

Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Décima C/ Génova, 10 - 28004
33010330
NIG: 28.079.00.3-2012/0008712



(01) 30039514722

Recurso de Apelación 894/2012

Recurrente: D. CRISPIN MONTAÑA
PROCURADOR D. JUAN PEDRO MARCOS MORENO
Recurrido: Delegación de Gobierno Comunidad de Madrid. Mº de Política Territorial y
Admón. Pública
Sr. ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA Nº 3/2013

Presidente:

Dña. Mª DEL CAMINO VÁZQUEZ CASTELLANOS

Magistrados:

Dña. FRANCISCA ROSAS CARRION

Dña. EMILIA TERESA DIAZ FERNÁNDEZ

Dña. Mª JESUS VEGAS TORRES



En la Villa de Madrid, a 2 de enero de 2013.

VISTO por la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el recurso de apelación que con el número **894/12** ante la misma pende de resolución y que fue interpuesto por don **CRISPIN MONTAÑA**, representado inicialmente por el Letrado don **Pedro Fernández Bernal**, y posteriormente por el Procurador don **Juan Pedro Marcos Moreno**, contra la Sentencia de 22 de diciembre de 2011, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 24 de los de esta Villa, y en el Procedimiento Abreviado seguido ante el mismo con el número 287/09, por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo por aquel interpuesto contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid, de 4 de noviembre de 2008, por la que se acordó la expulsión del actor del territorio nacional, con la consiguiente prohibición de entrada en España por un período de 5 años a contar desde la fecha en que se lleve a efecto.

Ha sido parte apelada la **DELEGACIÓN DEL GOBIERNO** representada por el **ABOGADO DEL ESTADO**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 22 de diciembre de 2011, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 24 de los de esta Villa y en el Procedimiento Abreviado seguido ante el mismo con el número 287/09, se dictó Sentencia cuyo Fallo, literalmente transcrito, dice así:

“Que debo desestimar y desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Letrado D. Juan Antonio Fernández Granados en nombre y representación de D. CRISPIN [REDACTED] contra resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid de fecha 4 de noviembre de 2008, en virtud de la cual se acuerda la expulsión del territorio español de CRISPIN [REDACTED] natural de Bolivia con la consiguiente prohibición de entrada en España por un período de cinco años, a contar desde la fecha en que se lleve a efecto, dictada en el expediente nº 280020080040752 declarando que dicha resolución es conforme a Derecho. Sin especial imposición de las costas procesales causadas”.



SEGUNDO.- Notificada que fue la anterior resolución a las partes, se interpuso por don **CRISPIN [REDACTED]**, representado y asistido por el Letrado don **Pedro Fernández Bernal**, en tiempo y forma, recurso de apelación que, tras ser admitido a trámite se sustanció por sus prescripciones legales ante el Juzgado de que se viene haciendo mención y elevándose las actuaciones a esta Sala.

Se ha opuesto a la apelación la **DELEGACIÓN DEL GOBIERNO** representada y asistida por el **ABOGADO DEL ESTADO**.

TERCERO.- Recibidas que fueron las actuaciones en esta Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se acordó formar el presente rollo de apelación y dar a los autos el trámite previsto en los artículos 81 y

regularización por arraigo el día 9 de enero de 2012, y que su solicitud está actualmente en trámite, que no tiene antecedentes penales ya que solamente sufrió una detención en el año 2007 pero que el asunto quedó archivado. Presenta copia de su pasaporte, primera hoja; copia del certificado de matrimonio; permiso de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, con validez hasta el 3 de agosto de 2013, a favor de su esposa doña Isabel Coaquira Zavala, que figura empadronada en la calle de la Laguna número 123, durante 2 puerta A, en Madrid; volante individual de empadronamiento en la calle de la Laguna número 123, durante 2 puerta A, en Madrid, permiso de residencia y trabajo por segunda a renovación a favor de la hermana del actor, con fecha de validez hasta el día 27 de agosto de 2003, y solicitud de 9 de enero de 2012 de autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, el informe favorable de antecedentes penales.

