

**JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 4
VALLADOLID**

SENTENCIA: 00225/2013

N11600

C/ SAN JOSE NUMERO 8 1 C.P. 47007

N.I.G: 47186 45 3 2013 0000201

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000048 /2013 /

Sobre: EXTRANJERIA

De D/D^a:

Letrado: RAMÓN SANZ DE LA CAL

Procurador D./D^a:

Contra D./D^a SUBDELEGACION DE GOBIERNO EN VALLADOLID

Letrado: ABOGADO DEL ESTADO

Procurador D./D^a

COPIA

S E N T E N C I A N° 225/2013

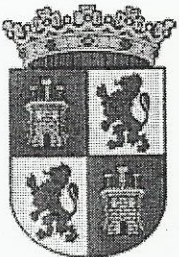
En Valladolid a 12 de julio de 2013

El Sr. D. JESUS MOZO AMO, Magistrado-Juez de lo Contencioso-Administrativo n° 4 de Valladolid y su Partido Judicial, habiendo visto los presentes autos de Procedimiento Abreviado n° 48/2013, seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como:

DEMANDANTE: DON . Esta parte está representada y defendida en este procedimiento por el Letrado en ejercicio Don Ramón Sanz de la Cal, según se ha acreditado en el momento procesal oportuno.

ADMINISTRACIÓN DEMANDADA: ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, Subdelegación del Gobierno en Valladolid, representada y defendida por la Abogacía del Estado.

ACTUACIÓN RECURRIDA: Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Valladolid fechada el día 14 de febrero de 2013 (Folios 29 y siguientes del expediente administrativo).



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Turnado a este Juzgado el escrito de demanda interponiendo el recurso contencioso-administrativo contra la actuación indicada en el encabezamiento de esta sentencia, se dictó providencia admitiéndolo a trámite, solicitando el expediente administrativo, mandando emplazar a las partes y señalando el día y la hora para la celebración de la vista oral prevista en el artículo 78 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

SEGUNDO.- Al acto de la vista acuden las partes debidamente representadas y asistidas por sus letrados, que realizan una exposición detallada de sus pretensiones y de los fundamentos jurídicos en los que las apoyan.

Durante la celebración de la vista oral se han practicado las pruebas propuestas por cada parte y admitidas por este Juzgado, referidas a los hechos sobre los que existe disconformidad, con el resultado que consta en la grabación correspondiente.

Terminada la práctica de las pruebas admitidas, las partes han formulado conclusiones orales valorando el resultado de las pruebas practicadas en relación con el asunto que se enjuicia y las pretensiones que sobre el mismo ejercen.

TERCERO.- Los presentes autos se han tramitado por **PROCEDIMIENTO ABREVIADO** habiéndose cumplido lo dispuesto en el artículo 78 de la LJCA y demás disposiciones complementarias y concordantes. La cuantía ha quedado fijada como indeterminada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El asunto que se enjuicia corresponde al orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1 de la LJCA siendo competente para su conocimiento este Juzgado conforme se dispone en el artículo 8,4 en relación con el artículo 14 de la misma.

SEGUNDO.- El presente recurso tiene por objeto la impugnación de la actuación indicada en el encabezamiento de esta sentencia por la que se imputa al demandante una infracción grave tipificada en el artículo 53,1 a) de la Ley de Extranjería imponiéndole la sanción de expulsión con prohibición de entrada durante un plazo de tres años.

Frente a la actuación anterior la parte demandante pretende de este Juzgado que se dicte una sentencia por la que se estime el recurso interpuesto y, como consecuencia de ello,



se declare que la misma no es ajustada a derecho y, por lo tanto, nula o anulable. Con carácter subsidiario pretende que se sustituya la sanción de expulsión por otra de multa por el importe mínimo establecido legalmente o, también de manera subsidiaria, se acuerde rebajar al mínimo el periodo de prohibición de entrada.

La Administración demandada se opone a las pretensiones de la parte demandante y solicita de este Juzgado una sentencia desestimatoria de las mismas y, en consecuencia, confirmatoria de la actuación recurrida por considerarla ajustada a derecho fundamentándolo, en síntesis, en lo siguiente:

1º Lo alegado por la parte demandante en el acto de la vista oral sobre el margen de error es un motivo nuevo que no puede ser considerado al no constar en el escrito de demanda.

