



Roj: **STSJ BAL 9/2016 - ECLI: ES:TSJBAL:2016:9**

Id Cendoj: **07040330012016100009**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **27/01/2016**

Nº de Recurso: **232/2015**

Nº de Resolución: **23/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARIA CARMEN FRIGOLA CASTILLON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD**

**PALMA DE MALLORCA**

**SENTENCIA: 00023/2016**

APELACIÓN

ROLLO SALA Nº 232/2015

AUTOS DE PROCEDIMIENTO ABREVIADO Nº 26/2014

JUZGADO CONTENCIOSO Nº 3

**SENTENCIA Nº 23**

En Palma de Mallorca a 27 de Enero del 2016.

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. Gabriel Fiol Gomila

MAGISTRADOS

D. Pablo Delfont Maza

D<sup>a</sup>: Carmen Frigola Castellón

**VISTOS** por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears los autos seguidos en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Palma de Mallorca, con el número de autos nº 26/2014 y nº de rollo de apelación de esta Sala 232/2015. Actúa como parte apelante D. Amador representado por por la Procuradora Sra. Magdalena Darder Balle y defendido por la Letrada Sra. M<sup>a</sup> del Carmen Serra Badía y se adhiere a la apelación la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO representada por el Abogado del Estado.

Constituye el objeto del recurso contencioso la Resolución de la Delegada de Gobierno de les Illes Balears de 21 de noviembre de 2013 que deniega la autorización de residencia temporal inicial por circunstancias excepcionales de arraigo familiar.

La sentencia número 103/2015 de Once de marzo de 2015 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Palma desestima el recurso contencioso-administrativo y confirma el acto impugnado.

Ha sido Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Dña. Carmen Frigola Castellón, quien expresa el parecer de la Sala.

**ANTECEDENTES DE HECHO:**



**PRIMERO:** La sentencia nº 103/2015 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Palma en los autos seguidos por los trámites de procedimiento abreviado y de los que trae causa el presente rollo de apelación decía literalmente en su fallo:

"QUE DEBO DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por D. Amador contra la Resolución de la Oficina de Extranjeros de la Delegación del Gobierno en las Islas Baleares de 21 de noviembre de 2013 por la que se deniega la autorización de residencia temporal inicial por circunstancias excepcionales de arraigo familiar.

Se imponen las costas a la parte actora con el límite señalado de 200 euros."

**SEGUNDO:** Contra la anterior resolución interpuso la defensa del recurrente recurso de apelación en tiempo y forma siendo admitida en ambos efectos. Se adhirió a la apelación la defensa de la Administración respecto al criterio apuntado en la sentencia en torno a los antecedentes y solicitó la desestimación de la apelación.

**TERCERO:** No se solicita práctica de prueba ni trámite de vista o conclusiones.

**CUARTO:** Se ha seguido el recurso con arreglo a los trámites de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa, quedando los autos conclusos para dictar sentencia, señalando para la votación y fallo el día 27 de enero de 2016.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

**PRIMERO:** Se aceptan los de la sentencia apelada.

La sentencia de instancia ha confirmado la denegación del permiso de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo solicitado por el recurrente natural de Guinea Conakry solicitado el 19 de abril de 2012 al constatar la Administración que el recurrente tenía antecedentes penales no cancelados dado que fue condenado en sentencia penal de 17 de septiembre de 2008 del Juzgado Penal nº 2 de Palma en la causa de Procedimiento Abreviado 237/2008, declarada firme el 9 de febrero de 2009 que motivó la ejecutoria nº 1.197/2009 del Juzgado Penal nº 8 de Palma.

La Sentencia resuelve con apoyo en la sentencia de esta Sala nº 22/2015 de 28 de enero que la inexistencia de antecedentes penales o que estos estén cancelados en los supuestos de arraigo familiar no es un requisito exigible conforme al artículo 31-3 de la LO 4/2000 y artículos del Real Decreto 557/2011 del vigente Reglamento de Extranjería que mantiene distinto tratamiento, para la residencia temporal general (Título IV), de la residencia temporal por "circunstancias excepcionales" (Título V).