Por su parte, la Administración demandada, se opone a la estimación del recurso de apelación que venimos analizando y solicita la confirmación de la sentencia dictada en la instancia por resultar la misma conforme a derecho.



SEGUNDO.- La sentencia apelada desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución de 4 de noviembre de 2008, entendiendo que la sanción impuesta resulta proporcionada al caso analizado; en la citada sentencia se entiende que el demandante no acreditado que cuente con medios de vida, que tampoco se aporta certificado de ausencia de antecedentes penales, que tampoco consta que tenga expediente de regularización pendiente dado que sólo aporta resguardo de cita previa, que no consta acreditado que la tarjeta de residencia que aporta corresponda a la que afirma ser su esposa; el contrato de trabajo que aporta no lleva sello de registro de la oficina de empleo y, en definitiva, que no existe prueba alguna de que cuente con arraigo social, familiar o laboral ni tampoco, con carácter indiciario, que haya solicitado autorización de trabajo o residencia; la mera tenencia de tarjeta sanitaria, la adquisición del abono transporte, la mera afiliación a la seguridad social, o el certificado de empadronamiento no acreditan la existencia de arraigo en España.

En la medida en que la cuestión que se nos traslada en la alzada se refiere a la falta de proporcionalidad de la sanción de expulsión, hemos de valorar si de los datos que obran en el expediente administrativo y en las actuaciones es posible estimar efectivamente la valoración de que el material probatorio haya sido correcta, cuestión que hemos de resolver en sentido contrario ha resuelto la sentencia de instancia, aceptando las alegaciones del actor en

siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; y se señaló para la votación y fallo del presente recurso de apelación la audiencia del día 19 de diciembre de 2012, fecha en la que tuvo lugar.

Ha sido Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D^a. M^a. del Camino Vázquez Castellanos, quien expresa el parecer de la Sección.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto del presente recurso de apelación la Sentencia de 22 de diciembre de 2011, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 24 de los de esta Villa, y en el Procedimiento Abreviado seguido ante el mismo con el número 287/09, por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don **CRISPIN BLORES VILLANÉ** contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid, de 4 de noviembre de 2008, dictada en el expediente nº 280020080040752, por la que se acordó la expulsión del actor del territorio nacional, con la consiguiente prohibición de entrada en España por un período de 5 años a contar desde la fecha en que se lleve a efecto.

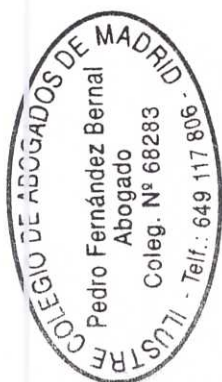
Frente a la citada Sentencia se alza en esta instancia jurisdiccional don **CRISPIN BLORES VILLANÉ** solicitando la anulación de la resolución de expulsión. En esencia, y como fundamento de su recurso de apelación alega el apelante que tiene arraigo en España, país en el que lleva residiendo desde el año 2006, lo cual quedó acreditado mediante los documentos por él aportados, entre ellos, las solicitudes de permiso de trabajo y residencia acompañados de la documentación acreditativa correspondiente; que su esposa convive con él y tiene permiso de residencia y trabajo, y que la ejecución de la expulsión significaría separar la vida familiar, y que también tiene hermanos que residen en España; en relación a la denuncia de malos tratos afirma el apelante que fue debido a un error policial, no siendo tramitada dicha denuncia por lo que no puede afirmarse que tenga antecedentes penales, por lo debe regir en su favor el principio de presunción de inocencia. Mediante un escrito de ampliación recurso de apelación interpuesto, el apelante insiste en que la sanción que le ha sido impuesta no es proporcional a los hechos siendo la multa la sanción más ajustada y proporcionada al caso, que aporta la tarjeta de residencia de su mujer, quien convive con el recurrente y que están empadronados en el mismo domicilio, que presentó solicitud de

relación con los datos, que no pueden conceptuarse como negativos, que obran en las actuaciones, tal y como más adelante diremos.

