

Roj: STSJ GAL 1742/2011
Id Cendoj: 15030330012011100258
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Coruña (A)
Sección: 1
Nº de Recurso: 467/2010
Nº de Resolución: 285/2011
Procedimiento: Recurso de apelación
Ponente: FERNANDO SEOANE PESQUEIRA
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

EXTRANJERIA

T.S.J.GALICIA CON/AD SEC.1

A CORUÑA

SENTENCIA: 00285/2011

PONENTE: D. FERNANDO SEOANE PESQUEIRA

RECURSO: RECURSO DE APELACION 467/2010

APELANTE: SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN PONTEVEDRA

APELADA: Marisa

EN NOMBRE DEL REY

La Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia ha pronunciado la

SENTENCIA

Ilmos./as. Sres./as. D./D^a

FERNANDO SEOANE PESQUEIRA.- Pte.

ALFONSO VILLAGÓMEZ CEBRIÁN

MARÍA DOLORES GALINDO GIL

A CORUÑA , dieciséis de marzo de 2011 .

En el RECURSO DE APELACION 467/2010 pendiente de resolución ante esta Sala, interpuesto por la SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN PONTEVEDRA, representada por el ABOGADO DEL ESTADO, contra SENTENCIA de fecha 26/05/2010, dictada en el procedimiento PA 101/2010 por el JDO. DE LO

CONTENCIOSO Núm.2 de PONTEVEDRA sobre EXTRANJERÍA. Es parte apelada doña Marisa , representada por la procuradora doña HELIODORA GONZÁLEZ PEREIRA y dirigida por el letrado don MANUEL NIETO CAMIÑA.

Es ponente el Ilmo. Sr. D. FERNANDO SEOANE PESQUEIRA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice: "que, estimando el recurso contencioso- administrativo interpuesto por el letrado don Manuel Nieto Camiña, actuando en nombre de doña Marisa , contra la resolución de fecha 29 de diciembre de 2009, dictada por la Subdelegación del Gobierno de Pontevedra, en expediente núm. NUM000 , en el que se acuerda la expulsión del territorio nacional de doña Marisa , por un período de cuatro años, declaro que la resolución impugnada no es ajustada a Derecho, no siendo procedente la sanción de expulsión, que ha de ser sustituida por la sanción de multa de 301 euros por la infracción tipificada en el *artículo 53 a) de la LO 4/2000* . No se hace condena en costas".

SEGUNDO .- Notificada la misma, se interpuso recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que obra en el procedimiento, habiéndose acordado dar traslado de las actuaciones al ponente para resolver por el turno que corresponda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

SE ACEPTAN los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida, y

PRIMERO .- Habiendo interpuesto en su día la ciudadana brasileña doña Marisa recurso contencioso-administrativo contra la resolución de 29 de diciembre de 2009 de la Subdelegación del Gobierno en Pontevedra por la que se acordó la expulsión de la recurrente del territorio nacional con prohibición de entrada durante cuatro años por la comisión de las infracciones graves previstas en el *artículo 53.a y b de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero* , sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la *Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre* y por la *Ley Orgánica 14/2003, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2* de Pontevedra lo estimó declarando que la resolución impugnada no es ajustada a Derecho, no siendo procedente la sanción de expulsión, que ha de ser sustituida por la sanción de multa de 301 euros por la infracción tipificada en el *artículo 53.a de la LO 4/2000* , contra cuya sentencia interpone la Abogacía del Estado el presente recurso de apelación.

SEGUNDO .- En la sentencia de primera instancia se aprecia la vulneración del principio de proporcionalidad en la determinación de la sanción de expulsión por la infracción grave prevista en el *artículo 53.a de la Ley Orgánica 4/2000* , en base a que nada se motiva en la resolución sancionadora para imponer dicha sanción y a que no consta en el expediente razón alguna para ello que no sea la mera estancia irregular en España, para lo cual también se prevé la sanción de multa, de carácter menos gravoso al sancionado y con la posibilidad para éste de regularizar su situación si reúne los requisitos para ello, al no constar que haya sido objeto de expediente de expulsión anterior que lleve a entender acreditado el principio de culpabilidad en la situación irregular, a lo que añade que la demandante es madre de una niña menor de edad, nacida en España el 2 de enero de 2009, y en cuyo certificado de nacimiento consta la **nacionalidad** española con valor de presunción, de modo que la expulsión de la madre conllevaría o bien la decisión aneja de expulsar a un español o bien la más drástica y no menos perjudicial de separar a un menor de su madre cuando es totalmente dependiente de ella.

