STS de 27 de abril de 2007, Recurso nº 9812/2003.

De entre las circunstancias negativas que pueden justificar la imposición de la sanción de expulsión en lugar de la de multa, está la de ser el interesado un “indocumentado”, circunstancia que puede apreciarse incluso en el expediente administrativo por el Órgano Judicial.

Este criterio aparece ratificado en las recientes Sentencias de 31 de octubre de 2006 en el recurso de casación nº 6888/2003, STS de 29 de marzo de 2007, Recurso nº 788/2004 y STS de 20 de abril de 2007, Recurso nº 9484/2003.

La razón de que se entienda motivo suficiente es porque se considera que es una situación buscada intencionadamente por el interesado con el objeto de dificultar una posible repatriación, al ignorar la Administración a qué lugar ha de mandarle.

TERCERO.- Aplicando la doctrina anterior al caso enjuiciado, procede desestimar el recurso de apelación en la forma en que se dirá.

Lo cierto es que la sanción impuesta carecía de motivación suficiente e infringía el principio de proporcionalidad.

En este supuesto el apelante sí estaba documentado, pues consta el pasaporte en el expediente con la fecha de entrada en nuestro país y lugar de esa entrada- folios 7,8 y 9 –. En la misma resolución de expulsión se hacía constar como elemento negativo una detención por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas además de su estancia irregular en nuestro país. Aparte de estas circunstancias se hace necesario bucear en el expediente por si pudieran existir otros factores o elementos negativos que pudiera motivar la sanción de expulsión en lugar de la de multa. (Ya adelantamos que en las resoluciones posteriores a la entrada en vigor de la L.O 2/2009 de 11 de diciembre, dado que expresamente se exige en el artículo 57.1 modificado, la motivación de la sanción en aplicación del principio de proporcionalidad, acudiremos sólo y exclusivamente a lo que conste en la resolución administrativa y no al expediente administrativo, tarea que hoy hacemos porque así lo entendió el Tribunal Supremo en las sentencias indicadas); y en dicha tarea, no encontramos las citadas circunstancias negativas que justifiquen la sanción de expulsión; y entendemos que no lo es la “entrada clandestina” en España; en primer lugar porque en ningún caso lo ha reconocido el Tribunal Supremo como circunstancia negativa que “exclusivamente” pudiera motivar la expulsión; normalmente se ha asociado a otros elementos, particularmente el que el extranjero esté indocumentado; y en segundo lugar, porque la estancia irregular y la entrada clandestina suelen circunstancias que normalmente van unidas, aunque no siempre; en todo caso, no lo hemos considerado nunca como elemento negativo suficiente que motive la expulsión.

En el recurso de la Abogacía del Estado se habla de antecedentes penales pero en realidad y como se hace ver en la resolución de expulsión solo se hace alusión a una detención por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas que no puede considerarse de entidad suficiente para motivar la expulsión. Así, dejando aparte que una mera denuncia, la detención o la imputación mal pueden servir como base de nada si no

consta el mínimo resultado de la mismas, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Supremo ha señalado en sentencia de 29 de septiembre de 2006, lo siguiente:

“Ahora bien, no existe en el expediente administrativo ningún otro dato sobre la suerte que corrieron esas actuaciones policiales y judiciales, porque la Administración sancionadora no se ha cuidado de averiguarlo. No sabemos, en consecuencia, cuál fue su resultado final, pudiendo ocurrir que éste haya resultado inocuo, bien porque los antecedentes policiales no han desembocado en actuaciones judiciales, bien porque estas han terminado sin ninguna condena, con la consecuencia, en cualquiera de los dos casos, de no poder ser tenidas en cuenta como justificación de la elección de la expulsión, al tratarse de actuaciones administrativas o judiciales que, en sí mismas consideradas y por sí solas, resultan jurídicamente irrelevantes en contra del interesado.

Si la Administración sancionadora quiere fundar en esas actuaciones policiales o judiciales la expulsión que decreta (en lugar de la multa) ha de averiguar cuál fue su resultado y dejar constancia de ello en el expediente administrativo, pues en otro caso seguirá siendo inmotivada la elección de la expulsión, que es lo que ocurre en el caso de autos.

(En la medida en que esta decisión la contrarie, entiéndase rectificada o matizada la doctrina que expusimos, respecto de los antecedentes policiales o judiciales, en nuestra sentencia de 31 de enero de 2006, casación 8951/03)”.

Doctrina confirmada de nuevo en numerosas sentencias posteriores, tales como varias de 28 de febrero de 2007, y otras de 22 de febrero de 2007, 9 de febrero de 2007 o 25 de enero de 2007, que constituyen una rectificación expresa y consciente de ciertas resoluciones anteriores que se conformaban con la existencia de diligencias policiales o procesales.

Ya en periodo de prueba se solicitó certificación de antecedentes penales con resultado negativo e informe sobre detenciones policiales con constancia de la que fue objeto el extranjero por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas el día 31-8-2009.

En el recurso presentado no se cuestiona el importe de la multa impuesta de 301 euros, que se justifica teniendo en cuenta la situación de arraigo del extranjero en nuestro país desde el año 2006, con tres hermanos con residencia legal y la documentación que se presenta consistente en la tarjeta sanitaria.



CUARTO.- Al desestimarse el recurso las costas de esta alzada se le imponen según el art. 139 de la LJCA a la parte apelante.

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

FALLAMOS

1.º Desestimamos el recurso de apelación.

2.º Confirmamos la sentencia de instancia.

3.º Imponemos las costas de esta alzada a la parte apelante.

Notifíquese, con indicación de que contra la presente sentencia no procede la interposición de recurso ordinario alguno.

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



PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado D. Miguel Ángel Narvárez Bermejo, estando celebrando audiencia en el día de su fecha la Sala de lo Contencioso Administrativo que la firma, y de lo que como Secretario, certifico en Albacete, a catorce de marzo de dos mil once.