



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

Sentencia 526/2016, de 13 de julio de 2016

Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 2.ª)

Rec. n.º 75/2016

SUMARIO:

Extranjería. Expulsión o multa de irregulares. Arraigo familiar. El recurrente carece de autorización de residencia en España, por lo que es patente la comisión de la infracción prevista en el artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Cuando se dice (art. 57.1 LO 4/2000) que podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio nacional, debe interpretarse en el sentido de que lo procedente es decretar la expulsión del extranjero cuando concorra un supuesto de estancia irregular, salvo que concorra alguno de los supuestos de excepción previstos en la Directiva 2008/115/CE (art. 6), y también cuando entre en consideración el interés superior de un niño, la vida familiar (el arraigo familiar en nuestro ordenamiento), y el estado de salud del extranjero, para ponderar si aplicando el principio de proporcionalidad es procedente la expulsión o la sanción de multa, la cual está prevista en nuestra Ley. Y en este caso, la sentencia de instancia no valora la paternidad de apelante que aportó a los autos copia de la hoja del libro de familia en el que consta la relación paterno-filial con nacionalidad española de origen ya que su madre es española y aun cuando el nacimiento se ha producido con posterioridad al dictado de la resolución sancionadora se trata de un hecho nuevo que de conformidad con la Ley 1/2000, aplicable supletoriamente a esta jurisdicción, ha de ser valorado en la sentencia y en este sentido la protección jurídica de la familia como principio rector de nuestra vida política social ha de llevar necesariamente a la Administración y a los órganos judiciales a valorar, con carácter general, que la existencia de un menor de edad español, hijo de un ciudadano extranjero que se encuentra en España en situación documental irregular constituye per se una circunstancia excepcional a la expulsión.

PRECEPTOS:

Código Civil, arts. 110, 143.2 y 154.

Ley Orgánica 1/1996 (Protección Jurídica del Menor) art. 11.2.

Ley 29/1998 (LJCA), art. 139 y disp. adic. primera.

Constitución Española, arts. 19 y 39.1.

Ley Orgánica 4/2000 (Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social), arts. 30, 49, 51.1, 53 y 57.1.

RD 557/2011 (Rgto. de la LO 4/2000), art. 57.1.

Directiva 2008/115/CE (normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular), arts. 4, 5 y 6.

PONENTE:

Don Juan Francisco López de Hontanar Sánchez.



www.civil-mercantil.com

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33010310

NIG: 28.079.00.3-2013/0008101

ROLLO DE APELACION Nº 75/2.016

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

Ilustrísimos Señores:

Presidente:

D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez

Magistrados:

D. José Daniel Sanz Heredero

D^a. Elvira Adoración Rodríguez Martí

D. José Ramón Chulvi Montaner

D^a. Fátima Blanca de la Cruz Mera

En la Villa de Madrid a trece de julio de dos mil dieciséis.

Vistos por la Sala, constituida por los señores del margen, de este Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el Rollo de Apelación número 75 de 2016 dimanante del Procedimiento Abreviado núm. 152 de 2013 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 30 de Madrid, en virtud del recurso de apelación interpuesto por Feliciano , representado por la Procuradora doña María Luisa Ramón Padilla y asistido por la Letrada doña Amparo Rodríguez Recio contra la Sentencia dictada en el mismo. Han sido parte la apelante y como apelado la Administración del Estado (Delegación del Gobierno en Madrid) asistida y representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El día 28 de septiembre de 2015, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 30 de Madrid en el procedimiento abreviado número 152 de 2013 dictó Sentencia cuyo fallo es



www.civil-mercantil.com

del siguiente tenor literal: « Desestimo el recurso contencioso administrativo formulado por D. Feliciano frente a la resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid identificada en el Fdo. Jco. Primero por la que se le impuso a la parte actora, la sanción de expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada en España por un período de cinco años que se confirma al ser conforme a Derecho. - Siendo de cargo de la parte recurrente las costas causadas en la presente instancia.- Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de APELACIÓN en el plazo de QUINCE DIAS a contar desde el siguiente a su notificación, advirtiéndole que deberá constituir depósito de 50 euros. Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado nº 4343-0000-94-0152-13 BANCO DE SANTANDER GRAN VIA, 29, especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 22 Contencioso-Apelación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, el código y tipo concreto de recurso debe indicarse justamente después de especificar los 16 dígitos de la cuenta expediente (separado por un espacio), lo que deberá ser acreditado al presentarse escrito de interposición del recurso, bajo el apercibimiento de que no se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido y que de no efectuarlo se dictará auto que pondrá fin al trámite del recurso.- Así lo acuerda, manda y firma el Ilmo Sr. D. MARCOS RAMOS VALLES Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 30 de los de Madrid..»