Debemos tener en cuenta que al no concurrir datos negativos que puedan ser tenidos en cuenta y que aboguen por la pertinencia de la sanción de expulsión sobre la base del artículo 57.1 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, la de multa resulta ser la sanción procedente en este caso, más proporcional con los criterios de adecuación fijados en el artículo 55.3 en relación con el 57.1 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, y con la pacífica y reiterada doctrina jurisprudencial que los interpreta.

El artículo 53.a) 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 Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, establece que constituye una infracción grave “Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido o tener caducada mas de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documentos análogos, cuando fueren exigibles, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentariamente”. Si bien es cierto que el artículo 55.1. b) de la citada Ley señala que las infracciones graves serán sancionadas con multa, no puede olvidarse que el artículo 57 de la misma Ley prevé que Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c) y d) del artículo 53 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo.

El Tribunal Supremo, en Sentencias de 22 de febrero de 2007, 21 de abril de 2006, entre otras, que se recogen en la Sentencia de instancia, declara que “en la Ley Orgánica 7/85, de 1 de julio, la expulsión del territorio nacional no era considerada una sanción, y así se deduce de una interpretación conjunta de sus artículos 26 y 27, al establecerse como sanción para las infracciones de lo dispuesto en la Ley, la de multa y prescribirse que las infracciones que den lugar a la expulsión no podrían ser objeto de sanciones pecuniarias. Quedaba, pues, claro en aquella normativa que los supuestos en que se aplicaba la multa no podían ser castigados con expulsión”. A ello añade que “la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (artículos 49-a), 51-1-b), y, 53-1), en regulación mantenida por la reforma operada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (artículos 53-a), 55-1-b), y, 57-1), cambia esa concepción de la expulsión, y prescribe que en el caso de infracciones muy graves y graves



de las letras a), b), c), d) y f), del artículo 53 «podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español», e introduce unas previsiones a cuyo tenor «para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerlas (sic) se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad, y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia»; por su parte, el Reglamento 864/2001, de 20 de julio, habla expresamente de la elección entre multa o expulsión, pues prescribe en su artículo 115 que “podrá acordarse la expulsión del territorio nacional, salvo que el órgano competente para resolver determine la procedencia de la sanción de multa”.

De esta regulación se deduce:

1º.- Que el encontrarse ilegalmente en España (una vez transcurridos los noventa días previstos en el artículo 30-1 y 2 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, ya que durante los primeros noventa días no procede la expulsión sino la devolución), repetimos, ese encontrarse ilegalmente en España, según el artículo 53 -a), puede ser sancionado o con multa o con expulsión. No sólo se deduce esto del artículo 53 -a) sino también del artículo 63-2 y 3, que expresamente admite que la expulsión puede no ser oportuna (artículo 63-2) o puede no proceder (artículo 63-3), y ello tratándose, como se trata, del caso del artículo 53 -a), es decir, de la permanencia ilegal.

Por su parte, el Reglamento 864/2001, de 20 de julio, expresamente habla de la elección entre multa o expulsión, pues prescribe en su artículo 115 que "podrá acordarse la expulsión del territorio nacional, salvo que el órgano competente para resolver determine la procedencia de la sanción de multa" (Dejemos de lado ahora el posible exceso del Reglamento, que, en este precepto y en contra de lo dispuesto en la Ley, parece imponer como regla general la expulsión y como excepción la multa). Lo que importa ahora es retener que, en los casos de permanencia ilegal, la Administración, según los casos, puede imponer o bien la sanción de multa o bien la sanción de expulsión.

2º.- En el sistema de la Ley la sanción principal es la de multa, pues así se deduce de su artículo 55-1 y de la propia literalidad de su artículo 57-1, a cuyo tenor, y en los casos, (entre otros) de permanencia ilegal, "podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio nacional",

3º.- En cuanto sanción más grave y secundaria, la expulsión requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal, ya que ésta es castigada simplemente, como hemos visto, con multa. Según lo que dispone el artículo 55.3, (que alude a la graduación de las sanciones, pero que ha de entenderse que resulta aplicable



también para elegir entre multa y expulsión), la Administración ha de especificar, si impone la expulsión, cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y, en general, añadimos nosotros, cuáles son las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la expulsión y prohibición de entrada, que es una sanción más grave que la de multa .