Sin embargo a continuación analiza a tenor de las argumentaciones vertidas por el Abogado del Estado en su contestación a la demanda si se dan los requisitos para que conforme al Reglamento de Extranjería pueda concederse ese permiso de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo familiar y concluye que no se dan en tanto que la menor de nacionalidad española e hija del recurrente no convive con el padre y no se demuestra que este mantenga a la menor no aceptando como prueba suficiente a los efectos de acreditar que la menor está a cargo del recurrente, y que obra en el expediente administrativo consistente en una manifestación notarial de la abuela materna de la menor.

Frente a esa sentencia se alza en apelación la defensa del padre y demandante que considera que no es posible que el Abogado del Estado introduzca un hecho nuevo como causa denegatoria puesto que si el motivo o razonamiento que fundamenta la denegación del permiso solicitado que aparece en el acto impugnado es solamente la no cancelación de los antecedentes penales, no es posible ahora introducir otro elemento como causa justificativa de esa denegación.

Por su parte el Abogado del Estado se adhiere a la apelación porque pretende de la Sala la revisión del criterio ya expuesto en esa sentencia nº 22/2015 de que la existencia de antecedentes penales o su no cancelación no son causa obstativa de la concesión del permiso de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo familiar, poniendo de manifiesto que otros Tribunales Superiores de Justicia discrepan de este criterio citando la sentencia 1788/2014 de 15 de septiembre que sí exige el requisito de inexistencia de antecedentes penales para esa misma concesión.

**SEGUNDO:** Los antecedentes de los que se parte para el debate son los siguientes:

1º.- Según certificado del Juzgado Penal nº 8 de Palma aportado en el acto del plenario por la parte el Sr. Amador tiene extinguidas todas las penas impuestas por la sentencia dictada por el Juzgado Penal nº 2 de Palma que le impuso una pena de 6 meses de prisión y 6 meses de inhabilitación especial del derecho de sufragio con 6 meses de días multa a razón de 6 euros diarios como autor de un delito de falsificación imprudente de documentos públicos del artículo 391 del CP . Un mes de multa a razón de seis



euros diarios por falta de resistencia y dos meses multa a razón de seis euros diarios por falta de daños con una indemnización civil de 135 euros al perjudicado Policía Local de Lluçmajor con carnet profesional NUM000 y una indemnización de 248'60 euros al Policía Local de LLuçmajor con carnet profesional NUM001

El certificado detalla que la pena privativa de libertad fue extinguida el 21 de agosto de 2011 y abonadas la totalidad de las multas e indemnizaciones impuestas en la fecha de 9 de agosto de 2011.

2º.- El recurrente solicitó la concesión de permiso de residencia por circunstancias excepcionales el 19 de abril de 2012

3º.- En el expediente administrativo se aportó como documentación que es padre de una menor de nacionalidad española llamada Eva María nacida en Palma el NUM002 de 2000 fruto de la convivencia more uxoris del recurrente con Dña. Felicidad .

4º.- En el expediente administrativo consta que la menor figura empadronada en la CALLE000 nº NUM003 NUM004 piso puerta NUM005 del Coll d'en Rebassa de Palma

5º.- En el expediente administrativo se aportó también Acta de manifestaciones notarial extendida por Dña. Victoria abuela materna de la menor quien señala que vive en la CALLE000 nº NUM003 NUM004 puerta NUM005 del Coll d'en Rebassa convive con su nieta Eva María a quien tiene en régimen de acogida. Expone que su padre, el Sr. Amador que manifiesta la compareciente vive en la CALLE001 nº NUM006 NUM007 - NUM004 de El Arenal cada día acompaña a su hija y la lleva desde su domicilio en la CALLE000 nº NUM003 del Coll al colegio Infante Don Felipe de El Molinar y luego la recoge al mediodía y la devuelve a su casa a comer comiendo incluso algunos días con la menor. Que los fines de semana de viernes por la tarde a domingo los pasa con su padre entregándola al domicilio sobre las 20 o 21 horas del domingo y que la niña tiene una excelente relación con el padre.