2º El demandante, cuando se inició el expediente, era mayor de edad al haberlo considerado así, en base a las pruebas médicas realizadas, el Ministerio Fiscal.

3º El demandante no ha estado tutelado por la Junta de Castilla y León por lo que no le resulta aplicable el régimen previsto en el artículo 198,2 del Reglamento que desarrolla la Ley de Extranjería.

4º La expulsión del demandante está suficientemente justificada en cuanto que está indocumentado, carece de arraigo y no dispone de medios de vida suficientes para permanecer en España.

TERCERO.- El primer pronunciamiento de esta sentencia debe de tener por objeto la pretensión principal ejercida por la parte demandante orientada, en lo esencial, a que se invalide la resolución impugnada. En defensa de esta pretensión alega, en esencia, que no existe una prueba certera sobre la edad del demandante existiendo indicios suficientes para entender que no es mayor de edad por lo que entiende que la primera medida a llevar a cabo, antes de iniciar un procedimiento sancionador para acordar su expulsión, es asegurarse, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 35,1 de la Ley de Extranjería y en los correspondientes del Reglamento que la desarrolla, que el extranjero es mayor de edad. En el caso que se enjuicia, a su juicio, esa seguridad no existe, dado que el informe médico indica, con fecha 3 de agosto de 2012, que la edad aproximada del demandante es de 18 años sin hacer ninguna precisión a mayores por lo que nada impide que se le pueda considerar por debajo de esos años. A lo anterior añade que al demandante se le atribuye, como fecha de nacimiento, 18 años anteriores al momento en que se emite el informe médico, es decir se considera que ha nacido el día 3 de agosto de 1994 (folio 1 del expediente), sin que exista ninguna prueba que acredite este hecho. Por último señala que el Comisario Jefe de la Policía de Extranjería y Fronteras, en informe emitido el día 6 de junio de 2012, entiende que el demandante ha nacido el día 1 de enero de 1995 siendo evidente que, atendiendo a esta fecha, en el momento de acordar el inicio del expediente sancionador no tenía la edad de 18 años. En el acto de la vista oral hace referencia, acompañando copia de la misma, a la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2013 (Rec.

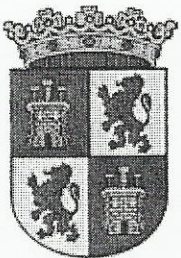
Casa. 4353/2012) en la que se viene a señalar que la determinación de la edad utilizando las pruebas médicas consistentes en el examen óseo tiene un margen de error importante no dando lugar a resultados absolutos y exactos.

Lo primero que hay que indicar, a la vista de lo alegado por la Abogacía del Estado, es que la referencia que ha hecho la representación procesal de la parte demandante en el acto de la vista oral a la Sentencia del Tribunal Supremo anteriormente referenciada no constituye un motivo nuevo que debiera de haberse recogido en el escrito de demanda. Esa referencia es posible por aplicación de lo dispuesto en el artículo 78,6 de la LJCA debiendo de tenerse en cuenta, además, que la fecha de la sentencia, 16 de junio de 2013, imposibilitaba que la misma se recogiera en el escrito de demanda, que está registrado el día 26 de febrero de 2013, siendo también posterior esa fecha al momento en que se entrega el expediente al demandante para su consulta y al momento en que lo devuelve, hecho ocurrido el día 5 de abril de 2013. Sobre esta cuestión puede consultarse la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 58/2009, de 9 de marzo (BOE del día 14 de abril de 2009).

Lo segundo que hay que indicar es que nos encontramos ante una resolución sancionadora, que ha de dictarse teniendo en cuenta los principios y las normas que rigen el ejercicio de la potestad sancionadora por las Administraciones Públicas, recogidos, a nivel, general, en los artículos 127 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reguladora del Procedimiento Administrativo Común (LPC) y, a nivel singular o específico, en la legislación sobre extranjería. En este aspecto hay que hacer especial referencia al principio de presunción de inocencia recogido en el artículo 137 de la LPC, que exige en esencia, una prueba de cargo suficiente de los hechos que constituyen la infracción que se imputa y de la responsabilidad o culpabilidad del sujeto al que se le imputa.

