



Roj: STSJ CL 3070/2011
Id Cendoj: 47186330032011100368
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Valladolid
Sección: 3
Nº de Recurso: 1/2011
Nº de Resolución: 1294/2011
Procedimiento: Recurso de apelación
Ponente: FRANCISCO JAVIER PARDO MUÑOZ
Tipo de Resolución: Sentencia

T.S.J.CASTILLA-LEON CON/AD

VALLADOLID

SENTENCIA: 01294/2011

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN

Sala de lo Contencioso-Administrativo

VALLADOLID

Sección 3ª

N56820

C/ ANGUSTIAS S/N

N.I.G: 47186 33 3 2011 0100400

RECURSO DE APELACION 0000001 /2011

Sobre: EXTRANJERIA

De Victoria

Representación JORGE RODRIGUEZ-MONSALVE GARRIGOS

Contra SUBDELEGACIÓN DE GOBIERNO

Representación ABOGADO DEL ESTADO

Ilmos. Sres. Magistrados

Don AGUSTÍN PICÓN PALACIO

Doña MARÍA ANTONIA DE LALLANA DUPLÁ

Don FRANCISCO JAVIER PARDO MUÑOZ

Don FRANCISCO JAVIER ZATARAÍN Y VALDEMORO

En Valladolid, a seis de junio de dos mil once.

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, integrada por los Magistrados expresados al margen, ha pronunciado en grado de apelación la siguiente

SENTENCIA NÚM. 1294/11

En el recurso de apelación núm. 1/11 interpuesto contra la Sentencia de 7 de octubre de 2010 dictada en el procedimiento abreviado 17/10 seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Palencia, en el que son partes: *como apelante don Marcos*, representado por el Procurador Sr. Rodríguez-Monsalve Garrigós y defendido por la Letrado Sra. Auriol Durán; y *como apelada la Administración General*

del Estado (Subdelegación del Gobierno en Palencia) , representada y defendida por la Abogacía del Estado, sobre expulsión de extranjero.

Ha sido **ponente** el Magistrado don FRANCISCO JAVIER PARDO MUÑOZ, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento de referencia se dictó Sentencia de fecha 7 de octubre de 2010 por la que, desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Marcos , nacional de Argel, contra la Resolución de fecha 23 de Octubre de 2009 de la Subdelegación del Gobierno en Palencia, denegatoria de la solicitud de revocación de su expulsión decretada por la Subdelegación del Gobierno en Palencia mediante resolución de fecha 18 de Abril de 2002 (siendo entonces conocido como Don Pedro Miguel), recaída en el expediente con referencia PAS NUM000 de la Oficina de Extranjería, sin hacer especial imposición de las costas procesales.

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia don Marcos interpuso recurso de apelación solicitando su revocación y que, en su lugar, se dicte otra declarando no ajustada a Derecho la resolución impugnada.

TERCERO.- Admitido el recurso por el Juzgado y conferido el oportuno traslado, la Abogacía del Estado se opuso al mismo solicitando su desestimación y la confirmación íntegra de la sentencia de instancia, con imposición de costas a la parte apelante.

CUARTO.- Transcurridos los plazos de los *artículos 85.2º y 4º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* , se elevaron los autos y el expediente administrativo a la Sala.

QUINTO.- Por Diligencia de Ordenación de 2 de mayo de 2011 se acordó la formación y registro de esta apelación, designándose ponente, rechazando el trámite de conclusiones solicitado por el apelante y señalándose para votación y fallo el día 2 de junio de 2011, previa audiencia de las partes sobre la eventual aplicación más favorable de lo dispuesto en el *artículo 58* de la vigente LOEx, con el resultado que obra en autos.

SEXTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado los trámites marcados por la Ley, salvo los plazos en ella señalados habida cuenta el número de asuntos y pendencia existente en la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sentencia apelada y alegaciones de las partes.