Respecto a la infracción prevista en el *artículo 53.b de la LO 4/2000* , considera la juzgadora "a quo" que existe una total ausencia de motivación respecto a la misma, no siendo suficiente el hecho de encontrarse la demandante en un club cuando fue detenida sin hacer referencia a ninguna circunstancia más, pues implicaría una actuación contraria al derecho a la presunción de inocencia que rige en el procedimiento sancionador, además de no haberse iniciado el procedimiento sancionador por acta de la inspección de trabajo y seguridad social, por todo lo cual reputa no acreditada dicha infracción.

La Abogacía del Estado apela dicha sentencia en base a que el hecho de encontrarse en situación irregular durante un largo lapsus temporal sin que en todo ese período hubiese llevado a cabo actuación alguna tendente a regularizar su situación supone motivación suficiente para ordenar la expulsión, a lo que se añade que la recurrente ejercía la actividad de alterne en un club sin la preceptiva autorización de trabajo, lo cual configura la infracción grave del *artículo 53.b de la LO 4/2000* ; se añade que los fundamentos alegados por la sentencia para estimar el recurso (veladamente el presunto arraigo) no guardan, en realidad, relación con los preceptos de aplicación, que no incorporan aquéllos como parámetro de legalidad del acto administrativo impugnado.

TERCERO .- Es cierto que esta Sala y Sección tiene declarado reiteradamente que ha de entenderse proporcionada la sanción de expulsión si el extranjero, una vez rebasado sobradamente el período inicial de noventa días de estancia (*artículo 25.1 RD 2393/2004*), permanece en España un largo lapsus temporal sin

haber realizado ningún tipo de gestión para regularizar su situación en nuestro país, careciendo de autorización para residir y trabajar, entendiéndose que con ello concurre el plus exigido por la jurisprudencia a quien se encuentra en la situación irregular a que se refiere expresamente el *artículo 53.a de la LO 4/2000*, máxime si exterioriza su intención de prolongar su permanencia sin regularización alguna, como, por ejemplo, si se inscribe en un padrón municipal, con lo cual hemos entendido que se apreciarían los otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, cuyos datos sean de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justifican la expulsión, tal como exige la jurisprudencia (sentencias de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 9 y 22 de diciembre de 2005, 27 de enero, 30 de junio y 31 de octubre de 2006, 27 de abril y 24 de mayo y 23 de noviembre de 2007, 9 y 31 de enero, 24 de junio y 28 de noviembre de 2008, 17 de junio y 1 de julio de 2009).

Sin embargo, en el caso de autos concurren matices y circunstancias especiales que conducen a una conclusión coincidente con la de la juzgadora "a quo", que obligan a que nos separemos del criterio seguido en anteriores ocasiones (fundamentalmente en la sentencia de esta Sala y Sección de 27 de octubre de 2010 en el rollo de apelación nº 198/2010), así el hecho de que, aparte de haber sido testigo protegido en los términos que posteriormente se analiza, la señora Marisa es madre de una menor de edad, nacida en España el 2 de enero de 2009, en cuyo certificado de nacimiento consta la **nacionalidad** española con valor de presunción, por lo que, siendo dicha menor dependiente de la actora, de hecho la expulsión de ésta conllevaría la aneja de separar a la menor de su madre, con la consiguiente desmembración de la familia, vulneradora de los mandatos contenidos en los *artículos 39.1 y 2 de la Constitución* (protección integral de la familia, y particularmente de los hijos y de las madres) y *11.2 de la Ley 1/1996, de 15 de enero*, de protección jurídica del menor (supremacía del interés del menor, mantenimiento de éste en el medio familiar de origen e integración familiar y social).

Al margen de la consideración o no de la menor como española de origen a estos efectos, el primer derecho de aquella es estar, crecer, criarse y educarse con su madre, derecho que tiene su reflejo en los *artículos 110 (obligación de los padres de velar por sus hijos y prestarles alimentos)*, *143.2 (obligación de los ascendientes de prestar alimentos)* y *154 del Código Civil (deber de los padres de velar, por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral)*. Evidentemente, el único medio de hacer efectivos esos derechos es permaneciendo la madre junto con su hija, lo que convierte en desproporcionada la sanción de expulsión en aquellas circunstancias.