En tercer lugar hay que poner de manifiesto que el menor de edad, al no estar previsto en la Ley de Extranjería, no puede ser responsable de la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 53,1 a) de la Ley citada y, ante todo, no es el destinatario de dicha infracción dado que el menor de edad no acompañado no puede ser expulsado sino, a lo sumo, retornado o repatriado y, en todo caso, protegido por las autoridades españolas mientras se decide su repatriación o retorno o, en su caso, hasta que se determina que es mayor de edad. En este aspecto puede consultarse el contenido del artículo 35 de la Ley de Extranjería y los artículos 189 y siguientes del Reglamento que la desarrolla.

Aplicando lo que se acaba de señalar al caso que se enjuicia hay que concluir que no existe una prueba de cargo suficiente de que el demandante haya cometido la infracción grave que se le imputa, que es la tipificada en el artículo 53,1 a) de la Ley de Extranjería, por lo que procede aceptar lo alegado en defensa de la pretensión anulatoria ejercida por medio del presente recurso y, como consecuencia de ello, se declara nula de pleno derecho, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 62,1 a) de la LPC, la resolución impugnada.



Esta conclusión se apoya en las consideraciones que se van a indicar seguidamente.

En primer lugar hay que señalar que en el expediente administrativo no existe una prueba que determine la edad del demandante. Se hace referencia a que el mismo nació el día 3 de agosto de 1994 sin constatar el origen o la fuente de la fecha indicada debiendo de tenerse en cuenta que el demandante, y así se indica en el expediente, está indocumentado. En el escrito de alegaciones presentado (folios 10 y siguientes) se alega que el demandante puede ser menor de edad solicitando, y proponiendo prueba al respecto, que se determine, con carácter previo, la edad del demandante. La prueba se rechaza por improcedente siendo evidente que ello no debería de haber sido así a la vista de las dudas razonables existentes sobre la edad del demandante y las consecuencias que ello tiene respecto a la imputación de la infracción regulada en el artículo 53,1 a) de la Ley de Extranjería.

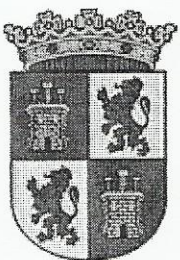
En segundo lugar hay que señalar que la parte demandante, durante la tramitación de este Procedimiento Judicial, ha solicitado la práctica de determinada prueba tendente a acreditar su edad. El resultado obtenido de esa práctica evidencia que existen dudas más que razonables para poder considerar que, en el momento de iniciarse el procedimiento sancionador, hecho ocurrido el día 12 de septiembre de 2012, el demandante fuera mayor de edad. En este apartado hay que poner de manifiesto que el demandante nunca ha manifestado su fecha de nacimiento. Ante la Guardia Civil, en el momento de ser identificado, hecho ocurrido el día 29 de mayo de 2012, manifiesta que tiene 17 años al haber nacido en el año 1995 aunque, se insiste en ello, sin especificar ni el día ni el mes de ese año. El Ministerio Fiscal considera necesario, a efectos de determinar la edad y de aplicar los niveles de protección previstos en la normativa aplicable para los menores de edad, realizar las pruebas médicas pertinentes acordándolo el día 16 de julio de 2012. El día 3 de agosto de 2012 se emite un informe médico, que no está firmado, en el que se indica que la edad ósea aproximada es de 18 años. Es evidente que el informe al que se ha hecho referencia no puede servir para determinar que el demandante ha nacido el día 3 de agosto de 1994, es decir 18 años antes de la fecha de emisión del informe, dado que ese informe no dice con certeza que en ese momento el demandante tenga 18 años. Lo que dice el informe es que la edad ósea aproximada es de 18 años por lo que no hay seguridad que el día 12 de septiembre el demandante sea mayor de edad.

Por último, y para reforzar la conclusión a la que se ha llegado anteriormente, hay que indicar que la sentencia aportada por la parte demandante en el acto de la vista oral, que ha sido dictada por el Tribunal Supremo el día 17 de junio de 2013, refuerza la tesis de que no es seguro que el demandante, el día 12 de septiembre de 2012, fuera mayor de edad. En el fundamento de derecho quinto de la sentencia citada, en lo que ahora importa, puede leerse lo siguiente:

...//...

