

Roj: STSJ BAL 93/2011
Id Cendoj: 07040330012011100084
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Palma de Mallorca
Sección: 1
Nº de Recurso: 295/2010
Nº de Resolución: 155/2011
Procedimiento: Recurso de apelación
Ponente: MARIA CARMEN FRIGOLA CASTILLON
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

EXTRANJERIA

T.S.JILLES BALEARS SALA CON/AD

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00155 /2011

APELACIÓN

ROLLO SALA Nº 295/2010

AUTOS DE PROCEDIMIENTO PA 299/2009

JUZGADO CONTENCIOSO Nº 1

SENTENCIA Nº 155

En Palma de Mallorca a 10 de marzo de 2011

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. Gabriel Fiol Gomila

MAGISTRADOS

D. Pablo Delfont Maza

D^a: **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 de Mallorca, con el número de PA nº 299/2009 y nº de rollo de apelación de esta Sala 295/2010. Actúa como parte apelante D. Samuel representado y defendido por el letrado Sr. D. Ignacio Ribas Estarellas y como parte apelada la DELEGACIÓN DEL GOBIER **NO** EN LAS ISLAS BALEARES representada y asistida por el Abogado del Estado Sr. D. Ignacio Landa Colomina.

Constituye el objeto del recurso el contenido de la sentencia núm. 266/2010 del Juzgado de lo Contencioso número 1 de fecha catorce de julio de dos mil diez que desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto a instancias de D. Samuel contrala Resolución de la Delegación del Gobierno de les Illes Balears de 16 de julio de 2009 que decreta la expulsión del recurrente del territorio

nacional con prohibición de entrada en el país por plazo de 10 años.

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

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO: La sentencia núm. 266/2010 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Palma el que trae causa el presente rollo de apelación decía literalmente en su parte dispositiva:

"Que DESESTIMO el recurso presentado por el Abogado D. Ignacio Ribas Estarellas, en nombre y representación de D. Samuel, se declara la conformidad a Derecho del acto administrativo identificado en el Antecedente de Hecho Primero de esta resolución, sin hacer expreso pronunciamiento sobre las costas causadas.

SEGUNDO: Contra la anterior resolución interpuso la representación procesal del recurrente recurso de apelación en plazo y forma siendo admitida en ambos efectos.

TERCERO: No se ha solicitado 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 10 de marzo de 2011

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO: No se aceptan los de la sentencia apelada.

D. Samuel de nacionalidad peruana, en su día solicitó segunda renovación de la autorización de residencia temporal y trabajo que le fue denegada por la Delegación de Gobierno en Resolución de 3 de marzo de 2008. La causa de la denegación reside en la existencia de antecedentes penales y la constatación de que al tiempo de resolverse esa solicitud se hallaba ingresado en el Centro Penitenciario de Palma cumpliendo condena.

Posteriormente la Delegación de Gobierno acuerda en Resolución de 16 de julio de 2008 su expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada por plazo de 10 años. Y este es el objeto del presente procedimiento.

La sentencia apelada valora la existencia de tres sentencias penales condenatorias dictadas el 26 de enero de 2007, 7 de febrero de 2007 y 24 de abril de 2008, resultando condenado el recurrente por dos de delitos de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, un delito de coacciones, un delito de desobediencia a la autoridad y una falta contra el orden público, concluyendo que la conducta del recurrente incide en supuesto de agravamiento por atentar al orden público y a la seguridad no constituyendo los hechos realizados un hecho puntual y aislado, sino que revelan una peligrosidad y una habitualidad. De otro lado señala la sentencia que el recurrente ha demostrado que contrajo matrimonio civil con ciudadana española el día 25 de septiembre de 2009, o sea un año más tarde del dictado del acto de expulsión, fruto del cual ha nacido una hija el 16 de febrero de 2010, concluyendo que esos hechos han ocurrido todos ellos después del dictado de la expulsión de España del recurrente y no pueden dejar sin efecto el acto impugnado.

Presentada apelación por el recurrente insiste en la quiebra de la proporcionalidad de la medida en tanto que se rompe la unidad familiar, y en la valoración de los antecedentes penales y hechos negativos frente al arraigo familiar ha de pesar este último.

Se opone la abogacía del Estado quien solicita la confirmación de la sentencia apelada.