La sentencia objeto de apelación desestimó el recurso contencioso-administrativo en su día interpuesto por don Marcos , nacional de Argel, contra la Resolución de fecha 23 de Octubre de 2009 de la Subdelegación del Gobierno en Palencia, denegatoria de la solicitud de revocación de su expulsión decretada por la Subdelegación del Gobierno en Palencia mediante resolución de fecha 18 de Abril de 2002 (siendo entonces conocido como Don Pedro Miguel), recaída en el expediente con referencia PAS NUM000 de la Oficina de Extranjería, por entender, en esencia, que habiéndose dictado la sanción de expulsión en base a lo dispuesto en el *artículo 57.2 de la LOEX* ("*Asimismo constituirá causa de expulsión, previa la tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados*"), sanción firme y consentida, a la luz de la doctrina jurisprudencial que entiende que la alegación de arraigo, al resolver el fondo del asunto en la causa de expulsión por comisión de delito doloso del *artículo 57.2 LOEX* , es irrelevante pues la concurrencia de tal arraigo no enerva la aplicación de la citada causa de expulsión que obedece a otros fundamentos y criterios distintos a los de "regularización de residencia", la demanda ha de desestimarse ya que quien, conformándose con la orden de expulsión, se mantiene irregularmente en España y durante tal estancia decide contraer a posteriori matrimonio con una ciudadana española, realiza tal compromiso a sabiendas de que la consecuencia mecánica de la resolución gubernativa se encuentra pendiente de ejecución y si, además, decide, dentro del libre ejercicio de su responsabilidad, ser padre de un infante que, por razón de nacimiento es español, continúa en la misma tesitura y, por tanto, no es que quiebren las garantías que para la relación matrimonial y el vínculo paternofilial se desprenden de los *artículos 32 y 39* de la Constitución Española, si no que tal decisión, libremente asumida, a sabiendas de las consecuencias, sólo es atribuible al interesado recurrente, insistiendo la sentencia de instancia en que el actor ya conocía cuando se casó y decidió ser padre de familia que tendría que abandonar el territorio español por haberse decretado su expulsión, cuya ejecución

no puede quedar al albur del interesado, además de que, como dijo el Abogado del Estado, la unidad familiar siempre podrá continuar fuera de España.

Don Marcos alega en apelación que aun cuando el matrimonio con española y nacimiento de su hijo sea posterior a la resolución de expulsión, la unidad familiar que conforma es merecedora en todo caso y en cualquier momento de la protección que otorgan los *artículos 32 y 39 de la CE*, y así lo recoge la sentencia de la Sala de 29 de marzo de 2010 y del TS de 26 de enero de 2006 debiendo aplicarse la legislación que ampara a un menor español independientemente de la situación administrativa del padre -protección de la vida familiar *ex artículo 18.1 CE* interpretado con arreglo a los tratados internacionales, y Código Civil-; que si se expulsara al padre del menor español se colocaría a éste, y a la esposa española, en la posición de tener que salir de España o bien permanecer en España en ausencia del padre y esposo por un período de diez años; y que la familia está plenamente integrada en Málaga donde tienen vivienda en propiedad, con el hijo escolarizado y donde la esposa trabaja de forma regular desde el año 1997, atentando la expulsión contra elementales principios de protección de la familia y, concretamente, de los menores.

La Abogacía del Estado se opone a la apelación alegando que la acreditación del arraigo tiene lugar con posterioridad a los hechos que han dado lugar a este procedimiento, resultando una indudable peligrosidad que hace prevalecer la seguridad de la Comunidad respecto de la pretendida situación de unión familiar; que cuando el apelante contrae matrimonio y tiene un hijo conoce que debe abandonar el país en virtud de una resolución que se encuentra pendiente de ejecución; y que no hay quiebra del principio de proporcionalidad cuando, como en este caso, la infracción imputada es la del *artículo 57.2* de la LOEx.

SEGUNDO.- Sobre la nueva configuración del arraigo familiar. Estimación del recurso.

