



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

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00559/2016

APELACIÓN

ROLLO SALA Nº 223 de 2016

AUTOS JUZGADO Nº 161 de 2014

SENTENCIA

Nº 559

En la ciudad de Palma de Mallorca a 8 de Noviembre de 2016

ILMOS. SRS.

PRESIDENTE

D. Gabriel Fiol Gomila.

MAGISTRADOS.

D. Pablo Delfont Maza

D^a. Carmen Frigola Castellón.

Signature Not Verified Signature Not Verified Signature Not Verified Signature Not Verified

Firmado por: CN=DELFONT MAZA
PABLO
CN=AC Administración Pública,
SERIALNUMBER=Q2826004J,

Firmado por: CN=ANGELINA LONCEL
CARLOS
CN=AC Administración Pública,
SERIALNUMBER=Q2826004J,

Firmado por: FIOG GOMILA GABRIEL
OU=FNMT Clase 2 CA, O=FNMT, C=ES
Minerva

Firmado por: FRIGOLA CASTILLON
MARIA CARMEN
OU=FNMT Clase 2 CA, O=FNMT, C=ES
Minerva



Vistos por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears los autos seguidos ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Palma de Mallorca, con el número de autos del Juzgado y numero de rollo de esta Sala arriba designados; actuando como parte apelante, la **Administración General del Estado**, representada y asistida por su Abogado; y como apelado, D. [XXXXXXXXXXXXXXXXXX], ciudadano del Reino de Marruecos, representado por la procuradora Sra. Darder, y asistido por la letrado Sra. Serra.

Constituye el objeto del recurso contencioso-administrativo la resolución de la Delegación del Gobierno, de 9 de abril de 2014, por la que, con invocación del artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, se acordaba la expulsión del territorio nacional del Sr. [XXXX] y se le prohibía la entrada en España durante un periodo de 10 años por haber sido condenado en 2005 a pena de nueve años de prisión como autor de la comisión de un delito contra la salud pública.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Pablo Delfont Maza, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia número 110 de 2016, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Palma de Mallorca, en los autos seguidos por el procedimiento y de los que trae causa el presente rollo de apelación, ha estimado el recurso. Pese a que en el fallo no lo dice, se entiende que la sentencia ha anulado el acto administrativo recurrido.

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación en plazo y forma por la parte demandada, siendo admitido en ambos efectos.

TERCERO.- No se ha interesado la 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 8 de noviembre 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El 11 de noviembre de 2013 el ahora apelado Sr. [XXXX] ciudadano del Reino de Marruecos, se encontraba interno en el centro penitenciario de Palma de Mallorca cumpliendo condena de nueve años de prisión que le había sido impuesta en el año 2005 por la comisión de un delito contra la salud pública.

La aquí apelante, Administración General del Estado, habiéndosele puesto de manifiesto ese hecho por denuncia de un miembro de la Policía Nacional encargado de la supervisión de ciudadanos extranjeros en dicho centro penitenciario, consideró entonces que el Sr. [XXXX] podría estar incurso en la causa de expulsión prevista en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, es decir, haber sido condenado por la comisión de delito doloso que lleva aparejada pena superior a un año de prisión.

Así las cosas, el mismo 11 de noviembre de 2013 se inició el correspondiente expediente administrativo de expulsión en el que se ofreció al Sr. [XXXX] un trámite de alegaciones. Y el Sr. [XXXX] alegó el 13 de noviembre de 2013, en cuanto ha de interesar para el caso, lo siguiente:

- 1.- Que llevaba en España desde 2003, habiendo entrado con visado y llegando a disponer de autorizaciones de residencia y trabajo hasta el 31 de agosto de 2006.
- 2.- Que estaba “[...] *casado con una ciudadana española, ya que su esposa, la Sra. El [XXXXXXXXXXXX] obtuvo dicha nacionalidad*”.
- 3.- Que con su esposa [...] *tuvo una hija, [XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX] también nacional española [...]*”.

4.- Que debería serle aplicada la regulación establecida en el Real Decreto 240/2007 respecto a familiares de ciudadanos de la Unión Europea.

De entre esas alegaciones, se aportó documentación que acreditaba: (i) que la Administración concedió al Sr. [XXXX] en 2004 la primera renovación de la autorización de residencia temporal, y (ii) que el 9 de abril de 2008 nació en Palma de Mallorca [XXXXX] hija del ahora apelado y de la Sra. [XXXXXXXXXXXXXXXXXX]

Pero no se aportó documentación alguna que justificase que la esposa del ahora apelado había obtenido la nacionalidad española.

El mismo día 13 de noviembre de 2013, a las 11,05 horas, el Instructor del expediente, sin ninguna consideración a las alegaciones del Sr. [XXXXX] ni para aceptarlas ni para fundar su rechazo, las desestimó y dispuso que continuase la tramitación del expediente. Pero lo cierto es que el expediente permaneció paralizado hasta el 21 de febrero de 2014.