SEGUNDO: La parte no cuestiona que se encuentra sin permiso de residencia legal que le permitiera la estancia en el país en tanto que le fue denegado en Resolución de 3 de marzo de 2008 porque el recurrente tenía varias condenas penales. Por lo tanto el recurrente se encuentra en la situación que contempla el artículo 53-1 a) de la Ley Orgánica 4/2000 y por ello y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57 la Administración podía acordar la expulsión del territorio al constatar, en el momento de dictar aquel acto, que incidían en el recurrente circunstancias claramente negativas que aconsejaban la adopción

de esa medida. No había en la vida del recurrente en aquel momento, ninguna otra circunstancia que supusiera una quiebra del principio de proporcionalidad si se acordaba esa medida.

Es después, cuando el recurrente ha contraído matrimonio civil con ciudadana de nacionalidad española y ha nacido una hija fruto de esa convivencia matrimonial que la situación ha cambiado radicalmente.

Así las cosas la Sala considera que, si bien el acto dictado en su momento era ajustado plenamente a derecho en tanto que las circunstancias concurrentes determinaban que el recurrente carecía de residencia legal en España al haberle sido denegada la segunda renovación del permiso de residencia y trabajo y tener en su contra antecedentes penales, lo cierto es que ahora, cuando se revisa el dictado de aquel acto, claramente se advierte que la expulsión y la prohibición de retorno por plazo de diez años resulta una medida desproporcionada y contraria a la protección de la familia que contempla el *artículo 39 de la CE*, pues en definitiva la *Directiva 2003/109/CE* relativa al *Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración*, en su *artículo 6º* permite denegar la solicitud de residencia de larga duración por motivos de orden público y seguridad. Y el *artículo 12* contempla la posibilidad de expulsión a aquellos extranjeros de larga duración que supongan esa amenaza real y suficiente y grave para el orden público. Lo mismo ocurre en el RD 240/2007 de 16 de febrero que también prevé la vulneración del orden público, seguridad pública y salud pública como únicas causa de expulsión a ciudadanos no comunitarios que sean familiares de ciudadanos de la Unión Europea.

En consecuencia, la posibilidad de expulsión del recurrente pasa por constituir ese extranjero una amenaza real y verdadera del orden público y el arraigo que tiene en la actualidad convierte en que su expulsión, que en el momento de acordarse era ajustada a derecho, en la actualidad constituya una vulneración del principio de proporcionalidad.

Por otro lado ninguna de los delitos por los que ha sido condenado el recurrente, (2 delitos de conducción bajo la influencia de alcohol, desobediencia a la autoridad y coacciones en el ámbito familiar) está castigado con pena superior a privación de libertad de más de un año.

TERCERO: En la Sentencia 337/2008 de 25 de junio, ya se dijo: "Con el punto de partida de todo lo anterior, ha de precisarse también que si el Tribunal considera desproporcionada la sanción ha de anularla, pero no tiene que sustituirla por otra. En efecto, el alcance del principio de proporcionalidad no puede ser la sustitución de la discrecionalidad administrativa por la discrecionalidad judicial sino que se ciñe a la corrección del exceso legal en que hubiese incurrido la Administración al aplicar la sanción, razón por la que a la Sala le incumbe excluir la solución desproporcionada pero no la indicación de la sanción más adecuada posible".

Así las cosas es incuestionable que el recurrente se encuentra en supuesto de estancia irregular conforme a lo dispuesto en el *artículo 53-a) de la LO 4/2000*, conducta susceptible de ser sancionada con multa conforme a lo previsto en el *artículo 55-1 b)*, debiendo ser la administración y no esta Sala, quien tiene que imponer la multa prevista en ese artículo, acorde a las condiciones del recurrente y conforme al criterio de proporcionalidad.

Por todo ello debe estimarse el recurso de apelación planteado y ha de revocarse la sentencia dictada en la primera instancia, debiendo estimar el recurso y anular el acto administrativo impugnado que acordó a expulsión del recurrente y la prohibición de retorno por plazo de diez años.

CUARTO: En materia de costas la estimación del recurso determina que no se haga pronunciamiento de costas a la parte recurrente.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general aplicación

FALLAMOS:

1º) ESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto contra la Sentencia nº 266/2010 dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 debiendo REVOCARLA íntegramente.

2º) ESTIMAMOS EL RECURSO CONTENCIOSO interpuesto por D. Samuel contra la Delegación de Gobierno de les Illes Balears impugnando la Resolución de esa Delegación de 16 de julio de 2005 que acuerda la expulsión del recurrente del territorio nacional y la prohibición de retorno por plazo de diez años.

3º) ANULAMOS el acto administrativo impugnado por no ser acorde a la legalidad.

4º) Sin costas

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 Secretario, rubricado.