



Roj: STSJ MAD 2832/2013
Id Cendoj: 28079330102013100170
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 10
Nº de Recurso: 1211/2012
Nº de Resolución: 260/2013
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: CARMEN ALVAREZ THEURER
Tipo de Resolución: Sentencia

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Décima C/ Génova, 10 - 28004

33010310

NIG: 28.079.00.3-2012/0012405

Recurso de Apelación 1211/2012

Recurrente : D./Dña. Jose Antonio

LETRADO D./Dña. GALO JESUS TELLO DE GRASSA, DIRECCION000 , NUM000 PISO NUM001 - NUM002 , nº C.P.:28020 MADRID (Madrid)

Recurrido : DELEGACION GOBIERNO MADRID. Mº POLITICA TERRIT Y ADMON. PUBLICA

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA Nº260/13

Presidente:

D./Dña. Mª DEL CAMINO VÁZQUEZ CASTELLANOS

Magistrados:

D./Dña. FRANCISCA ROSAS CARRION

D./Dña. Mª JESUS VEGAS TORRES

D./Dña. CARMEN ALVAREZ THEURER

D./Dña. EMILIA TERESA DÍAZ FERNÁNDEZ

En Madrid a 15 de marzo de 2013.

Vistos los autos del recurso de apelación número 1211/2012 que ante esta Sala ha promovido el Letrado Sr. Tello de Grassa, en representación y defensa de D. Jose Antonio contra la Sentencia dictada en fecha 23 de enero de 2012 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 23 de los de Madrid , en los autos de Procedimiento Abreviado tramitado con el número 626/2011 de su registro, por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a la Resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid, de fecha 31.05.11, sobre expulsión del territorio nacional y prohibición de entrada por un periodo de 3 años del hoy apelante.

En este recurso de apelación es parte apelada la ADMINISTRACIÓN DE ESTADO, representada y dirigida por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Con fecha 23 de enero de 2012, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 23 de los de Madrid, en los autos de Procedimiento Abreviado tramitado con el número 626/2011 de su registro, se dictó Sentencia por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a la Resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid, de fecha 31.05.11, sobre expulsión del territorio nacional y prohibición de entrada por un periodo de 3 años del hoy apelante.

SEGUNDO.- Notificada la referida Sentencia a las partes, el Letrado Sr. Tello de Grassa, en representación y defensa de D. Jose Antonio interpuso contra el mismo recurso de apelación, del que, una vez admitido a trámite, se dio traslado a la parte apelada para que en el plazo de quince días pudiera formalizar su oposición.

TERCERO .- Remitidas las actuaciones a la Sala, y no habiéndose solicitado el recibimiento de la apelación a prueba, la celebración de vista o la presentación de conclusiones, se señaló para deliberación y fallo el día 13 de febrero del año en curso, con observancia en su tramitación de las reglas establecidas por la Ley.

Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D^a. CARMEN ALVAREZ THEURER.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone el presente recurso de apelación contra la sentencia dictada en fecha 23 de enero de 2012 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 23 de los de Madrid , en los autos de Procedimiento Abreviado tramitado con el número 626/2011 de su registro, cuyo Fallo es del siguiente tenor literal:

"Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Jose Antonio interpuso recurso contencioso administrativo contra la Resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid, de fecha 31.05.11, sobre expulsión del territorio nacional y prohibición de entrada por un periodo de 3 años del recurrente dictada en el expediente NUM003 , debo confirmar y confirmo el acto administrativo impugnado por ser ajustado a Derecho. No se efectúa expresa imposición de las costas causadas".

Fundamenta la Sentencia apelada su fallo desestimatorio en la existencia circunstancias jurídicas o fácticas negativas que en el caso examinado justifican la elección de la sanción de expulsión.

Contra la mencionada Sentencia interpone recurso de apelación el recurrente denunciando infracción del principio de proporcionalidad y a la doctrina jurisprudencial en materia de expulsión, además de incurrir en una errónea valoración de la prueba. Reitera que lleva trabajando, aunque sin contrato, más de tres años, tiene domicilio fijo donde vive con su esposa y dos hijos menores, habiendo nacido la más pequeña en España y el mayor se halla escolarizado, y habiendo solicitado permiso de residencia, a cuyo efecto tiene cita el 10 de mayo de 2012, además de contar con una oferta de contrato de trabajo y un informe favorable de la Consejería de Asuntos Sociales, en el marco del procedimiento para la tramitación de una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales por arraigo social, de fecha 6 de febrero de 2012. Todos estos factores ponen de manifiesto su inserción social y familiar en España, por lo que considera que la medida de expulsión es desproporcionada y debe ser sustituida por multa.

La Administración apelada se opone al recurso de apelación, interesando su desestimación y la confirmación de la Sentencia apelada.