4º.- Sin embargo, resultaría en exceso formalista despreciar esa motivación por el hecho de que no conste en la resolución misma, siempre que conste en el expediente administrativo.

En efecto:

A) Tratándose de supuestos en que la causa de expulsión es, pura y simplemente, la permanencia ilegal, sin otros hechos negativos, es claro que la Administración habrá de motivar de forma expresa por qué acude a la sanción de expulsión, ya que la permanencia ilegal, en principio, como veíamos, se sanciona con multa.

B) Pero en los supuestos en que en el expediente administrativo consten, además de la permanencia ilegal, otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, y esos datos sean de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justifiquen la expulsión, no dejará ésta de estar motivada porque no se haga mención de ellos en la propia resolución sancionadora.”

Pues bien, la resolución administrativa recurrida decretó la expulsión del actor del territorio nacional expresándose en la misma, como dato negativo, la detención del actor con ocasión de un presunto delito de malos tratos en el ámbito familiar, que demuestra un comportamiento antisocial en nuestro país y que aconseja la imposición de la sanción de expulsión, en lugar de la sanción de multa. Sin embargo, al respecto de la citada detención es necesario destacar que por parte de la Administración demandada no se ha acreditado que a la detención del actor por el presunto delito de malos tratos en el ámbito familiar hayan seguido actuaciones judiciales, no pudiendo ser considerada, en consecuencia, la detención como un dato negativo por sí mismo. Debemos recordar que para que pueda ser así considerada debe seguirse por ese hecho diligencias penales en un Juzgado de Instrucción (sentencia de 19 de diciembre de 2006);

Continuando en el análisis de las circunstancias concurrentes en el presente caso, así como los documentos aportados por el actor de los que más arriba hemos hecho referencia, permiso de residencia de la esposa del actor a tenor del certificado de matrimonio, que tiene permiso de residencia y trabajo con validez hasta el día 3 de agosto de 2013 y en cuyo



domicilio también consta empadronado el actor, así como su solicitud de residencia por arraigo, el informe de carecer de antecedentes penales, y el permiso de residencia y trabajo de la que parece ser hermana del actor, con validez hasta el día 27 de agosto de 2013.

La aplicación al caso de la normativa a la que hemos hecho referencia y de la jurisprudencia de aplicación determina que proceda estimar el presente recurso dado que efectivamente no aparece justificada la imposición de la sanción de expulsión que se le ha aplicado al actor ante los datos que constan en el expediente y en las actuaciones. Por tanto ante estos datos debemos entender que desde la óptica del principio de proporcionalidad no aparece justificada la imposición de la sanción más grave de expulsión de territorio nacional frente a la multa por lo que al estimarse en este sentido el recurso, multa que resulta procedente en el caso analizado en la cantidad de 301 euros.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede imponer las costas de esta alzada a la parte recurrente pues sus pretensiones han sido desestimadas y no se aprecian circunstancias que, de contrario, justifiquen su imposición.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,
Por la potestad que nos confiere la Constitución Española;

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación número **894/12** interpuesto por don **CRISPIN RAFAEL MAMANI**, representado y asistido por el Letrado **don Pedro Fernández Bernal**, y posteriormente representado por el Procurador don Juan Pedro Marcos Moreno, contra la Sentencia de 22 de diciembre de 2011, Sentencia que, en consecuencia, revocamos en el sentido de estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo formulado contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid de de 4 de noviembre de 2008, que anulamos parcialmente sustituyendo la sanción de expulsión por la de multa de 301 euros. Sin costas

Notifíquese esta Sentencia a las partes en legal forma, haciéndoles la indicación de que contra la misma no cabe interponer recurso ordinario alguno.



Y para que esta Sentencia se lleve a puro y debido efecto, remítase certificación de la misma, junto con los autos originales, al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que dictó la resolución impugnada, el cual deberá acusar recibo dentro del término de diez días, y déjese constancia de lo resuelto en el correspondiente rollo.

Así por esta Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente, Ilma. Sra. D^a. M^a. del Camino Vázquez Castellanos, estando la Sala celebrando audiencia pública de lo que, como Secretaria, **CERTIFICO.**