A la anterior circunstancia se une que, tal como consta acreditado en el expediente (folio 28) a través de informe de 5 de agosto de 2009 emitido por el jefe del equipo territorial de Policía Judicial de la Comandancia de la Guardia Civil de Lugo, la señora Marisa mantuvo el estatus de testigo protegido, conferido al efecto por auto judicial, durante la investigación policial y judicial llevada a cabo en la provincia de Lugo por delito relativo a la prostitución, que derivó en sentencia condenatoria de 2 de octubre de 2007 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Lugo. El *artículo 59 de la Ley Orgánica 4/2000* prevé ese supuesto a los efectos de exención de responsabilidad administrativa e imposibilidad de expulsión, de modo que, si bien no ha sido aplicado al primer efecto, sí puede serlo al segundo a fin de reputar desproporcionada la sanción impuesta.

Pese a que todas las anteriores circunstancias constan en el expediente, la Subdelegación del Gobierno en Pontevedra no hizo la más mínima referencia a ellas en la resolución sancionadora, lo cual conduce a estimar insuficiente la motivación que se contiene en la misma a los efectos, exigidos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo interpretativa del *artículo 57.1 de la LO 4/2000* antes reseñada, de que conste una específica argumentación sobre la procedencia de la sanción de expulsión en lugar de la de multa.

En la propuesta de resolución (folios 38 y siguientes del expediente) se da respuesta a alguna de las circunstancias examinadas, pero no se desvirtúa lo relativo al cuidado de la hija menor de edad inscrita como española con valor de presunción ni a la circunstancia de constar como testigo protegido. Respecto al hecho de estar indocumentada que se le imputa, en el expediente figura la fotocopia del pasaporte expedido el 7 de abril de 2004, válido hasta el 6 de abril de 2009 (folios 58 a 60), lo que se corresponde con la entrada en España de la actora por el aeropuerto madrileño de Barajas el 19 de abril de 2004, que consta al folio 60 en una de las páginas de aquél, y asimismo consta, a los folios 61 a 63, la fotocopia del pasaporte emitido el 1 de julio de 2009, válido hasta el 30 de junio de 2011, por lo que carece de respaldo aquella argumentación de indocumentación, pues no se aporta razón alguna para dudar de la autenticidad de dichos documentos. Por tanto, si bien es cierta la estancia irregular en España, y por ello se aprecia la infracción grave del *artículo 53.a de la LO 4/2000* y se impone la sanción, sin embargo no cabe esgrimir aquella indocumentación a los efectos de optar por la expulsión, tal como se prevé en las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de abril y 31 de octubre de 2006 y 28 de febrero de 2007.

También coincide la Sala en los argumentos expuestos en la sentencia apelada en orden a la aplicación del principio de presunción de inocencia e improcedencia procedimental respecto a la infracción grave prevista en el *artículo 53.b de la LO 4/2000*. En efecto, si bien al folio 10 del expediente consta que la recurrente fue detenida el 29 de octubre de 2009 en el pub "Mambra Negra" sito en Vigo, sin embargo no se reseña circunstancia alguna que permita deducir que la actora estuviera realizando la actividad de alterne, es decir, que se hallase desempeñando un trabajo sin disponer de la correspondiente autorización, lo cual sería de esencial demostración para la prueba de la comisión de aquella infracción. Además, tampoco se cumple la exigencia del *artículo 55.2 de la LO 4/2000*, que establece que "En los supuestos calificados como infracción leve del *artículo 52 .c, d y e, graves del artículo 53.1.b, y 53.2 .a, y muy grave del artículo 54.1 .d y f*, el procedimiento sancionador se iniciará por acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo con lo establecido en el procedimiento sancionador por infracciones del orden social". Por tanto, ni se puede apreciar esta segunda infracción ni se puede emplear su comisión como argumento para imponer la sanción de expulsión, de todo lo cual se desprende la procedencia de estimar vulnerado el principio de proporcionalidad en la resolución administrativa impugnada al imponer la sanción de expulsión.

Por todo lo cual procede la desestimación del recurso de apelación.

CUARTO .- Con arreglo a lo dispuesto en el *artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa*, han de imponerse al apelante las costas de esta segunda instancia, al desestimarse totalmente el recurso.

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

FALLAMOS

que con desestimación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 2 de Pontevedra de 26 de mayo de 2010, **DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** la misma, imponiendo al apelante las costas de esta alzada.

No tífiquese a las partes y, en su momento, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, con certificación de esta resolución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- La sentencia anterior ha sido leída y publicada el mismo día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. FERNANDO SEOANE PESQUEIRA al estar celebrando audiencia pública la Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Doy fe. A CORUÑA, dieciséis de marzo de dos mil once.