



Roj: **STSJ CLM 1478/2017 - ECLI:ES:TSJCLM:2017:1478**

Id Cendoj: **02003330022017100409**

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

Sede: **Albacete**

Sección: **2**

Fecha: **05/06/2017**

Nº de Recurso: **84/2016**

Nº de Resolución: **254/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JAIME LOZANO IBAÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.2**

**ALBACETE**

SENTENCIA: 10254/2017

**Recurso Apelación núm.84 de 2016**

**Guadalajara**

**S E N T E N C I A N º 254**

**SALA DE LO CONTENCIOSO**

**ADMINISTRATI VO. SECCIÓN 2ª.**

Il'tmos. Sres.:

Presidenta:

D.ª Raquel Iranzo Prades

Magistrados:

D. Jaime Lozano Ibañez

D. Miguel Ángel Pérez Yuste

D. Miguel Ángel Narváez Bermejo

D. Ricardo Estévez Goytre

En Albacete, a cinco de junio de dos mil diecisiete.

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, los presentes autos número **84/16** del recurso de Apelación seguido a instancia de **D. Aurelio**, representado por la Procuradora Sra. Ortiz Larriba y dirigido por el Letrado D. Adolfo Valdaliso Murillo, contra la **SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN TOLEDO**, que ha estado representada y dirigida por el Sr. Abogado del Estado, sobre **EXPULSIÓN**; siendo Ponente el Itmo. Sr. Magistrado D. Jaime Lozano Ibañez.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Se apela la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Guadalajara, nº 1, de 28 de diciembre de 2015, número 455/2015, por la cual se desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Aurelio (NIE NUM000) contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Guadalajara de 7 de mayo de 2015, dictada en el expediente NUM001, por la cual se acordó su expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada por tres años, por la comisión de una infracción de estancia



irregular del art 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.

**SEGUNDO.-** El demandante interpuso recurso de apelación alegando que concurrían las circunstancias para que fuera estimado el mismo.

**TERCERO.-** El apelado se opuso señalando el acierto y corrección de la sentencia apelada.

**CUARTO.-** Recibidos los autos en esta Sala, se formó el correspondiente rollo de apelación, y no habiéndose opuesto la inadmisibilidad del recurso ni solicitado prueba, se señaló votación y fallo para el día 29 de marzo de 2017; llevada a cabo la misma, quedaron los autos vistos para dictar la correspondiente sentencia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .-** El interesado, ciudadano marroquí D. Aurelio , fue detenido el 21 de noviembre de 2014 en relación con una investigación por un posible delito de falsedad documental, y comprobada la carencia de permiso de residencia (había sido titular de varias ya caducadas) se incoó procedimiento en el que se llegó a dictar resolución de 7 de mayo de 2015 en la que se acordó sancionar al interesado con expulsión con prohibición de entrada por tres años, por aplicación del art. 53.1.a Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero , sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, por carecer de permiso y, como elementos negativos adicionales, haberle sido caducados permisos anteriores y constarle varias detenciones, entre ellas la relativa a la falsedad documental que se ha citado.

El interesado interpuso recurso contencioso-administrativo y alegó esencialmente la falta de motivos para aplicar la sanción de expulsión en lugar de la de multa. Dijo carecer de antecedentes penales, y haber quedado al margen de cualquier imputación en el asunto de falsedad documental por el cual fue detenido, y poseer un gran arraigo familiar y social, ya que, decía, mantiene una relación sentimental con una ciudadana comunitaria de nacionalidad rumana, D.<sup>a</sup> Elsa , de cuya relación ha nacido un hijo en España. El Abogado del Estado solicitó la confirmación de la resolución sancionadora.

La sentencia de instancia estimó el recurso parcialmente, en el único sentido de rebajar de tres a un año la prohibición de regreso a España, sobre la base del arraigo familiar demostrado. Pero en cuanto a la expulsión, la confirma, por entender que es procedente de acuerdo con lo que deriva de la STJUE de 23 de abril de 2015, dado que, ante una situación de estancia ilegal, lo único procedente es la decisión de retorno.

El interesado apela la sentencia y hace hincapié en que no se han valorado adecuadamente las intensísimas circunstancias de arraigo que concurren en el caso. Mantiene relación sentimental con ciudadana comunitaria D.<sup>a</sup> Elsa y fruto de la misma el NUM002 de 2011 nació el hijo común Nemesio . La Sra. Elsa posee trabajo fijo y es el recurrente el que se tiene que encargar del cuidado del hijo común. La Sra. Elsa está en proceso de divorcio de su anterior matrimonio, y consta la solicitud al Registro Civil para la celebración de matrimonio. El hijo común está debidamente escolarizado.

El Abogado del Estado solicita la desestimación del recurso contencioso-administrativo sobre la base de los argumentos de la sentencia apelada.

**SEGUNDO .-** Lo primero que debemos señalar es que los datos de hecho que el apelante pone de manifiesto están debidamente probados en autos. Consta el libro de familia del actor con D.<sup>a</sup> Elsa y el hijo menor común de ambos, que, según deriva de otros documentos (tal como el certificado de empadronamiento), posee nacionalidad rumana. Consta también el empadronamiento común de los tres en el mismo domicilio. Asimismo, la existencia de permisos anteriores del actor, así como la ausencia de antecedentes penales. Consta la vida laboral de la Sra Elsa y la escolarización del hijo menor **rumano** del demandante, Nemesio en el CEIP Badiel de Guadalajara. También el contrato de arrendamiento y diversos cursos realizados por el actor.

