



Roj: STSJ MAD 7484/2013
Id Cendoj: 28079330102013100467
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 10
Nº de Recurso: 275/2013
Nº de Resolución: 557/2013
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: MARIA JESUS VEGAS TORRES
Tipo de Resolución: Sentencia

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Décima C/ Génova, 10 - 28004

33010330

NIG: 28.079.45.3-2012/0010846

Recurso de Apelación 275/2013

Mª

Recurrente : D./Dña. Marí Jose

LETRADO D./Dña. JULIO SANCHEZ-MAJANO SUAREZ-LLANOS, PRINCIPE DE VERGARA, 262 4º-B, nº C.P.:28016 MADRID (Madrid)

Recurrido : DELEGACION DEL GOBIERNO EN LA CAM

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

EL ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA Nº 557/2013

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

En la Villa de Madrid, a 4 de julio de dos mil trece.

Vistos los autos del recurso de apelación número 275/13 que ante esta Sala ha promovido DOÑA Marí Jose , asistido por el letrado Don Julio Sánchez-Majano Suarez-Llanos, contra la Sentencia dictada con fecha de 21 de diciembre de 2012, por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 32 de Madrid , en los Autos del procedimiento abreviado número 589/2011; siendo parte apelada **LA DELEGACION DEL GOBIERNO DE MADRID** no personada en las actuaciones.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto Recurso contencioso administrativo contra la Resolución dictada por la Delegación del Gobierno en Madrid con fecha de 12 de mayo de 2011 por la que se acordó la expulsión del territorio nacional de Doña Marí Jose , con la consiguiente prohibición de entrada por un periodo de tres

años, el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo nº 32 de Madrid dictó sentencia desestimatoria con fecha de 21 de diciembre de 2012 .

SEGUNDO.- Frente a la anterior sentencia se ha interpuesto el presente recurso de apelación en el que, una vez admitido y tramitado 26 de junio del año en curso, fecha en la que ha tenido lugar.

Es PONENTE la Magistrada Ilma. Sra. D^a.M^a JESUS VEGAS TORRES.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone el presente recurso de apelación contra la sentencia dictada en fecha de 21 de diciembre de 2012 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 32 de los de Madrid , en los autos de Procedimiento Abreviado tramitado con el número 589/2011 de su registro, que desestimó el recurso contencioso administrativo formulado contra la Resolución dictada por la Delegación del Gobierno en Madrid con fecha 12 de mayo de 2011 por la que se acordó la expulsión del territorio nacional de Doña Marí Jose , con la consiguiente prohibición de entrada por un periodo de tres años, por encontrarse irregularmente en territorio español.

Fundamenta la Sentencia apelada su fallo estimatorio en la existencia de datos negativos que unidos a la permanencia irregular del apelante en nuestro país, justifican la medida de expulsión impuesta.

Contra la mencionada Sentencia interpone recurso de apelación Doña Marí Jose en el que reitera la vulneración del principio de proporcionalidad.

La Administración apelada se opone al recurso de apelación e interesa la confirmación de la Sentencia apelada.

SEGUNDO.- Con carácter previo caso cumple significar que en las actuaciones administrativas se ha recogido el dato objetivo de que cuando Doña Marí Jose fue detenida no disponía 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.

Afirmada la existencia de la infracción, debemos examinar las alegaciones en las que el recurrente fundamenta su recurso de apelación.

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.