Con tales extremos pueden concluirse los siguientes puntos:

a) Los antecedentes penales no están cancelados en tanto que el plazo de dos años para su cancelación se inicia desde la fecha 21 de agosto de 2011 por lo que ese plazo finaliza el 21 de agosto de 2013. Como en el caso de autos el Sr. Amador solicitó el permiso el 19 de abril de 2012 en esa fecha no habían transcurridos los dos años para poder entender extinguidos esos antecedentes penales.

b) Además sería exigible que esos antecedentes penales estuvieran cancelados o en vías de estarlo en la fecha en que el recurrente solicitó la autorización por circunstancias excepcionales, con independencia de que a la fecha del dictado de la sentencia haya transcurrido ya ese plazo.

c) Dña. Victoria abuela materna de la menor Eva María ha manifestado ante el Notario que tiene a la menor en su domicilio en régimen de acogida, extremo que no ha sido desvirtuado por la parte actora. Lo cual significa que es la Entidad Pública la que ha adoptado la medida de acogimiento familiar de la menor en el domicilio de la abuela con perfecto conocimiento de sus progenitores y por lo tanto es la Administración la que tiene sobre esa menor la potestad de guarda y custodia cedida en acogimiento familiar a su abuela materna en interés de la menor conforme al artículo 172 c) del Código Civil , y no son sus progenitores los que ostentan sobre su hija los deberes de guarda y custodia y demás propios de las relaciones paterno filiales.

**TERCERO:** Expuestos los términos de los que se parte para la resolución del debate iniciemos el análisis de los argumentos de la apelación formulada por el recurrente.

Esa parte cuestiona que se pueda introducir en el debate hechos nuevos que no han sido tenidos en cuenta en la Resolución impugnada que se ciñe para la denegación de la autorización solicitada en que los antecedentes penales no están cancelados.

Desde luego todo lo que en el expediente administrativo figure puede ser tenido en cuenta para defender o atacar el acto administrativo impugnado. El Abogado del Estado en su pretensión defensiva del acto impugnado utilizó esos datos para denunciar que no se daban las circunstancias para poder conceder el permiso solicitado, pues en la demanda defendía que los antecedentes penales estaban cancelados tomando como días a quo la fecha de la firmeza de la sentencia, extremo este que no es válido, porque obviamente primero ha de cumplirse la pena y después transcurrir el plazo necesario fijado en el Código Penal para que esos antecedentes penales puedan ser cancelados, y esa extinción total de pena tuvo lugar el 21 de agosto de 2011, por lo que los dos años establecidos en el artículo 136-1 b) del CP para los delitos cuyas penas no excedan de doce meses y delitos por imprudencia, corren a partir de esa fecha de total extinción de penas. Y además, esos dos años deben haber transcurrido ya en el momento en que se solicita la autorización o permiso, por lo que no se cumple dicho requisito si ese plazo se cumple con posterioridad.



Pero es que además la demanda planteaba también que la existencia de antecedentes penales no cancelados en el supuesto de la petición de permiso de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo familiar no era un requisito exigible. Y esa tesis es la que prosperó en la sentencia de instancia. Extremo que no concuerda el Abogado del Estado motivo por el cual formuló su adhesión a la apelación. Pero sobre esa cuestión volveremos después, debiendo continuar ahora con el argumento de si es posible o no utilizar otros argumentos no expuestos en el acto impugnado para la defensa de este que es lo que en apelación denuncia la parte recurrente.

