

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Décima C/ Génova, 10 - 28004

33010310

NIG: 28.079.00.3-2012/0006850

Recurso de Apelación 694/2012



Recurrente: D. S

PROCURADOR Dña. YOLENE PUENTE VAZQUEZ

Recurrido: Delegación de Gobierno Comunidad de Madrid. Mº de Política Territorial y Admón. Pública

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA Nº 734/2012

Presidente:

Dña. Mª DEL CAMINO VÁZQUEZ CASTELLANOS

Magistrados:

Dña. FRANCISCA ROSAS CARRION

Dña. Mª JESUS VEGAS TORRES

En la Villa de Madrid, a 12 de noviembre de 2012.

VISTO por la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el recurso de apelación que con el número **694/12** ante la misma pende de resolución y que fue interpuesto por don **S**, representado por el Letrado don **Marcelo Belgrano Ledesma**, y posteriormente por la Procuradora **doña YOLENE PUENTE VÁZQUEZ**, contra la Sentencia de 21 de diciembre de 2011, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 23 de los de esta Villa, y en el Procedimiento Abreviado seguido ante el mismo con el número 171/10, por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo por aquel interpuesto contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid, de 5 de febrero de 2010, por la que se acordó la expulsión del actor del territorio nacional, con la consiguiente prohibición de entrada en España por un período de 3 años a contar desde la fecha en que se lleve a efecto.

Ha sido parte apelada la **DELEGACIÓN DEL GOBIERNO** representada por el **ABOGADO DEL ESTADO**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 21 de diciembre de 2011, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 23 de los de esta Villa y en el Procedimiento Abreviado seguido ante el mismo con el número 171/10, se dictó Sentencia cuyo Fallo, literalmente transcrito, dice así:

“Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución de 5 de febrero de 2010 de la Delegada del Gobierno en Madrid, que acuerda la expulsión del recurrente del territorio español con la prohibición de entrada de tres años.

Sin hacer expresa imposición de las costas procesales”.

SEGUNDO.- Notificada que fue la anterior resolución a las partes, se interpuso por **D. S.**, representado y asistido por el Letrado D. Marcelo Belgrano Ledesma, en tiempo y forma, recurso de apelación que, tras ser admitido a trámite se sustanció por sus prescripciones legales ante el Juzgado de que se viene haciendo mención y elevándose las actuaciones a esta Sala.

Se ha opuesto a la apelación la **DELEGACIÓN DEL GOBIERNO** representada y asistida por el **ABOGADO DEL ESTADO**.

TERCERO.- Recibidas que fueron las actuaciones en esta Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se acordó formar el presente rollo de apelación y dar a los autos el trámite previsto en los artículos 81 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; y se señaló para la votación y fallo del presente recurso de apelación la audiencia del día 7 de noviembre de 2012, fecha en la que tuvo lugar.

Ha sido Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D^a. M^a. del Camino Vázquez Castellanos, quien expresa el parecer de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto del presente recurso de apelación la Sentencia de 21 de diciembre de 2011, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 23 de los de esta Villa, y en el Procedimiento Abreviado seguido ante el mismo con el número 171/10, por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don **O** contra la resolución de la Delegada del Gobierno en Madrid, de 5 de febrero de 2010, dictada en el expediente nº 280020100004137, por la que se acordó su expulsión del territorio nacional, con la consiguiente prohibición de entrada en España por un período de 3 años a contar desde la fecha en que se lleve a efecto.

Frente a la citada Sentencia se alza en esta instancia jurisdiccional don O, solicitando que se admita el recurso de apelación interpuesto y que se que la sentencia apelada, y se ordene la revocación del expediente de expulsión o la sustitución de la sanción de expulsión por la de multa en su grado mínimo. En apoyo de su pretensión, y en esencia, el apelante afirma que a través de la documentación por él aportada ha acreditado que tiene pasaporte en vigor y que posee un visado especial de entrada y que tiene domicilio conocido; afirma que el visado de entrada lo pidió para acompañar a su tía mayor de edad que padece un cáncer y que necesitaba que viniese en su ayuda y para acompañarla; que una vez que dieron el alta a su tía comenzó con los problemas de su padre que se encuentra con un cáncer terminal y que necesita la ayuda de una tercera persona, siendo el recurrente quien lo hace; que tiene en regla el pasaporte de su país, número de identificación de extranjeros que le ha sido asignado por las autoridades españolas, domicilio conocido, más de año y medio en España, con visado válido, necesidad de cuidar a su tía y a su padre enfermos, que cuenta con medios de vida suficientes y que tiene familiares con residencia legal en España; que el único dato negativo es el incumplimiento de la obligación de salida, obligación que ha incumplido por la necesidad que tiene de regularizar su situación en España.

