



Roj: **STSJ BAL 821/2016** - ECLI: **ES:TSJBAL:2016:821**

Id Cendoj: **07040330012016100498**

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

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **28/10/2016**

Nº de Recurso: **205/2016**

Nº de Resolución: **553/2016**

Procedimiento: **CONTENCIOSO - APELACION**

Ponente: **MARIA CARMEN FRIGOLA CASTILLON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ILLES BALEARIS SALA CON/AD PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00553/2016

APELACIÓN

ROLLO SALA Nº 205/2016

AUTOS DE PROCEDIMIENTO ABREVIADO Nº 12/2015

JUZGADO CONTENCIOSO Nº 1

**SENTENCIA Nº 553**

En Palma de Mallorca a 28 de Octubre 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 los Contencioso- Administrativo nº 1 de Palma, con el número de autos P.A. nº 12/2015 y nº de rollo de apelación de esta Sala 205/2016. Actúa como parte apelante D. Eleuterio representado por el Procurador Sr. D. Antonio Ramón Roig y defendido por el Letrado Sr. D. Ignacio Ribas Estarellas y como parte apelada la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO representada y defendida por el Abogado del Estado Sr. D. Pedro Vidal Monserrat.

Constituye el objeto del recurso la Resolución de la Delegación del Gobierno en Illes Balears de 29 de diciembre de 2014, dictada en el expediente NUM000 , que acordó la **expulsión** del territorio nacional del recurrente, con prohibición de entrada en España por un periodo de 6 años.

La sentencia número 431/2015 de 28 de diciembre de 2.015 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Palma estima parcialmente el recurso contencioso- administrativo.

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

#### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO: La sentencia nº 431/2015 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 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 ESTIMANDO EN PARTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el procurador de los tribunales en nombre y representación de don Eleuterio , contra la Resolución de la Delegación del Gobierno en Illes Balears de 29 de diciembre de 2014, dictada en el expediente NUM000 , que acordó la **expulsión** del territorio nacional del recurrente, con prohibición de entrada en España por un periodo de

6 años, anulo esta resolución únicamente en cuanto al periodo de prohibición de entrada en España, que se deja en 5 años, debiendo señalarse además por la Administración un plazo racional, a partir del cual el recurrente pueda solicitar el levantamiento de la prohibición de entrada en España, en los términos establecidos en el artículo 15.2 del Real Decreto 240/2007 , confirmándose la resolución recurrida en todo lo demás.

No se imponen las costas causadas en el proceso a ninguna de las partes."

SEGUNDO: Contra la anterior resolución interpuso el demandante recurso de apelación en tiempo y forma siendo admitida en ambos efectos.

Se opuso la defensa de la Administración General del Estado que solicita la confirmación de la sentencia de instancia.

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 28 de octubre de 2016.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO: No se aceptan los de la sentencia apelada.

El recurrente ha sido condenado por varias sentencias penales firmes a penas privativas de libertad, en concreto a una pena de 6 meses de prisión por un delito de quebrantamiento de condena en sentencia firme del Juzgado de lo Penal nº 1 de 6 de noviembre de 2012, y a una pena de 2 años de prisión por la comisión de un delito de lesiones dolosas de los artículos 147 y 148 del CP en sentencia penal firme de 17 de enero de 2012 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 7 de Palma . Y conforme al artículo 57-2 de la LOEX ha sido expulsado de España en Resolución de la Delegación de Gobierno de 29 de diciembre de 2015 con prohibición de retorno por plazo de seis años.

La parte alegó en la demanda que era padre de un menor español fruto de la convivencia more uxoris con ciudadana española con los que, una vez finalizada la condena de prisión pasará a residir en la localidad de Marratxí invocando la doctrina del TJCE de que la **expulsión** de un extranjero padre de un nacional europeo de menor edad es contraria al Derecho de la Unión, aunque tenga antecedentes penales. En definitiva la parte alega la vulneración del artículo 20 del TFUE porque la no concesión del referido permiso obligaría al extranjero al abandono del país con la lógica consecuencia bien de la forzosa separación de la familia o bien la también obligada salida de los miembros de la familia nacionales del propio territorio. Alegaba también la vulneración del principio de proporcionalidad de las sanciones ya que el recurrente tenía arraigo laboral y familiar

Mientras que la defensa de la Administración alegó que el recurrente cumplía con los requisitos de **expulsión** fijados en el artículo 57-2 de la LOEX y que no se justificaba que tuviera a su cargo y conviviera con el hijo español menor de edad.