Segundo.

Por escrito presentado el 23 de octubre de 2015 la Letrada doña Amparo Rodríguez Recio en nombre y representación de Feliciano , interpuso recurso de apelación contra la citada resolución formulando los motivos de impugnación frente a la resolución recurrida y terminó solicitando que en su día previos los trámites legales se dictara Sentencia mas ajustada a derecho y a los criterios jurisprudenciales.

Tercero.

Mediante diligencia de ordenación de 27 de octubre de 2015 se admitió a trámite el recurso y se acordó dar traslado del mismo a la parte demandada, por plazo de quince días sin que por el Abogado del Estado se presentara escrito de oposición alguno.

Cuarto.

Por diligencia de ordenación de fecha 9 de diciembre de 2015 se admitió a trámite el recurso y se elevaron las actuaciones a este Tribunal, correspondiendo su conocimiento a esta sección segunda, siendo designado Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez, señalándose el día 7 de julio de 2016 a las 10:00 horas de su mañana para la deliberación votación y fallo del recurso de apelación, al no estimarse preciso por la sala ni el recibimiento a prueba ni el trámite de conclusiones.

Quinto.

En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones de los artículos 80.3 y 85 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa 29/1.998.



www.civil-mercantil.com

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Como señala la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 26 de Octubre de 1.998 el recurso de apelación tiene por objeto la depuración de un resultado procesal obtenido en la instancia de tal modo que el escrito de alegaciones del apelante ha de contener una crítica de la sentencia impugnada que es la que debe servir de base para la pretensión sustitutoria de pronunciamiento recaído en primera instancia. La jurisprudencia - Sentencias de 24 de noviembre de 1987 , 5 de diciembre de 1988 , 20 de diciembre de 1989 , 5 de julio de 1991 , 14 de abril de 1993 , etc.- ha venido reiterando que en el recurso de apelación se transmite al Tribunal "ad quem" la plena competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas, por lo que no puede revisar de oficio los razonamientos de la sentencia apelada, al margen de los motivos esgrimidos por el apelante como fundamento de su pretensión, que requiere, la individualización de los motivos opuestos, a fin de que puedan examinarse dentro de los límites y en congruencia con los términos en que esta venga ejercitada, sin que baste con que se reproduzcan los fundamentos utilizados en la primera instancia, puesto que en el recurso de apelación lo que ha de ponerse de manifiesto es la improcedencia de que se dictara la sentencia en el sentido en que se produjo. Así pues, los recursos de apelación deben contener una argumentación dirigida a combatir los razonamientos jurídicos en los que se basa la sentencia de instancia. En este sentido las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de abril y 14 de junio de 1991 , indican que el recurso de apelación no tiene por objeto reabrir el debate sobre la adecuación jurídica del acto administrativo, sino revisar la Sentencia que se pronunció sobre ello, es decir, la depuración de un resultado procesal obtenido con anterioridad, por lo que el escrito de alegaciones del apelante ha de ser, precisamente, una crítica de la Sentencia impugnada con la que se fundamente la pretensión revocatoria que integra el proceso de apelación , de suerte que, si esa crítica se omite, se priva al Tribunal ad quem del necesario conocimiento de los motivos por los que dicha parte considera a la decisión judicial jurídicamente vulnerable, sin que se pueda suplir tal omisión ni eludir la obligada confirmación de la Sentencia por otro procedimiento, ya que la revisión de ésta no puede "hacerse de oficio por el Tribunal competente para conocer del recurso ". Sin embargo el incumplimiento de dichos requisitos no constituye causa de inadmisión del recurso de apelación sino de desestimación

Segundo.

Es un hecho acreditado y no discutido que el recurrente carece de autorización de residencia en España, por lo que es patente la comisión de la infracción prevista en el artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero , sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. No obstante el recurrente alega que la sanción de expulsión es infringe el principio de proporcionalidad.

Tercero.

Sobre ello debemos decir que en los supuestos de estancia irregular del artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero , sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social la jurisprudencia del Tribunal Supremo, expuesta en la Sentencia de la sala Tercera del Tribunal Supremo (sección 5ª) de 28 de Febrero de 2007



www.civil-mercantil.com

, 9 de Marzo de 2007, afirmaba 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 la 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". 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), y el encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida, según el artículo 53 -b), pueden ser sancionados o con multa o con expulsión. 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

Cuarto.