Y la respuesta debe ser afirmativa. Y es que no es lo mismo las pretensiones que los argumentos en apoyo o ataque del acto administrativo impugnado. En efecto es posible y válido que en la postura de atacar el acto o bien de defenderlo, desde la perspectiva de la defensa de la Administración, que aquellos datos que ya figuren en el expediente administrativo tramitado, puedan ser puestos en valor. Así la parte actora puede a la vista del expediente denunciar la caducidad del mismo en su recurso contencioso o la prescripción u otras cuestiones que se deduzcan del propio expediente. Y desde la perspectiva de la Administración también puede argumentarse cuestiones que se deduzcan y reflejen del propio expediente en el ejercicio de defensa del acto impugnado. Y ello no causa indefensión a ninguna de las partes que pueden y tienen oportunidad de rebatir esa argumentación en el plenario e inclusive practicar prueba al respecto. En efecto, el Abogado del Estado en el plenario defendió que era necesario la cancelación de los antecedentes penales, Pero en segundo lugar y para el caso de considerarse que los antecedentes penales no eran obstativos en el supuesto de permiso por circunstancias excepcionales de arraigo familiar defendió también que no se daba el supuesto para conceder esa autorización al no cumplirse los requisitos del artículo 124-3 del RD 557/2011 al no tener el recurrente a la menor en su compañía ni demostrar que corría con sus gastos y atención. Y ese argumento fue también el que prosperó en la Sentencia.

Y la Sala concuerda que efectivamente no se dan los requisitos establecidos en ese artículo. El supuesto de autos que analizamos es exactamente el mismo que ya resolvimos en sentencia nº 458/2014 de 30 de septiembre . En esa sentencia ya se dijo que en los supuestos de permiso por circunstancias excepcionales de arraigo familiar no eran obstativos los antecedentes penales pero debían cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 124-3 a) del Real Decreto 557/2011 o sea que 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 el caso de autos es meridianamente claro que ello no se cumple pues no sólo no convive la menor con su padre, sino que vive bajo un régimen de acogimiento con su abuela materna. Y ello implica que la Administración ha tenido constancia de la situación de desamparo en la que en algún momento ha estado esa menor y que por ello le ha impuesto un régimen de acogimiento a favor de la abuela materna. Por lo tanto es patente que el padre y ahora recurrente ni ostenta la guarda y custodia sobre ella, ni tiene obligaciones de mantenimiento económico para con ella en virtud de algún convenio económico suscrito entre los padres para el caso de separación o divorcio de los progenitores, porque todas esas obligaciones propias de los progenitores las asume su abuela materna con la figura del acogimiento. Al fin resulta intrascendente que la menor tenga una inmejorable relación con su padre y este cumpla visitas de fin de semana, si a la vez se demuestra que la menor vive bajo el régimen de acogida con su abuela.

En definitiva se concuerdan los argumentos expuestos en la sentencia que conducen a la desestimación del recurso y consecuentemente desestimamos la apelación planteada por la defensa del recurrente.

**CUARTO:** En cuanto a la adhesión a la apelación formulada por el Abogado del Estado al discrepar de la sentencia de instancia en torno a que los antecedentes penales, en los supuestos de permisos de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo familiar no sean obstativos para la concesión de esas autorizaciones.

Ciertamente la sentencia se apoya en la nuestra dictada el 28 de enero de 2015 y sentencia nº 22/2015 . Y podemos añadir a esta sentencia las también dictadas en esta Sala con los nº 338/2015 de 26 de mayo , 458/2014 de 30 de septiembre que, repetimos, es un caso idéntico al que ahora analizamos, y la sentencia nº 598/2014 de 25 de noviembre . Por lo tanto es un criterio establecido de esta Sala que en los supuestos de permiso de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo familiar, que no en los supuestos de arraigo laboral y social, los antecedentes penales vigentes no constituyen un obstáculo para la concesión del permiso. Y debemos reafirmarnos nuevamente en ese criterio y es que es claro que el artículo 31-3 de la LO 4/2000 remite para los supuestos excepcionales a la disposición reglamentaria. Y el Reglamento de Extranjería separa los supuestos de residencia temporal regulando la situación general en el Título IV y en el V los supuestos excepcionales entre los que detalla los supuestos de arraigo, protección internacional, razones humanitarias, colaboración con autoridades públicas o razones de seguridad nacional o interés público, previstos en los artículos siguientes.



