

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO****SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO****RECURSO DE APELACIÓN Nº 59/2011****SENTENCIA NUMERO 232/2013**

ILMOS. SRES.  
PRESIDENTE:  
D. ANTONIO GUERRA GIMENO

MAGISTRADOS:  
D. RAFAEL VILLAFANEZ GALLEGO  
Dª. MARGARITA DÍAZ PÉREZ

AMALIA R. SAENZ MARTIN  
BEGONA MARTIN GUTIERREZ  
PROCURADORAS  
C/ José Mº Olabarri, 6 - 2º Dpto. 20  
48001 - BILBAO  
Telf. / Fax: 94 424 03 88 - Móvil: 630 31 62 52



En la Villa de Bilbao, a nueve de abril de dos mil trece.

La Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los/as Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra la sentencia dictada el 21-7-10 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Bilbao en el recurso contencioso-administrativo número 1652/2009, en el que se impugna Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Vizcaya de fecha 25 de septiembre de 2009, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de fecha 2 de julio de 2009, por la que se acordaba la sanción de expulsión del recurrente del territorio nacional, con prohibición de entrada en España por un período de 5 años.

Son parte:

- APELANTE: *[Redacted]* Z, representado por la Procuradora Dª Amalia Saenz Martín y dirigido por el Letrado D. Álvaro Prado Falcón.

- APELADO: SUBDELEGACION DE GOBIERNO EN VIZCAYA, representado y dirigido por el ABOGADO DEL ESTADO.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. RAFAEL VILLAFANEZ GALLEGO.

Recepcionado en el  
C. PROCURADORES EL DIA ANTERIOR

24 ABR 2013

BIZKAIKO AUZITEGIETAKO  
PROKURADOREEN ELKARGO OSPETSUA  
FIRMA PROCURADORA

944316046

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por S. [redacted] 1Z recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia por la que anule, revoque y deje sin efecto la sentencia recurrida y dictra otra por la que declare no conforme a derecho la resolución recurrida, dejando sin efecto la resolución de expulsión de Smiar Remz y subsidiariamente, se sancione pecuniariamente la sanción cometida.

**SEGUNDO.-** El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado al/a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación, verificada la oposición, suplicó se dicte sentencia desestimando el recurso de apelación de referencia .

**TERCERO.-** Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 9 / 4 / 13, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

**CUARTO.-** Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.- A) Objeto de la apelación.**

La representación procesal de D. [redacted] z recurre en apelación la sentencia n.º 246/2010, de fecha 21 de julio de 2010, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de Bilbao, dictada en el Procedimiento Abreviado n.º 1.652/09. La sentencia desestima el recurso contencioso-administrativo deducido por el ahora apelante contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Vizcaya de fecha 25 de septiembre de 2009, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de fecha 2 de julio de 2009, por la que se acordaba la sanción de expulsión del recurrente del territorio nacional, con prohibición de entrada en España por un periodo de 5 años.

### **B) Razón de decidir de la sentencia de instancia.**

En el Fundamento de Derecho Tercero, la sentencia de instancia razona del siguiente modo:

**“TERCERO.-** *Así las cosas, en el supuesto objeto de enjuiciamiento la sanción de expulsión está suficientemente motivada, existiendo en el expediente administrativo datos o hechos relevantes que justifican la imposición de la sanción de expulsión. Así, además de la situación de estancia irregular, no consta la fecha ni el punto fronterizo de entrada en España y tampoco consta que haya intentado regularizar su situación. Debe añadirse, como hechos negativos, la utilización de 7 filiaciones diferentes y 17 detenciones por delitos de entidad como hurto y robo con fuerza o intimidación.*

*En definitiva, consta en el expediente administrativo hechos desfavorables o negativos añadidos a la estancia irregular que justifican la imposición de la sanción de expulsión del territorio nacional, por lo que debe declararse la conformidad a derecho de la resolución impugnada, considerándose también proporcional a las circunstancias concurrentes la prohibición de entrada en territorio español por período de 5 años.*