Sin embargo la aplicación de esta jurisprudencia debemos matizarla a la vista de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015, asunto C-38/2011 , que resuelve una cuestión prejudicial planteada y relativa a la interpretación de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia irregular. Esta matización ya ha sido realizada por esta misma Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sección 3ª, en sentencia (entre otras), de 8/12/2016 (recurso de apelación 585/2015), aplicando la Directiva conforme a la primacía del Derecho de la Unión sobre el interno, tal y como se proclamó por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 9 de marzo de 1978 (asunto C- 106/77 , Simmenthal). Y en la misma línea argumental



www.civil-mercantil.com

debemos pronunciarnos en la presente sentencia. El artículo 6 de la citada Directiva (Directiva retorno), regula la llamada "decisión de retorno", señalando:

1. Los Estados miembros dictarán una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio, sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5.

2. A los nacionales de terceros países que se encuentren en situación irregular en el territorio de un Estado miembro y sean titulares de un permiso de residencia válido u otra autorización que otorgue un derecho de estancia expedido por otro Estado miembro se les exigirá que se dirijan de inmediato al territorio de dicho Estado miembro. En caso de que el nacional de un tercer país de que se trate no cumpla esta exigencia, o si fuera necesaria su salida inmediata por motivos de orden público o de seguridad nacional, se aplicará el apartado 1.

3. Los Estados miembros podrán abstenerse de dictar una decisión de retorno contra un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio si otro Estado miembro se hace cargo del mencionado nacional en virtud de acuerdos o convenios bilaterales vigentes en la fecha de entrada en vigor de la presente Directiva. En ese caso, el Estado miembro que se haya hecho cargo del nacional de un tercer país de que se trate aplicará el apartado 1.

4. Los Estados miembros podrán, en cualquier momento, decidir conceder a un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio un permiso de residencia autónomo u otra autorización que otorgue un derecho de estancia por razones humanitarias o de otro tipo. En este caso no se dictará ninguna decisión de retorno. De haberse ya dictado, se revocará la decisión de retorno o se suspenderá durante el periodo de validez del permiso de residencia o de otra autorización que otorgue un derecho de estancia.

5. Si el nacional de un tercer país que se halla en situación irregular en el territorio de un Estado miembro tiene pendiente un procedimiento pendiente de renovación del permiso de residencia u otra autorización que otorgue el derecho de estancia, el Estado miembro considerará la posibilidad de abstenerse de dictar una decisión de retorno hasta que finalice el procedimiento pendiente, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6.

6. La presente Directiva no impedirá a los Estados miembros adoptar una decisión sobre la finalización de la situación regular, unida a una decisión de retorno y/o de expulsión y/o a una prohibición de entrada, en una única decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial, si así lo dispone su legislación nacional, sin perjuicio de las garantías procedimentales previstas en el Capítulo III y otras disposiciones pertinentes del Derecho comunitario y nacional.

Quinto.

Por su parte, la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015, asunto C-38/2011, afirma que: " La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, en particular sus artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, en relación con su artículo 4, apartados 2 y 3, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho Estado, impone, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí ". De ello se desprende que según la interpretación del Tribunal de Justicia, la Directiva 2008/115/CE impone a los



www.civil-mercantil.com

Estados miembros, ante la constatación de la situación de estancia irregular de un nacional de un tercer estado, la adopción de una decisión de retorno y que, en caso de no respetarse la obligación de retorno en el plazo concedido, o aun cuando no se haya señalado plazo, se adopten de las medidas necesarias para llevar a efecto el retorno, sin que tales consecuencias puedan ser sustituidas por una sanción de multa excluyente de la decisión de retorno y sin perjuicio de aplicar las excepciones que el propio artículo 6 de la Directiva contempla en sus apartados 2 a 5.

Sexto.