SEGUNDO.- En las actuaciones administrativas se ha recogido el dato objetivo de que el hoy actor fue detenido por la policía nacional el día 17 de marzo de 2011, en Madrid, no disponiendo de documento alguno que acredite la situación de estancia o residencia legal en España, y este dato no ha quedado desvirtuado en las actuaciones mediante la oportuna prueba al efecto. Así las cosas podemos considerar probado que es autor de una infracción de estancia irregular en España, prevista en el artículo 53.a) de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

TERCERO.- Afirmada la existencia de la infracción, debemos examinar las alegaciones en las que el recurrente fundamenta su recurso de apelación y para ello conviene recordar que en los supuestos de la infracción tipificada en el precitado artículo 53.a) constituida exclusivamente por la mera situación de permanencia irregular en España sin concurrencia de otros datos negativos que le sean predicables al infractor, constituye doctrina jurisprudencial consolidada, expresada, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 27 y 31 de enero de 2006 , 10 de febrero de 2006 , 21 de abril de 2006 , 19 de mayo de 2006 , 30 de junio de 2006 , 29 de septiembre de 2006 , 22 de febrero de 2007 , 19 de julio de 2007 , y 27 de mayo de 2008 , que la Administración no puede optar discrecionalmente entre la imposición de la multa o la expulsión

sin justificarlo, por lo que la expulsión del territorio español, como sanción más grave y secundaria, precisa de una motivación específica, distinta o complementaria de la multa que, en el sistema de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, constituye la sanción principal que corresponde a la pura permanencia ilegal.

Por lo tanto, cuando la Administración opta por la expulsión ha de especificar cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y, en general, las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la elección de la sanción de expulsión, en vez de la menos grave de multa, aunque dicha motivación puede constar tanto en la resolución misma como en el expediente administrativo, según las circunstancias concurrentes en el caso: cuando se trate de supuestos en que la causa de expulsión sea simplemente la permanencia ilegal sin otros hechos negativos, la motivación habrá de incluirse expresamente en la resolución administrativa, pues la Administración ha de justificar por qué acude a la sanción de expulsión cuando, en principio, la permanencia ilegal se sanciona con multa; por el contrario, si en el expediente administrativo consta, además de la permanencia ilegal, otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, y esos datos son de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justifican la expulsión, no dejará ésta de estar motivada porque no haberse hecho mención de ellos en la propia resolución sancionadora.

En ulteriores sentencias el Tribunal Supremo ha matizado la precitada doctrina, declarando que, en los casos de estancia irregular en España, son hechos o circunstancias que constituyen causa y motivación suficiente para justificar la imposición de la sanción de expulsión, en vez de la de multa, los siguientes: Estar indocumentado el extranjero y, por tanto, sin acreditar su identificación y filiación, ignorándose cuándo y por dónde entró en territorio español y si, en su caso, lo hizo contraviniendo las normas que en el Reglamento de **Extranjería** regulan los requisitos y las condiciones de entrada en territorio nacional (sentencias de 30 de junio de 2006 , 31 de octubre de 2006 y 29 de marzo de 2007); haber sido detenido por su participación en un delito, y seguirse por este hecho diligencias penales en un Juzgado de Instrucción (sentencia de 19 de diciembre de 2006); carecer de domicilio y arraigo familiar y estar, además, indocumentado (sentencia de 28 de febrero de 2007); haberse dictado con carácter previo a la expulsión una orden de salida obligatoria del territorio nacional que tendría que haberse hecho efectiva, sin haber intentado legalizar su situación en España (sentencia de 22 de febrero de 2007).

Por lo demás cumple recordar que la doctrina jurisprudencial también viene examinando la existencia y acreditación de vínculos con el lugar en que se reside, ya sean de tipo económico, social o familiar, como elemento relevante para apreciar la existencia de arraigo en el territorio y determinante, en consecuencia, de la prevalencia de tales vínculos frente al interés general en que se lleve a cabo la expulsión de quien carezca de permiso o autorización para residir en España (véanse, en este sentido, Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1.998 , 4 de diciembre de 1.999 y 20 de enero de 2.001 , entre innumerables otras), y que a la hora de perfilar qué debe entenderse por arraigo nuestro Alto Tribunal ha venido destacando que tal concepto jurídico indeterminado debe entenderse existente cuando se constate la existencia de especiales intereses familiares, sociales o económicos del recurrente dentro del Estado Español, intereses que se verían seriamente perjudicados si se procediera a la expulsión y que el concepto de arraigo y la determinación de su existencia en un supuesto dado requiere un análisis caso por caso.