La sentencia analiza si el recurrente que ha sido condenado por delito doloso a una pena de 2 años de prisión en sentencia penal firme, por el hecho de ser padre de un menor de nacionalidad española puede o no ser objeto de **expulsión** y si ello constituye una excepción a la norma que prevé la **expulsión** de los condenados por delitos que la ley castiga con pena privativa de libertad superior a un año. Y concluye que, a pesar de que la filiación es cierta y veraz, sin embargo no ha quedado acreditado en autos que el menor haya convivido con el recurrente, ni tampoco y a pesar de que la Sra. Azucena que es la madre del menor y es de nacionalidad española, declaró en el juicio como testigo señalando que "existía entre ellos una relación de 5 años y que cuando ingresó el recurrente en prisión (1/12/2012) ya estaban juntos" la sentencia refiere que "no resulta de su testimonio base para afirmar que hubo entre ellos una relación de convivencia efectiva en el mismo domicilio y durante un tiempo que pudiera ser considerado suficiente, para hablar de una relación estable de pareja, con convivencia análoga a la matrimonial, lo que además queda en entredicho con el domicilio que se indica en relación al recurrente en la sentencia condenatoria referida, en Palma de Mallorca, CALLE000 nº NUM001 NUM002 ; por lo mismo tampoco puede afirmarse que el recurrente haya convivido con su hijo, nacido el NUM003 de 2011, ni mucho menos, que haya contribuido en alguna medida a su cuidado o manutención, sobre lo que no aportó el ningún indicio ni principio de prueba, sin que el hecho afirmado por la testigo de que los permisos del centro penitenciario los pasase el recurrente en el domicilio de la misma en



Inca, suponga que haya habido entre ellos una efectiva convivencia de pareja. (...)” Pero la sentencia considera que el plazo de seis años de prohibición de retorno no está justificado en el acto impugnado motivo por el cual lo rebaja al mínimo previsto en la ley que son 5 años. Y por ello estima parcialmente la sentencia.

Disconforme con ella se alza en apelación la parte actora alegando error del Juzgador en la apreciación de la prueba dado que el testimonio de la Sra. Azucena que compareció voluntariamente ante S. S<sup>a</sup>, en el acto del juicio declaró que existía y todavía existe una relación de afectividad entre el recurrente y ella, relación que se inició antes de su entrada en prisión y que, a pesar de las lógicas dificultades que supone el internamiento en el centro penitenciario, ha sobrevivido al distanciamiento físico.

Tampoco acepta esa parte el discurso de la sentencia en cuanto al artículo 15 del RD 240/2007 para limitar la estancia en España de ese extranjero por razones de orden público y el peligro que se deduce de su conducta. La defensa del recurrente explica que ello coloca al recurrente en situación de indefensión pues, ni el acto alude a ese artículo y razones, ni tampoco ha podido practicar prueba al respecto, que, de haberlo hecho, se habría demostrado que no existen tales razones de orden público que aconsejen su **expulsión**.

Se opone la defensa de la Administración General del Estado que solicita la confirmación de la sentencia de instancia.