En efecto, el 21 de febrero de 2014 el Instructor realizó su siguiente actuación, ahora consistente en proponer la expulsión del Sr. [XXXXX]. Esa propuesta arranca con la calificación de las alegaciones presentadas por el Sr. [XXXX] como “[...] **NEGATIVAS** [...]”, pero sin explicación alguna. Y a ello se suma, primero, la afirmación como hecho probado de que el Sr. [XXXX] no había presentado “[...] *documento alguno con el que desvirtúe la continuación del presente expediente* [...]”; y, segundo, la consideración de que no reúne los requisitos del artículo 124.2 del Real Decreto 557/2011, pero sin mención ya ni al hecho de ser padre de una menor española ni a lo dispuesto en el apartado tercero del propio artículo 124 del Real Decreto 557/2011 ni, en fin, a la alegación de que se le aplicase el Real Decreto 240/2007 por su condición de cónyuge de nacional española.

Pues bien, esa propuesta fue aceptada por la Delegada del Gobierno sobre la misma base que la sustentaba, es decir, sobre una base inconsistente porque: (i) carecía de consideración cualquiera respecto a la alegación demostrada que desde el primer momento luce en el expediente administrativo, esto es, que el Sr. [XXXX] es padre de una menor española nacida en Palma de Mallorca el 9 de abril de 2008, y (ii) no salía tampoco al paso de la alegación de que la esposa del Sr. [XXXX] hubiera obtenido la nacionalidad española, lo que estaba fácilmente al alcance de la Administración ahora apelante con la mínima consulta de sus propios registros.

Agotada de ese modo la vía administrativa e instalada la controversia en esta sede, ni el Sr. [XXXX] ha acreditado la alegación de que su esposa es nacional española ni tampoco la Administración lo ha desmentido. Únicamente figura como novedad la alegación alojada en la demanda de que la esposa del ahora apelado fue el 22 de noviembre de 2011 cuando obtuvo la nacionalidad española. Y se ha desembocado así en la sentencia aquí apelada, que ha estimado el recurso del sr. [XXXX] en resumen, por cuanto que, entendiéndose de aplicación al caso el régimen previsto en el Real Decreto 240/2007 y dependiendo entonces la expulsión de que se justificase en el expediente administrativo que el Sr. [XXXX] suponía una amenaza real y actual para el orden público, era indudable que la Administración ni había hecho mención a ese régimen ni había, pues, incorporado justificación cualquiera de esa circunstancia de posible amenaza real y actual para el orden público.

En el recurso de apelación, la Administración, que nunca hasta entonces ni consideró siquiera que tal vez el caso no fuera como lo había enfocado desde el principio, y ello a pesar de que, como hemos ido viendo, fue advertida de esa circunstancia desde el primer momento, esto es, con ocasión de las alegaciones presentadas por el Sr. [XXXX] frente al acuerdo de iniciación del procedimiento de expulsión, en definitiva, viene ahora a esgrimir que la aplicación del Real Decreto 240/2007 depende de que el Sr. [XXXX] se hubiera registrado como familiar comunitario y que hubiera al menos solicitado autorización en su momento, para lo que invoca la sentencia de la Sala nº 100/2016.

SEGUNDO.- En relación con la sentencia de la Sala a la que alude la Administración en su recurso de apelación hay que precisar que el caso del Sr. [XXXX] presenta unas características significativas como son:

1.- Que la exigencia de inscripción en el Registro Central de Extranjeros y la solicitud de tarjeta temporal de residencia chocan en el caso del Sr. [XXXX] con la circunstancia de que, tanto si se toma la referencia de ser ascendiente de [XXXXX] como si se considera la condición de cónyuge de la Sra. [XXXXXXXXXXXXX], el nacimiento de aquella y la alegada nacionalidad española de ésta se producen -2008 y 2011, respectivamente- en momentos en los que el Sr. [XXXX] se encuentra privado de libertad.



2.- Que la privación de libertad en un claro supuesto de fuerza mayor que libera al afectado del deber de la inscripción y solicitud antes aludidas para poder así reivindicar la aplicación a su caso del régimen del Real Decreto 240/2007.

Por lo tanto, en un caso de fuerza mayor, el ámbito subjetivo de aplicación del Real Decreto 240/2007 no depende del cumplimiento de sus determinaciones ya que ese incumplimiento está justificado por la presencia de una causa de fuerza mayor.

Y puestas así las cosas, nos cabe solo añadir que la Sala acepta los razonamientos de la sentencia apelada.

Cumple, pues la desestimación del recurso.

TERCERO.- Dado que el caso presentaba dudas razonables a la vista de la sentencia de la Sala a que se hacía mención en el recurso de apelación, consideramos preciso eludir la imposición de las costas causadas en esta apelación -artículo 139 de la ley 29/1998-.

En atención a lo expuesto.

FALLAMOS

PRIMERO.- Desestimamos el recurso de apelación presentado contra la sentencia número 100/2016 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 y la confirmamos.

SEGUNDO.- Imponemos a la parte apelante las costas causadas en la presente apelación.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación, a preparar ante este Tribunal y para el Tribunal Supremo, según lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley 29/1998, en el plazo de 30 días a partir de la notificación y previo depósito de 50 euros. Si el recurso hubiera de fundarse



exclusivamente en infracción normas emanadas de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears, será competente este Tribunal.

Así por esta nuestra sentencia de la que quedará testimonio en autos para su notificación, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.-Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Pablo Delfont Maza que ha sido Ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El Letrado de la Administración de Justicia, rubricado.