Pues bien, es comprensible que el apelante insista acerca de la cuestión del arraigo familiar, porque el mismo es de tal intensidad que hace que la expulsión del Sr. Aurelio , padre de un menor comunitario y a su cargo, sea simplemente inviable de acuerdo con la doctrina reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la materia. Basta remitirse a la sentencia de TJUE de 13 de septiembre de 2016, dictada en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español, y que progresa en el marco ya sentado por la Sentencia TJUE 8 de marzo de 2011 (caso Ruiz Zambrano ), para comprobar lo inaceptable de situar al menor comunitario -en este caso el hijo del demandante- en la tesitura de tener que criarse sin uno de sus progenitores o, por el contrario, tener que salir del territorio comunitario siguiendo a su padre.

Desde luego, el padre de tercer país de un menor comunitario no está incluido en el art. 2 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero , sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea, pues el padre no está a cargo del hijo menor, sino que justamente



lo que se da es la situación inversa. Como dice la STJUE que acaba de citarse: *Respecto a la cuestión de si el Sr. Bernardino , nacional de un tercer Estado, puede invocar un derecho de residencia derivado, en cuanto ascendiente directo de un ciudadano de la Unión que goza de un derecho de residencia en virtud de la Directiva 2004/38, se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la condición de miembro de la familia «a cargo» del ciudadano de la Unión titular del derecho de residencia resulta de una situación de hecho que se caracteriza por que el titular del derecho de residencia garantiza los recursos necesarios para la subsistencia del miembro de la familia, de manera que, cuando se da la situación inversa, como ocurre en el presente caso, es decir, cuando el titular del derecho de residencia está a cargo del nacional de un tercer país, este último no puede invocar la condición de ascendiente «a cargo» de dicho titular, en el sentido de la Directiva 2004/38, con el fin de disfrutar de un derecho de residencia en el Estado miembro de acogida (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de octubre de 2013, Alokpa y Moudoulou, C86/12, EU:C:2013:645 , apartado 25) .*

Pero aun siendo así, *Sin embargo, la negativa a permitir que el progenitor, nacional de un tercer Estado, que se ocupa del cuidado efectivo de un ciudadano de la Unión menor de edad resida con éste en el Estado miembro de acogida privaría de todo efecto útil al derecho de residencia del menor, dado que el disfrute de un derecho de residencia por un menor implica necesariamente que éste tenga derecho a ser acompañado por la persona que se encarga de su cuidado efectivo y, por tanto, que esta persona pueda residir con él en el Estado miembro de acogida durante su estancia en éste (véanse las sentencias de 19 de octubre de 2004, Zhu y Chen, C200/02 , EU:C:2004:639 , apartado 45, y de 10 de octubre de 2013, Alokpa y Moudoulou, C86/12, EU:C:2013:645 , apartado 28).*

*52. Así pues, del mismo modo en que el artículo 21 TFUE y la Directiva 2004/38 confieren un derecho a residir en el Estado miembro de acogida al menor nacional de otro Estado miembro que cumpla los requisitos establecidos en el artículo 7, apartado 1, letra b ), de dicha Directiva, estas mismas disposiciones permiten que el progenitor que se encarga del cuidado efectivo de dicho nacional resida con él en el Estado miembro de acogida ( sentencias de 19 de octubre de 2004, Zhu y Chen, C200/02 , EU:C:2004:639 , apartados 46 y 47, y de 10 de octubre de 2013, Alokpa y Moudoulou, C86/12, EU:C:2013:645 , apartado 29) .*

Es por ello que la expulsión debió de ser anulada. En el mejor de los casos para la Administración hay una total y absoluta falta de motivación en la resolución sancionadora al no valorar debidamente este dato, que fue oportunamente alegado, y que plantea el asunto desde bases totalmente diferentes a las que tuvo en consideración la Administración.

**TERCERO** .- En cuanto a las costas de esta instancia, y por aplicación del artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa , no procede su imposición.

Vistos los artículos citados y demás de general y común aplicación,

## FALLAMOS

1- Estimamos el recurso de apelación.

2- Revocamos la sentencia apelada

3- Estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Aurelio (NIE NUM000 ).

4- Anulamos la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Guadalajara de 7 de mayo de 2015, dictada en el expediente NUM001 , por la cual se acordó su expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada por tres años, por la comisión de una infracción de estancia irregular del art 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.

5- No hacemos imposición de las costas procesales.

Notifíquese, con indicación de que contra la presente sentencia cabe interponer recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, debiéndose preparar ante esta Sala en el plazo de 30 días con cumplimiento de los requisitos del art. 89.2 LJCA .

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

**PUBLICACIÓN**.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado D. Jaime Loza no Ibáñez, estando celebrando audiencia en el día de su fecha la Sala de lo Contencioso Administrativo que la firma, y de lo que como Secretario, certifico en Albacete, a cinco de junio de dos mil diecisiete.