SEGUNDO: La apelación ha de prosperar. Debemos abordar la cuestión desde la perspectiva de la importante sentencia de 13 de septiembre de 2016 del TJCE dictada a propósito de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 21 de marzo de 2012 dictada por la Audiencia Nacional en el recurso de casación 439/2010. En ella se analiza si el artículo 21 TFUE y la Directiva 2004/38, por un lado, y el artículo 20 TFUE, por otro, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que exige la denegación automática de una autorización de residencia en el territorio del Estado miembro de que se trata a un nacional de un tercer Estado cuando dicho nacional tiene antecedentes penales, y ello aunque el interesado tenga a su cargo exclusivo hijos menores de edad, ciudadanos de la Unión, que residen con él en dicho Estado miembro desde su nacimiento, y sea la consecuencia de tal denegación obligar a los hijos a abandonar el territorio de la Unión.

Aunque el supuesto que contempla esa sentencia no es exactamente el mismo que de autos, porque en aquel caso el solicitante ostentaba la guarda y custodia en exclusiva de sus dos hijos ciudadanos de la UE, y el recurrente ostenta la patria potestad compartida con la madre de los menores, que es nacional española, y mientras que ahora valoramos la **expulsión** en base al artículo 57-2 de la LOEX y en aquel caso se dirimía el derecho a la obtención del permiso de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo si bien el efecto resultante de esa carencia es el mismo porque el extranjero debe abandonar el país, sí ha de servirnos para aplicar al supuesto de autos la normativa correspondiente conforme a la interpretación del artículo 21 y 20 del TFUE y la Directiva comunitaria 2004/38 efectuada por el TJCE, normas comunitarias que son de aplicación directa y preferente al derecho patrio cuando éste se opone a aquellas.

TERCERO: La prueba practicada en autos a través de la testifical de la Sra. Azucena ciertamente acreditan varios puntos sustanciales, a saber, el primero que el recurrente y apelante Sr. Eleuterio y la Sra. Azucena mantienen una relación de afectividad iniciada antes del ingreso de aquel en prisión que tuvo lugar el 1 de diciembre de 2012, fruto del cual nació el menor Jose Ángel el NUM003 de 2011. En segundo lugar que durante el ingreso del menor la madre y el pequeño visitaron a su padre en el centro penitenciario. En tercer lugar que la Sra. Azucena firmó la documentación haciéndose responsable del Sr. Eleuterio durante los permisos penitenciarios que tuvo, residiendo aquel en el domicilio de la Sra. Azucena junto con el hijo de ambos en Es Pont d'Inca. Y por último que el padre y apelante, en la medida de sus posibilidades, contribuye a la manutención y cuidados del menor, aunque si por causas del internamiento no podía hacer frente a los gastos económicos, la Sra. Azucena recibía la ayuda de la abuela paterna, que sustituía a la figura del hoy apelante.

Por lo tanto se acredita en autos una relación de afectividad en la pareja y una relación paterno filial del apelante con su hijo, que se mantiene y perdura a pesar del ingreso penitenciario de éste.

La Sala a la vista de la testifical practicada no acepta las conclusiones de la sentencia que exige al fin que la parte venga obligada a probar una relación estable de pareja, y que base esas dudas en los distintos domicilios que aparecen en la sentencia condenatoria que es del año 2011, fecha de nacimiento del menor. Si la pareja del apelante declara en el acto del juicio que existe esa relación, que le visita en la cárcel, y además consta el compromiso adquirido por la testigo ante las autoridades administrativas de responsabilizarse sobre la persona del condenado durante los permisos penitenciarios obtenidos, de forma que aquel reside en el domicilio de la Sra. Azucena, ha de considerarse prueba suficiente para entender que existe dicha relación afectiva análoga a la conyugal entre ambos progenitores.



CUARTO: Por lo tanto siendo estos los hechos que constituyen el punto de partida sobre el cual hemos de analizar si procede o no la **expulsión** acordada por la Administración llegamos a la conclusión de que no es acorde a derecho la **expulsión** del recurrente en tanto que con la **expulsión** del padre se priva al menor de la posibilidad de residir en España que le garantizan los artículos 20 y 21 del TFDE si quiere mantener la relación paterno filial que a su vez también le reconoce la Constitución Española cuando protege a la familia en el artículo