CUARTO. - Pues bien, en el caso que nos ocupa debemos resolver si el Juez de instancia ha valorado conforme a derecho la prueba obrante en las actuaciones a los efectos de si, en relación al apelado, consta en autos la existencia de arraigo en nuestro país o la concurrencia de algún hecho o circunstancia negativos de idéntico o similar alcance a los que se acaban de reseñar, pues sólo si constaran podría afirmarse que existe fundamento y motivación suficiente para justificar la imposición de la sanción de expulsión, en cuyo caso no se habría desconocido el principio de proporcionalidad ni se habrían dejado de exponer las razones por las que se expulsó al apelante.

La Sentencia apelada recoge para estimar proporcional la sanción de expulsión, confirmando así la resolución administrativa recurrida, la concurrencia de unos datos negativos: el haber sido detenido el apelante sin poseer la documentación que le habilitase para residir en España, la ausencia de constancia de cuándo y por dónde entró en territorio nacional, y si lo fue por un puesto habilitado para ello, así como la existencia de una sanción previa de multa por la comisión de idéntica infracción, impuesta por resolución de 1 de septiembre de 2010, debidamente notificada, por lo que estima aconsejable la imposición de la sanción de expulsión en lugar de una sanción económica, que en ningún caso sanaría su situación irregular en España.

Sin embargo ninguna valoración se realiza en la Sentencia de Instancia sobre el arraigo social y familiar en España del apelante, siendo así que ha quedado acreditado en las actuaciones, a través del Libro de

Familia aportado, que es padre de un niño nacido en España el NUM004 de 2012, cuyo nacimiento ha sido inscrito en el Registro Civil de Madrid, además de tener otro hijo menor escolarizado en el Colegio Sagrado Corazón-Reparadoras en Majadahonda, viviendo junto a ellos y su mujer en esta localidad en la que se halla empadronado desde el 16 de diciembre de 2009-según resulta del justificante de alta padronal-.

Así mismo resulta acreditado que el recurrente ha interesado cita previa a efectos de tramitación de la solicitud de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales por arraigo, presentando un informe favorable de la Consejería de Asuntos Sociales, en el marco del procedimiento para la tramitación de una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales por arraigo social, de fecha 6 de febrero de 2012, y aporta en esta instancia documentos acreditativos de venir realizando diversos módulos dirigidos al conocimiento del marco constitucional, la normativa española para **extranjería** y para el acceso al empleo.

Este Tribunal ha venido considerando que el intento de permanecer unido a los familiares más allegados y el arraigo en España puede considerarse como una circunstancia excepcional, pues en tales situaciones lo que se pretende es potenciar y amparar el reagrupamiento familiar, pues no en vano la protección jurídica de la familia es uno de los principios rectores de nuestra política social - artículo 39 de la Constitución que debe informar la práctica judicial y la actuación de todos los poderes públicos (artículo 53.3º de dicho Texto fundamental).

Así pues, puede decirse que, aunque no esté en la letra de la ley, sí se deduce de su espíritu, el primer derecho del hijo menor de edad es estar, crecer, criarse y educarse con sus padres. Por lo demás, es un derecho que tiene sus reflejos en concretos preceptos del Ordenamiento Jurídico (v.g., artículo 110 del Código Civil que obliga al padre y a la madre, aunque no ostenten la patria potestad, a velar por sus hijos y prestarles alimentos; artículo 143-2º del propio Código, que obliga recíprocamente a los ascendientes y descendientes a darse alimentos; artículo 154, que impone a los padres el deber (y les reconoce el derecho) de velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, etc).

En consecuencia, las anteriores circunstancias han de conducir, sin necesidad de ninguna otra consideración, a la revocación de la Sentencia apelada y, con estimación parcial del recurso contencioso-administrativo interpuesto ante el Juzgado, acordar la anulación de la resolución administrativa que constituía su objeto por no ser conforme a Derecho, exclusivamente en cuanto a la sanción de expulsión impuesta, que debe sustituirse por la de multa de 301 euros.

QUINTO.- Por lo expuesto procede estimar el recurso de apelación y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA , no procede formular condena al pago de las costas causadas en esta instancia.

VISTOS los artículos citados, y demás de general y pertinente aplicación.

Por la potestad que nos confiere la Constitución Española, en nombre de S.M. El Rey,

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos en parte el recurso de apelación número 1211/2012 que ante esta Sala ha promovido el Letrado Sr. Tello de Grassa, en representación y defensa de D. Jose Antonio contra la Sentencia dictada en fecha 23 de enero de 2012 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 23 de los de Madrid , en los autos de Procedimiento Abreviado tramitado con el número 626/2011, a los solos efectos de sustituir la medida de expulsión por la de multa en cuantía de 301 euros. Sin costas.

La presente resolución es firme.

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

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente , D./Dña. CARMEN ALVAREZ THEURER, celebrando audiencia pública en el día 15/03/2013 Doy fe.