Y en el artículo 124 incluye tres clases de arraigo, el laboral en el apartado 1, el social en el apartado 2 de dicho artículo y el familiar en el apartado 3º. Tanto en el apartado 1 como en el apartado 2 en ambos casos se exige que no haya constancia de antecedentes penales. Sin embargo en el apartado 3 nada dice al respecto y como ya decíamos en la Sentencia nº 22 de 28 de enero de 2015 ello es así porque ese extranjero con antecedentes penales vigentes, padre de un menor de nacionalidad española, si tuviera que salir forzosamente del país arrastraría a su hijo menor de edad y ciudadano pleno de la UE a tener que salir y abandonar el país del cual es nacional, por estar supeditado a la patria potestad de aquel y ello es contrario al artículo 20 del Tratado de la Unión europea. Decíamos en esa sentencia: "Así nos dice la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de 8 de marzo de 2011 (caso Ruiz Zambrano): "el artículo 20TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro, por un lado, deniegue a un nacional de un Estado tercero, que asume la manutención de sus hijos de corta edad, ciudadanos de la Unión, la residencia en el Estado miembro de residencia de éstos, del cual son nacionales, y, por otro, deniegue a dicho nacional de un Estado tercero un permiso de trabajo, en la medida en que tales decisiones privarían a dichos menores del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión". Para ello había previamente valorado que "el artículo 20TFUE se opone a medidas nacionales que tengan por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión (véase, en este sentido, en particular, la sentencia Rottmann, antes citada, apartado 42). Pues bien, la negativa a conceder un permiso de residencia a una persona, nacional de un Estado tercero, en el Estado miembro en el que residen sus hijos de corta edad, nacionales de dicho Estado miembro, cuya manutención asume, y la negativa a concederle un permiso de trabajo, tienen tal efecto" Y la misma interpretación y conclusión se acoge en las Sentencias ya citadas nº 338/2015 de 26 de mayo, 458/2014 de 30 de septiembre y 598/2014 de 25 de noviembre.

Por todo ello debemos también desestimar la adhesión a la apelación planteada por la defensa de la Abogacía del Estado.

**QUINTO:** En materia de costas la desestimación del recurso de apelación planteado por la representación del recurrente comporta la imposición de las costas de esa apelación a dicha parte. Y las devengadas por la adhesión a la apelación planteada de adverso a la Administración General del Estado. En ambos casos en atención al principio de vencimiento objetivo de conformidad con el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional.

**VISTOS** los preceptos legales citados y demás de general aplicación

#### **FALLAMOS:**

1º) **DESESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la Procuradora Sra. Darder Balle en nombre y representación de D. Amador y **DESESTIMAMOS LA ADHESIÓN A LA APELACIÓN** formulada por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO a través de la Abogacía del Estado contra la Sentencia nº 103/2015 dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 que **CONFIRMAMOS** íntegramente

2º) Con imposición de las costas de esta instancia devengadas por la apelación formulada por el recurrente a dicha parte apelante en atención al principio de vencimiento objetivo. Y las causadas por la adhesión a la apelación formulada por la Administración General del Estado a dicha parte, también por aplicación de ese mismo principio.

Contra la presente sentencia no cabe recurso ordinario.

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

**PUBLICACION.-** Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por la Magistrada de esta Sala Ilma. Sra. Dña. Carmen Frigola Castellón que ha sido ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El letrado de la administración de Justicia, rubricado.