39. Si bien las limitaciones del derecho de residencia se derivan, en particular, del artículo 27, apartado 1, de la Directiva 2004/38, disposición que permite que los Estados miembros limiten el derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión o de los miembros de sus familias, independientemente de su nacionalidad, por razones de orden público o de seguridad pública, el hecho de la existencia de antecedentes penales no supone de forma automática que razones de orden público o de seguridad pública aconsejen la **expulsión** del penado. Se requieren de otras circunstancias especiales que incidan en el sujeto que han de ser motivadas y expuestas de forma clara por la Administración, lo que no ocurre en el supuesto de autos en tanto que se tuvieron en cuenta nada más los requisitos fijados en el artículo 57-2 de la Ley Orgánica 4/2000 que sí se dan en el caso de autos. Pero como dicho artículo contempla la **expulsión** de forma automática de aquellos penados por delitos dolosos castigados con pena privativa de libertad superior a un año, de forma que asimila la peligrosidad o las razones de orden público directamente con el hecho de la condena penal firme por delitos castigados con penas privativas de libertad superior a un año, al fin no se tiene en cuenta, en palabras de la Sentencia del TJCE de 13 de septiembre de 2016, ni los derechos fundamentales cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia, en particular el derecho al respeto de la vida privada y familiar tal como se formula en el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ni el principio de proporcionalidad.

El hijo menor del apelante en el legítimo derecho que ostenta de relacionarse con su padre y progenitor tiene derecho a residir siempre y en todo caso en el territorio de la Unión Europea, lo que no ocurriría si el padre resulta expulsado con prohibición de retorno, pues sólo podría tener esa relación afectiva abandonando España por ese plazo, o bien y para el caso de permanecer en España en compañía de su madre, puesto que la patria potestad no recae en exclusiva sobre el apelante, se priva al menor de la posibilidad de disfrutar de una relación paterno filial de forma personal y directa. Y todo ello sin que existan causas objetivas de orden público que justifiquen tan excepcional medida, pues el artículo 57-2 en la forma que viene redactado en la LOEX aplica esa medida de **expulsión**, por el sólo hecho de que el extranjero no perteneciente a la UE carente de permiso de residencia ha sido condenado por delito doloso castigado con pena privativa superior a un año, lo cual resulta contrario al principio de proporcionalidad en casos como éste.

Por ello y aplicando ese principio, y a la luz de la sentencia del TJCE de 13 de septiembre de 2016 en interpretación de los artículos 20 y 21 del TFUE teniendo la normativa comunitaria carácter preferente sobre el derecho patrio, la Sala considera que resulta un quebrantamiento del principio de proporcionalidad aplicar la medida de **expulsión** al recurrente sobre la base del artículo 57-2 de la LOEX.

Llegados a este punto estimamos el recurso de apelación y revocamos la sentencia de instancia. Estimamos el recurso contencioso y anulamos el acto administrativo impugnado por ser disconforme a derecho.

QUINTO: En materia de costas la estimación de la apelación determina que no se pronunciamiento de las causadas en esta instancia y tampoco procede hacer pronunciamiento de las devengadas en primera instancia a la luz de lo establecido en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general aplicación

#### FALLAMOS:

1º) ESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto contra la Sentencia nº 431/2015 dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 que REVOCAMOS íntegramente

2º) ESTIMAMOS EL RECURSO CONTENCIOSO interpuesto por D. Eleuterio contra la Administración General del Estado impugnando la Resolución de la

Delegación de Gobierno en Illes Balears de 29 de diciembre de 2015 que acordó la **expulsión** del recurrente del territorio nacional con prohibición de retorno.

3º) ANULAMOS el acto administrativo impugnado por ser disconforme a derecho.

4º) Sin costas ni en primera ni en segunda instancia.

Contra la presente sentencia, cabe recurso de casación a preparar ante esta Sala en el plazo de treinta días contados desde el siguiente al de la notificación de la presente, para el Tribunal Supremo, si el recurso pretende



fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea; y/o para ante la Sección de casación de la Sala de lo Contencioso- administrativo de este Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears, si el recurso pretende fundarse en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma de Illes Balears

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