"Es cierto

que conforme establece el artículo 48 de la Ley reguladora del derecho de asilo, el Ministerio Fiscal requirió que el menor fuera sometido a las



pruebas médicas necesarias para determinar su edad y consideró que era mayor de edad. Ahora bien, el Sr. Fiscal no interpretó bien el dictamen médico (folio 4.5 del expediente) porque ese dictamen hablaba de 19 años como edad "tipo", pero en el caso examinado hablaba de edad "superior a 17 años". Lo que seguía dejando la cuestión en la duda, pero con la clara posibilidad de que el interesado fuera menor de edad, lo que han venido a corroborar después indubitadamente los documentos acompañados a la demanda, que demuestran que el interesado nació el día NUM000 de 1992, y que, por lo tanto, cuando solicitó asilo el 20 de Enero de 2010 no contaba con 18 años de edad.

La imprecisión de la prueba no es extraña si tenemos en cuenta que la radiología simple del carpo de la muñeca izquierda para la predicción de la edad cronológica a través de la edad ósea, por el método de Greulich y Pyle (la llevada a cabo al solicitante) no da lugar a resultados que puedan considerarse absolutos y exactos sino que se trata de un método predictivo que necesariamente presenta desviaciones. Ha de señalarse y así ha sido puesto de manifiesto por diversas organizaciones no gubernamentales y por resoluciones judiciales (téngase en cuenta a estos efectos las fundadas consideraciones contenidas en la *sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de enero de 2012 -recurso contencioso-administrativo número 125/2009-*) que el método consiste en comparar los resultados con los estándares (en imágenes) del Atlas de Greulich y Pyle, con referencia a la maduración ósea que presenta la media de la población a una determinada edad cronológica y que está basada en mediciones realizadas en niños de raza blanca en Estados Unidos y Europa, sin tomar en consideración las características éticas, sociales, culturales, nutricionales y medioambientales, que pueden tener una importante influencia en el desarrollo y madurez física y psíquica de la persona. Se menciona, incluso, la conveniencia de expresar que las determinaciones de edad basadas en el examen de los huesos de la muñeca deberían incluir un margen de error de, al menos, veinte meses.

...//..."

CUARTO.- La estimación del recurso interpuesto en lo que se refiere a la pretensión principal ejercida por la parte demandante hace innecesario decidir sobre las otras dos pretensiones ejercida de manera subsidiaria.

QUINTO.- En aplicación de lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA, según la redacción dada al mismo por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, procede imponer las costas de este procedimiento a la Administración demandada al haberse estimado la pretensión principal ejercida por la parte demandante sin que se aprecie la existencia de dudas, de hecho o de derecho, que permitan llegar a una decisión diferente. Atendiendo a la materia y al grado de complejidad jurídica que presenta, el importe de las costas no podrá exceder de 500 euros, incluido el IVA y los demás tributos que resulten aplicables, y sin que ello suponga ninguna interferencia en la relación que la parte demandante tenga con el profesional que la ha defendido y representado en este procedimiento

FALLO

Teniendo en cuenta los fundamentos de derecho anteriores **SE ACUERDA ESTIMAR ÍNTEGRAMENTE** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la parte demandante contra la actuación indicada en el encabezamiento de esta sentencia considerando que la misma, con apoyo en lo señalado en el fundamento de derecho tercero, es nula de pleno derecho. Con condena en costas a la Administración demandada por la cuantía señalada en el fundamento de derecho quinto de esta sentencia.

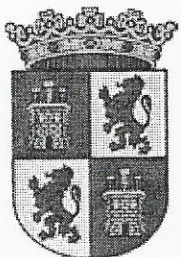
MODO DE IMPUGNACIÓN:

Recurso de apelación en el plazo de **QUINCE DÍAS**, a contar desde el siguiente a su notificación, ante este órgano judicial.

Conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, para la interposición del recurso de apelación deberá constituirse un depósito de **50 euros** en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano judicial, abierta en la entidad bancaria 0030, sucursal 6360, Cuenta nº 9999999999, debiendo indicar en el campo concepto, la indicación recurso seguida del Código "-- Contencioso-Apelación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta referida, separados por un espacio con la indicación "recurso" seguida del código "-- contencioso-apelación". Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase, indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa. Quedan exentos de su abono en todo caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y los Organismos Autónomos dependientes, debiéndose acreditar, en su caso, la concesión de la justicia gratuita.

Añade el apartado 8 de la D.A. 15ª que en todos los supuestos de estimación total o parcial del recurso, el fallo dispondrá la devolución de la totalidad del depósito, una vez firme la resolución.

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo.



PUBLICACION.- Dada, leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Sr. Magistrado-Juez que la ha dictado, estando celebrando Audiencia Pública y ordinaria en el día de su fecha. Doy fe.