Por tanto, al interpretar la ley nacional debemos estar a lo señalado por la Directiva y lo resuelto por la sentencia del citado TJUE, por lo que el artículo 57.1 de Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social cuando dice que podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio nacional, debe interpretarse en el sentido de que lo procedente es decretar la expulsión del extranjero cuando concurra un supuesto de estancia irregular, salvo que concurra alguno de los supuestos de excepción previstos en los apartados 2 a 5 del artículo 6 de la Directiva retorno. Y dicha doctrina del TJUE, que el órgano encargado de la interpretación del derecho comunitario y que debe aplicarse de conformidad con el principio de primacía del mismo y ello aunque los hechos hayan ocurrido en fecha anterior al 23 de abril de 2015 e incluso aunque la resolución sancionadora sea anterior a dicha fecha pues lo que se trata es de aplicar el derecho de la unión, en concreto la Directiva 2008/115/CE, que es anterior a la comisión de los hechos, sin que puede apreciarse la infracción del principio de confianza legítima, en la medida que nos encontramos ante un procedimiento sancionador, debiendo indicarse que se trata de aplicar una norma comunitaria según la interpretación del TJUE, rigiendo el principio "iura novit curia" debiendo indicarse que el Tribunal aplica no la Sentencia dictada por el TJUE sino directamente la Directiva 2008/115/CE,

Séptimo.

No obstante lo anterior, también debemos tener en cuenta lo que establece el artículo 5 de la Directiva. En efecto dicho artículo al regular la "no devolución, interés superior del niño vida familiar y estado de salud", dispone que: Al aplicar la presente Directiva, los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta: a) el interés superior del niño, b) la vida familiar, c) el estado de salud del nacional de un tercer país de que se trate, y respetarán el principio de no devolución. En consecuencia, conforme al artículo 5 de la Directiva retorno, al adoptar la decisión de retorno deben tenerse también en cuenta esas circunstancias. Ello implica que no sólo los supuestos de los apartados 2 a 5 del artículo 6 de la Directiva permiten no adoptar una decisión de retorno (la expulsión en nuestro ordenamiento), sino que debemos tener "debidamente en cuenta" el interés superior del niño, la vida familiar (el arraigo familiar en nuestro ordenamiento), y el estado de salud del extranjero, para ponderar si aplicando el principio de proporcionalidad es procedente la expulsión o la sanción de multa, la cual está prevista en nuestra Ley.

Octavo.

Pues bien, en el presente caso debemos apreciar si concurre alguna de las excepciones anteriormente reseñadas, que son las únicas que pueden impedir la expulsión. Ya

**CEF.-****Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**

www.civil-mercantil.com

no se trata de valorar si existe arraigo sino si concurre : a) el interés superior del niño, b) la vida familiar, c) el estado de salud del nacional de un tercer país de que se trate, y respetarán el principio de no devolución. Respecto de dichas circunstancias la sentencia no valora la paternidad de apelante que aportó a los autos copia de la hoja del libro de familia en el que consta la relación paterno-filial con Benito nacido el día NUM000 y con nacionalidad española de origen ya que su madre Mercedes es española. Aun cuando el nacimiento se ha producido con posterioridad al dictado de la resolución sancionadora se trata de un hecho nuevo que de conformidad con la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil aplicable supletoriamente a esta jurisdicción conforme a lo dispuesto en la disposición adicional primera de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa ha de ser valorado en la sentencia y en este sentido la protección jurídica de la familia como principio rector de nuestra vida política social ha de llevar necesariamente a la Administración y a los órganos judiciales a valorar, con carácter general, que la existencia de un menor de edad español, hijo de un ciudadano extranjero que se encuentra en España en situación documental irregular constituye per se una circunstancias excepcional (STS 14 de enero de 1997, STS 1 de diciembre de 2003, ambas de la Sección 6ª y STS de 26 de enero de 2005 de la Sección 5ª). La protección integral de la familia, y muy especialmente la de los menores, tiene como lógica consecuencia que los poderes públicos queden obligados a garantizar la posibilidad de que el menor pueda convivir con sus progenitores, entendiendo, de conformidad con lo previsto en el art. 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, que el mantenimiento del menor en su medio familiar de origen es el entorno más adecuado para el desarrollo de su personalidad, salvo que no sea connivente para su superior interés.- Por tanto, a priori el primer derecho del hijo menor de edad es estar, crecer, criarse y educarse con sus padres, derecho que, tal y como señala el Tribunal Supremo, en la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2005 dictada en el el Recurso de casación 1164/2001, afirma que la existencia de ese hijo español es fundamental para la resolución de este recurso de casación, si se tienen en cuenta las siguientes ideas: 1ª.- La Constitución Española establece como principios rectores de la política social, económica y jurídica de la familia (artículo 39-1), así como el de la protección integral no sólo de los hijos, sino también de las madres (artículo 39-2). En consecuencia con ello, el artículo 11-2 de la Ley 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, dispone que serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos los siguientes: a) La supremacía del interés del menor. b) El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés. c) Su integración familiar y social. Así pues, puede decirse que, aunque no esté literalmente dicho en las normas (aunque sí lo está en su espíritu), el primer derecho del hijo menor de edad es estar, crecer, criarse y educarse con su madre. Se trata de un derecho derivado de la propia naturaleza, y, por lo tanto, más fuerte y primario que cualquier otro derecho de configuración legal. 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). 2ª.- El ordenamiento jurídico español no permite la expulsión del territorio nacional de ciudadanos españoles. (La comisión por un español de un delito o de una infracción administrativa son castigados con determinadas penas o sanciones, pero nunca con la expulsión del territorio nacional; fuera del supuesto de medida cautelar o sanción penal, "los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional", según el artículo 19 de la Constitución Española). 3ª.- La orden de