La Administración demandada se opone a la estimación de recurso de apelación y solicita la confirmación de la sentencia de instancia, por ser la misma conforme a derecho. Alega que el recurrente no hace más que reproducir en el recurso de apelación las mismas

alegaciones que formuló en su día con ocasión del recurso contencioso interpuesto, sin realizar crítica alguna de la resolución judicial dictada, la cual, en todo caso, estima conforme a derecho.

SEGUNDO.- La sentencia apelada desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución de la Delegada del Gobierno en Madrid, de 5 de febrero de 2010, que acordó la expulsión del recurrente del territorio nacional, con prohibición de entrada por tres años, expresándose en la citada resolución, como datos a tener en cuenta que no consta la documentación suficiente del recurrente en relación con su entrada en España en el momento de su detención y del expediente administrativo, al margen de los documentos aportados en vía jurisdiccional, que no pueden servir para subsanar la adopción de la decisión por parte de la Administración en función de los documentos aportados posteriormente.

En el expediente administrativo al que se refieren las presentes actuaciones consta el acuerdo de inicio de procedimiento de expulsión de 27 de noviembre de 2009, la resolución sancionadora de 5 de febrero de 2010, en la que se refleja que no se ha acreditado por parte del actor que en su caso concurren circunstancias de arraigo o pendencia de regularización que pudieran aconsejar la imposición de una sanción económica en lugar de la sanción de expulsión, expresándose que se estima proporcionada la sanción de expulsión del territorio nacional en función de la gravedad de la infracción por él cometida y al darse la circunstancia de que además de su estancia irregular en España, el actor estaba indocumentado en el momento de su detención, sin acreditar su identificación y filiación, desconociéndose cuándo y por donde efectuó su entrada en territorio nacional y si lo hizo por un puesto habilitado al efecto conforme establece el artículo 25 de la Ley Orgánica 4/2000. Al folio 8 del expediente administrativo se significa que el interesado no aporta pasaporte que permita comprobar sello de entrada en España, ni tampoco se concreta fecha alguna de entrada en España por el aeropuerto de Barajas que permita comprobar tal dato; consta al folio 6 del expediente administrativo el escritor de alegaciones presentado por el interesado el 30 de noviembre de 2009, así como su declaración prestada el día 27 de noviembre de 2009.

En vía jurisdiccional aporta el interesado copia de su pasaporte con visado de entrada relativo al periodo comprendido desde el 16 de octubre de 2008 hasta el 5 de noviembre de 2008, y el sello de entrada por el aeropuerto de Madrid Barajas de 17 de octubre de 2008; también consta el volante de empadronamiento individual del recurrente en el municipio de Alcorcón, un informe clínico del hospital San Carlos relativo a la señora xx, en el que consta como fecha de ingreso el día 14 de septiembre de 2009, un informe de rehabilitación del Hospital Universitario Fundación Alcorcón, de 21 de enero de 2010, así como otros informes del Hospital Clínico San Carlos; consta una copia del permiso de residencia y trabajo con validez hasta el día 5 de junio de 2010 de la señora NE; también consta un informe médico de alta relativo a VA, de fecha 1 de febrero de 2010.

