

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

Sección Décima C/ Génova, 10, Planta 2 - 28004

33010280

NIG: 28.079.00.3-2018/0002519

**Recurso de Apelación 25/2019**

Recurrente: DELEGACION DEL GOBIERNO EN MADRID

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

Recurrido: D./Dña. N.P.O

PROCURADOR D./Dña. ANA MARIA ESPINOSA TROYANO

**SENTENCIA N° 248/2019**

*En Madrid a 28 de marzo de 2019.*

Visto el presente recurso de apelación, seguido ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, contra la sentencia de fecha 23 de octubre de 2018, dictada en el procedimiento abreviado 57/2018, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N° 16 de Madrid, en el que ha sido parte apelante la DELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN MADRID, representada por el ABOGADO DEL ESTADO, y apelada DON N.P.O., representado por la Procuradora Dña. ANA ESPINOSA TROYANO, turnándose la ponencia a la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Ana Rufz Rey, quien expresa el parecer de la Sala.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. Contra la sentencia referida ut supra se interpuso recurso de apelación mediante escrito presentado en plazo en mérito a las alegaciones que en tal escrito se contienen y que son dadas aquí por reproducidas en aras de la brevedad. Admitido el mismo, se dio a los autos

legal curso en sede de Instancia, con traslado a la demandada que lo impugno.

SEGUNDO. Por Diligencia de Ordenación se acordó remitir las actuaciones a esta Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El presente recurso de apelación se interpone contra la Sentencia número 235/2018, de 23 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 16 de Madrid y su provincia en el marco del Procedimiento Abreviado 57/2018, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

*“Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Don N.P.O. contra la resolución de la Delegada del Gobierno de Madrid, de 21 de noviembre de 2017, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 28 de abril de 2017, por la que se decreta la expulsión del actor del territorio nacional, por carecer de residencia legal en España, con la consiguiente prohibición de entrada en espacio Schengen por un periodo de cinco años, en expediente 2417-COMISARIA DE LEGANES y anulo dicha resolución, por considerar que la misma no es de conformidad a derecho, sin expresa condena en costas.”*

Se recurre en el pleito principal la resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid, de 21 de noviembre de 2017, por la que se desestimó el recurso de reposición formulado frente a la de fecha 28 de abril de 2017, mediante la que impuso al aquí recurrente, natural de Nigeria, la sanción de expulsión del territorio nacional con la consiguiente prohibición de entrada en España por un período de cinco años.

Recaída sentencia estimatoria en los términos anteriormente apuntados, el Sr. Abogado del Estado formula recurso de apelación solicitando su revocación y el dictado de una nueva sentencia que confirme la actuación administrativa.

De contrario, Don N.P.O., ha formulado oposición al recurso de apelación.

La juez a quo estima las pretensiones del recurrente con base en el contenido de la Sentencia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015, Sentencia ZAIZOUNE (C-38/14), según la cual un

extranjero que no sea ciudadano de la Unión y se encuentre en situación irregular en España no debe ser multado, sino expulsado, salvo que concurra alguna de las circunstancias excepcionales que justificarían la anulación de la expulsión, entre ellas, la vida familiar.

La ratio decidendi de la resolución de instancia, tras descartar las alegaciones sobre infracción del principio de proporcionalidad, se expone en su Fundamento de Derecho Cuarto en los siguientes términos;

*“CUARTO.- En definitiva y en aplicación de la doctrina expuesta, aunque al recurrente le constan diversas detenciones por usurpación de estado civil y falsificación de documentos, no figura que le consten antecedentes penales, por lo que el recurso debe prosperar, pues hemos de tener en cuenta las sentencias que han sido transcritas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del T.S, las cuales, prevén la expulsión como única medida de aplicación a situaciones irregulares, salvo que concurra la situación de arraigo prevista en el artículo 6 de la Directiva, que enerva la resolución de expulsión y que se da, cuando el extranjero conviva con hijos menores que residan legalmente en España.*

*Así, examinada la documental aportada a los autos, que no ha sido impugnada por la Administración, en ella se constata que el recurrente tiene dos hijos menores, nacidos en España, con residencia legal en este país, que conviven con aquel y con su progenitora, Dña. L.J., tal como se acredita por el volante de empadronamiento y la copia del libro de familia aportado a los autos, que a su vez, la madre dispone también de residencia legal en España, vigente hasta el 12 de enero de 2022, en el domicilio que figura en el volante de empadronamiento, C/ ....., de Leganés, por lo que a tenor de los artículos 5 y 6 de la Directiva Europea a la que venimos haciendo mención, se debe garantizar la convivencia familiar y la protección de los menores, cuya salida inmediata del recurrente, (si se ejecuta la orden de expulsión), incidiría negativamente, tanto en esa convivencia como en su relación con los menores, por lo que en virtud del contenido de la Directiva, procede estimar el presente recurso, anulando la orden de expulsión”.*

Al amparo procesal del supuesto error en la valoración de la prueba, el Sr. Abogado del Estado alega que las circunstancias de arraigo y vida familiar puestas de manifiesto en la instancia son insuficientes para anular la resolución administrativa de expulsión. Se insiste en que ni la pareja ni los hijos menores tienen nacionalidad española, el certificado de empadronamiento no acredita la realidad de las relaciones paternofiliales,

el afectado no trabaja, por lo que no contribuye al mantenimiento de la familia, y se le han denegado diversas autorizaciones, presentado diversos antecedentes policiales que evidencian que no acata la norma de convivencia.

Tal como se recoge en la Sentencia impugnada, el interesado es padre de dos menores nacidos en territorio nacional en los años 2010 y 2016, fruto de su relación con D<sup>a</sup>. L.J., también natural de Nigeria, quien cuenta con un permiso de residencia de larga duración que autoriza a trabajar vigente hasta el 12 de enero de 2022.

Todos ellos figuran empadronados en el mismo domicilio y los menores tienen asimismo autorizaciones de residencia de larga duración dependientes de su madre. En vía de apelación se ha presentado la citación del hijo mayor para su comparecencia en el Registro civil el 10 de enero de 2019 para notificarle la resolución de obtención de la nacionalidad española. Esto, no obstante, es lo cierto que a día de hoy no se ha acreditado tal circunstancia.

Asiste la razón al apelante cuando pone de relieve que los datos del padrón no acreditan, per se, las relaciones paternofiliales. Ahora bien, puede valorarse como un indicio que, en este concreto caso, nos conduce a presumir su existencia habida cuenta que, a pesar de las reseñas policiales, el interesado no tiene ningún antecedente penal que evidencie una ruptura de tales vínculos o una conducta antisocial que demande una mayor actividad probatoria de su vida familiar.

Así las cosas, la Sala considera que la vida familiar del afectado es suficiente para anular la resolución administrativa impugnada en la instancia, en aplicación del artículo 5 de la Directiva precitada.

## **FALLAMOS**

**DESESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia número 235/2018, de 23 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 16 de Madrid y su provincia en el marco del Procedimiento Abreviado 57/2018, **QUE CONFIRMAMOS EN SUS PROPIOS TÉRMINOS.**