En conexión con la doctrina del *fumus bonis iuris* resulta igualmente relevante la circunstancia de que, al tiempo de incoarse y resolverse el expediente sancionador, estuviera pendiente de decisión una previa petición de permiso de trabajo y residencia anteriormente formulada por el recurrente, dado que el Tribunal Constitucional, en su sentencia 94/1993, de 22 de marzo , declaró que la Administración no puede expulsar por carecer de la documentación preceptiva a quien ha instado su expedición sin haber resuelto previamente si tiene derecho o no a obtener el permiso de residencia. Lo mismo se ha declarado en numerosas sentencias del Tribunal Supremo, entre las que cabe citar las de 29.3.1988 , 29.5.1991 , 19.7.1996 , 25.11.1996 , 19.2.2000 , 22.7.2000 , 30.9.2000 , 19.12.2000 y 3.4.2002 , conforme a las que constituye doctrina jurisprudencial consolidada que no resulta conforme a derecho la orden de expulsión o la obligación de salida del territorio nacional mientras la Administración no haya resuelto la solicitud de permiso de trabajo , de residencia o de regularización de la situación de un ciudadano extranjero.

TERCERO .- Así las cosas y de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta , 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 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 a Doña Marí Jose .

La Resolución administrativa recurrida en la Instancia fundamentó la expulsión del apelante en los siguientes términos: "En el plazo concedido al efecto no se ha presentado escrito de alegaciones, no deduciéndose de las actuaciones practicadas que obran en el expediente que tenga arraigo familiar o social en nuestro país. Dada la ausencia de excepcionales circunstancias de arraigo o pendencia de regularización, que en su caso pudieran aconsejar la imposición de una sanción económica en lugar de la expulsión que propone sanción económica que no sanaría la situación de irregularidad imputada, resultando proporcionada la expulsión del territorio nacional, con la gravedad de la infracción cometida, por constituir el único medio para restituir el orden jurídico conculcado. Por resolución de fecha 23/11/2010, por esta misma infracción se le impuso una sanción económica, advirtiéndole de la obligación inherente a la misma de abandonar el territorio español conforme a lo determinado en el artículo 28.3.c) de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero , obligación que ha incumplido, persistiendo su situación de irregularidad en España al día de hoy.

Ahora bien, ha de advertirse que del propio expediente administrativo (folio 4) resulta acreditado que el procedimiento sancionador incoado el 9 de agosto de 2010 que culminó con la Resolución de 23 de noviembre de 2010, por el que se impuso a Doña Marí Jose multa por importe de 501 euros y la advertencia de salida de abandonar el territorio español, se encuentra caducado por no haber sido notificada la referida Resolución a la interesada.



Pues bien, debemos recordar que, a juicio de esta Sala (Sección 10) la existencia de un previo expediente de expulsión caducado no integra un dato negativo que justifique la imposición de la sanción de expulsión en vez de la de multa.

Por lo demás ha de advertirse que la ahora apelante formuló solicitud de autorización de residencia por circunstancias excepcionales con fecha de 19 de abril de 2009 y 28 de octubre de 2009 respecto de la cuales no consta acreditado que se haya dictada resolución expresa. Así las cosas, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta no resulta conforme a derecho la orden de expulsión o la obligación de salida del territorio nacional mientras la Administración no haya resuelto la solicitud de permiso de trabajo , de residencia o de regularización de la situación de un ciudadano extranjero.

Así las cosas hemos de concluir que en el caso examinado procede, con estimación del presente recurso de apelación, sustituir la medida de expulsión por la sanción de multa por importe de 501 euros.

CUARTO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 139.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso no procede hacer pronunciamiento sobre el pago de las costas procesales causadas en esta instancia.

En atención a lo expuesto,

FALLO

Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por **DOÑA Marí Jose** , asistido por el letrado Don Julio Sánchez-Majano Suarez-Llanos, contra la Sentencia dictada con fecha de 21 de diciembre de 2012, por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 32 de Madrid , en los Autos del procedimiento abreviado número 589/2011, debemos anular la Resolución recurrida en la Instancia a los solos efectos de sustituir la sanción de expulsión en ella impuesta por la de multa en la cuantía de 501 euros. Sin costas.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/ a Ponente D./Dña. M^a JESUS VEGAS TORRES, estando la Sala celebrando audiencia pública en el día 15/07/13 , de lo que, como Secretario, certifico.