TERCERO.- La resolución sancionadora refleja que el actor en el momento de su detención estaba indocumentado y sin acreditar su identificación y filiación, desconociéndose por donde y cuando efectuó su entrada en España y si lo hizo por puesto habilitado al efecto; durante la tramitación del expediente sancionador el actor en ningún momento aportó documento alguno que permitiera conocer estos datos, a pesar de haber formulado alegaciones al efecto de que por la administración se conocieran tales datos; sin embargo ni en su escritor alegaciones de 30 de noviembre de 2009, ni tampoco en la declaración por él prestada, consta referencia alguna a que tuviera pasaporte de su país con el sello de entrada en España, ni tampoco referencia alguna relativa al motivo de su permanencia de España, motivos que, sin embargo, en vía jurisdiccional expresa en referencia a la enfermedad de sus parientes que manifiesta tienen residencia legal en España. Por tanto, una cuestión a analizar será la de determinar la relevancia que pueden tener tales datos incorporados por el actor en vía jurisdiccional mediante los documentos por él aportados.

En la medida en que la cuestión que se nos traslada en la alzada se refiere a que, en relación a la falta de proporcionalidad de la sanción de expulsión, la sentencia de instancia no ha valorado debidamente el material probatorio incorporado al proceso, se ha de señalar que si bien es cierto que el actor y apelante estaba indocumentado al tiempo de la detención y que en el curso del expediente administrativo tampoco aportó documentos significativos que permitiera conocer por dónde y cuándo efectuó su entrada en España, y si lo hizo por

puesto habilitado al efecto, también lo es que dicha circunstancia carece de la relevancia que la sentencia le ha dado pues en vía jurisdiccional el actor ha aportado copia del pasaporte, cuya autenticidad no ha sido cuestionada de contrario, en la que aparece su página biográfica y otra posterior en la que consta estampado un sello de entrada en el Aeropuerto de Madrid-Barajas fecha de 17 octubre 2008, lo que ha permitido verificar sus verdaderas señas de identidad, -siendo ello evidencia de que la indocumentación inicial era meramente accidental, ni de entorpecer el conocimiento de los datos relevantes para la imposición de la sanción ni para la adecuación y efectividad de la misma-, así como que su entrada en España se produjo en forma reglamentaria, por lo que no cabe considerar concurrente el dato negativo apreciado en la resolución administrativa y en la sentencia, por lo que ha de estimarse desvirtuado la concurrencia del dato negativo en contra del recurrente que podría justificar la imposición de una sanción más grave que la sanción económica y por los mismos hechos.

Ha de añadirse a lo anterior que parece que algún pariente del apelante, en concreto su tía, ha tenido permiso de residencia y trabajo en España lo que, aunque no tenga intensidad suficiente para ser calificado como arraigo familiar estricto sensu, porque no parece existir una unidad familiar propiamente dicha ni que compartan domicilio con el recurrente, la existencia de ese apoyo familiar no deja de constituir una cierta nota vinculada con un amplio concepto de arraigo social, por lo que se ha de concluir que, al no concurrir datos negativos que aboguen por la pertinencia de la sanción de expulsión sobre la base del artículo 57.1 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, consideramos procedente la estimación del recurso de apelación y la sustitución de la sanción de expulsión por la de multa, que estimamos más proporcional a los criterios de adecuación fijados en el artículo 55.3 en relación con el 57.1 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, conforme a lo previsto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, no ha lugar a formular condena al pago de las costas procesales.

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

Por la potestad que nos confiere la Constitución Española;

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación número **694/12** interpuesto por don **O**, representado por la Procuradora doña **YOLENE PUENTE VÁZQUEZ**, contra la Sentencia de 21 de diciembre de 2011, que anulamos parcialmente, sustituyendo la sanción de expulsión por la de multa de 600 euros. Sin costas.

Notifíquese esta Sentencia a las partes en legal forma, haciéndoles la indicación de que contra la misma no cabe interponer recurso ordinario alguno.

Y para que esta Sentencia se lleve a puro y debido efecto, remítase certificación de la misma, junto con los autos originales, al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que dictó la resolución impugnada, el cual deberá acusar recibo dentro del término de diez días, y déjese constancia de lo resuelto en el correspondiente rollo.

Así por esta Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente, Ilma. Sra. D^a. M^a. del Camino Vázquez Castellanos, estando la Sala celebrando audiencia pública de lo que, como Secretaria, **CERTIFICO.**