En relación con la relevancia de circunstancias sobrevenidas en supuestos de expulsión ya la STS de 14 de septiembre de 2000, tras señalar que " Esta Sala en sentencia de 24 de Enero de 1.998 *al resolver un caso similar al que nos ocupa viene a concluir que la Sala de instancia, al declarar conforme a derecho la orden de expulsión, no infringe el artículo 39.1 de la Constitución, que garantiza la protección a la familia, dado que la recurrente, después de haber sido acordada su expulsión, contrajo matrimonio con un español, por lo que esta circunstancia sobrevenida no debió determinar la revocación de la expulsión previamente ordenada. El matrimonio con ciudadano español y posterior nacimiento de un hijo no constituye argumento que sirva para combatir la orden de expulsión en sí misma, sino que cuestiona la decisión de la Sala de instancia de no haber revocado aquélla en virtud de tal circunstancia sobrevenida, el matrimonio contraído por la recurrente con un nacional y tener un hijo de dicho matrimonio. La Sala de instancia, sin embargo, en su sentencia, se ha limitado a enjuiciar el acto impugnado de expulsión, el cual, cuando se dictó, estaba plenamente justificado por haber incurrido la recurrente en las causas de expulsión que en el mismo se invocan, ya que entonces no estaba casada con español, por lo que el Tribunal "a quo" no pudo infringir norma alguna, ni tan siquiera el artículo 39.1 de la Constitución en relación con el derecho de protección a la familia, dado que no existía la familia que después se forma con el matrimonio contraído*", añadió " *todo ello sin perjuicio de que este hecho pueda y deba desplegar los subsiguientes efectos en orden a la legalización de la situación de la recurrente, enervando incluso la eficacia del acuerdo recurrido, una vez que aquélla formule las peticiones que tenga por conveniente ante la Administración, lo que impide estimar los motivos de casación articulados*".

Dicha doctrina, y sin duda la que cita el apelante de 26 de enero de 2005 también de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, ha determinado que en la redacción del nuevo Reglamento de Extranjería, aprobado por *Real Decreto 557/2001, de 20 de abril (BOE del 30 de abril)*, " *en consonancia con la doctrina de nuestros Tribunales y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea*" (Exposición de Motivos), se haya introducido la figura del arraigo familiar para progenitores de menores españoles, en cuya virtud y conforme a lo dispuesto en el *artículo 124*, " *Se podrá conceder una autorización de residencia por razones de arraigo laboral, social o familiar cuando se cumplan los siguientes requisitos:... 3. Por arraigo familiar: a) Cuando se trate de padre o madre de un menor de nacionalidad española, siempre que el progenitor solicitante tenga a cargo al menor y conviva con éste o esté al corriente de las obligaciones paternofiliales respecto al mismo*", razón por la que no discutiéndose en este caso la paternidad y convivencia del apelante con su hijo menor de nacionalidad española, se estima concurren razones suficientes justificativas de la revocación *ex artículo 105.1 de la LRJAP-PAC* de la orden de expulsión en su día dictada por la Administración General del Estado en fecha 18 de abril de 2002.

TERCERO.- Costas procesales de apelación.



De acuerdo con el criterio que se establece en el *artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* , no procede imponer las costas de esta segunda instancia a ninguna de las partes.

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

FALLAMOS

ESTIMAR el recurso de apelación formulado por don Marcos contra la Sentencia de 7 de octubre de 2010 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Palencia , la que se revoca, estimándose en su lugar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el apelante contra la Resolución de fecha 23 de Octubre de 2009 de la Subdelegación del Gobierno en Palencia, denegatoria de la solicitud de revocación de su expulsión decretada por la Subdelegación del Gobierno en Palencia mediante resolución de fecha 18 de Abril de 2002 recaída en el expediente con referencia PAS NUM000 de la Oficina de Extranjería, resolución que se anula por su disconformidad con el ordenamiento jurídico, acordándose la revocación de dicha expulsión, sin efectuar especial pronunciamiento en cuanto a costas procesales.

Devuélvanse los autos originales y el expediente al órgano judicial de procedencia, acompañando testimonio de esta sentencia, y dejando el original en el libro correspondiente.

Así por esta nuestra sentencia, que es firme, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Publicada ha sido la anterior sentencia en el día de su fecha, de lo que doy fe.