www.civil-mercantil.com

expulsión de la madre, que aquí se recurre, o bien es también una orden implícita de expulsión de su hijo menor, que es español (lo que infringe el citado principio de no expulsión de los nacionales) o bien es una orden de desmembración cierta de la familia, pues la expulsión decretada provoca ineludiblemente la separación del hijo y de la madre, (lo que viola los preceptos que hemos citado de protección a la familia y a los menores). Ni las normas sobre extranjería ni el sólo sentido común pueden admitir que la madre de un español sea una pura extranjera y se la trate como a tal; que el hijo español tenga todos los derechos y su madre no tenga ninguno, y que, en consecuencia, pueda expulsarse a la madre de España como una simple extranjera y quede en España el menor con todos sus derechos, pero sólo y separado de su madre. Todo esto ha de entenderse dejando a salvo, obviamente, los supuestos de privación de patria potestad y aquellos en los que quede debidamente acreditado que el progenitor se ha desentendido de los deberes propios de su condición. Es preciso recordar que el ordenamiento jurídico español no permite la expulsión del territorio nacional de ciudadanos españoles. Sin embargo, la expulsión de territorio nacional de los padres de un español supone una expulsión implícita de su hijo menor, que es español, o bien, es, conforme señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2005 : "una orden de desmembración cierta de la familia" pues la expulsión decretada provocaría, en este caso, e ineludiblemente, la separación del hijo de su padre, y probablemente, si llegara el caso, también, de su madre, por lo que ahora se dirá (lo que comportaría quebrantar los preceptos que se acaban de citar sobre protección a la familia y a los menores). En el caos presente Ha de indicarse por otra parte que el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril y que ha entrado en vigor el pasado 30 de Junio de 2011 que recoge en consonancia con la doctrina de nuestros Tribunales y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se introduce la figura del arraigo familiar para progenitores de menores españoles, una figura nueva regulada en el artículo 124 permitiendo la concesión del permiso de residencia por arraigo familiar sin requisito complementario alguno: 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. En consecuencia debe estimarse el recurso de apelación y anular el acto administrativo objeto de impugnación.

Noveno.

De conformidad con el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso en segunda instancia se impondrán las costas al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición. En el caso presente al estimarse el recurso no procede condena en costas en esta segunda instancia y respecto de las costas en primera instancia. el apartado primero del artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , en su redacción establecida por la Ley 37/2011, de medidas de agilización procesal, en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En los supuestos de estimación o desestimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, las imponga a una de ellas por haber sostenido su acción o interpuesto el recurso con mala fe o temeridad. La aplicación de los criterios establecidos en la sentencia TJUE de de 23 de abril de 2015 , supone la



www.civil-mercantil.com

existencia de dudas de derecho suficientes para no formular pronunciamiento respecto de las constas de primera instancia.

Vistas las disposiciones legales citadas

FALLAMOS

QUE ESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la Letrada doña Amparo Rodríguez Recio en nombre y representación de Feliciano , y en su virtud revocamos la Sentencia dictada el día 28 de septiembre de 2015 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 30 de Madrid en el procedimiento abreviado número 152/2013 y ANULAMOS la Resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid de 6 de febrero de 2013 que acuerda la expulsión de la recurrente del territorio español con la consiguiente prohibición de entrada en España por el periodo de cinco años, sin especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en primera y segunda instancia por lo que cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes lo serán por mitad.

Notifíquese la presente resolución a las partes con la advertencia de que contra la misma no cabe recurso alguno y verificado remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución, en su caso.

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

D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez D. José Daniel Sanz Heredero

D^a. Elvira Adoración Rodríguez Martí D. José Ramón Chulvi Montaner

D^a. Fátima Blanca de la Cruz Mera

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.