*Finalmente mencionar que la resolución administrativa no adolece de falta de motivación, ni de falta de valoración de las alegaciones y pruebas propuestas por el interesado, y así en el informe emitido con ocasión de las alegaciones efectuadas por el recurrente en vía administrativa se señala expresamente su denegación por considerarlas innecesarias, en cuanto que en nada afectarían a la resolución final del expediente (folio 15)”.*

#### **C) Posición de la parte apelante.**

La parte apelante solicita la revocación de la sentencia y que, en su lugar, se dicte otra por la que se deje sin efecto la sanción de expulsión o, subsidiariamente, se sustituya por una sanción pecuniaria. En síntesis, como fundamento de su pretensión revocatoria, el recurso de apelación alega que la sentencia ignora el hecho de que el extranjero tiene una hija de corta edad, fruto de su relación con una persona de nacionalidad española. Este hecho, a juicio de la parte apelante, compensa los datos negativos y, sin embargo, no ha sido valorado por la sentencia de primera instancia.

#### **D) Posición de la parte apelada.**

La Administración General del Estado solicita la confirmación de la sentencia impugnada por resultar ajustada a Derecho.

#### **SEGUNDO.- Sobre el contenido esencial del derecho a la vida familiar de los ciudadanos de la Unión.**

Como ha quedado expuesto en los antecedentes procesales expresados en el Fundamento de Derecho precedente, el único motivo de crítica que dirige la parte apelante a la sentencia de primera instancia es el hecho de haber ignorado la circunstancia de ser el

ciudadano extranjero sancionado progenitor de una hija de corta edad que ostenta nacionalidad española.

Tal y como pone de manifiesto el Abogado del Estado, la sentencia sí se recoge tal circunstancia en el Fundamento de Derecho Segundo, párrafo tercero. Sin embargo, la sentencia pondera y tiene por probada dicha paternidad con el conjunto de datos negativos extraídos de la resolución sancionadora y del expediente administrativo y concluye la adecuación de la sanción de expulsión en atención a los mismos.

La Sala, sin embargo, discrepa de tal ponderación. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 15 de noviembre de 2011 (Gran Sala, asunto C-256/11, Dereci y otros contra Bundesministerium für Inneres) ha considerado contrario al derecho de la Unión la denegación de la residencia en su territorio al nacional de un tercer estado que pretende residir con un miembro de su familia, ciudadano de la Unión, cuando ello suponga privar a éste del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión, extremo que corresponde comprobar al Tribunal nacional.

Previamente a la citada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, nuestro Tribunal Supremo ya había establecido, al respecto de la legalidad de la sanción de expulsión impuesta a progenitores de menores de edad de nacionalidad española, la siguiente doctrina que se contiene en la sentencia de 26 de enero de 2005 (rec. 1164/2001, Ponente D. Pedro José Yagüe Gil, ROJ STS 324/2005):

*“La existencia de ese hijo español es fundamental para la resolución de este recurso de casación, si se tienen en cuenta las siguientes ideas:*

*1º.- La Constitución Española establece como principios rectores de la política social el de la protección social, económica y jurídica de la familia (artículo 39-1), así como el de la protección integral no sólo de los hijos, sino también de las madres ( artículo 39-2 ).*

*En consecuencia con ello, el artículo 11-2 de la Ley 1/96, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor , dispone que serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos los siguientes: a) La supremacía del interés del menor; b) El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés, y c) Su integración familiar y social.*

*Así pues, puede decirse que, aunque no esté literalmente dicho en las normas (aunque sí lo está en su espíritu), el primer derecho del hijo menor de edad es estar, crecer, criarse y educarse con su madre. Se trata de un derecho derivado de la propia naturaleza, y, por lo tanto, más fuerte y primario que cualquier otro derecho de configuración legal. Por lo demás, es un derecho que tiene sus reflejos en concretos preceptos del ordenamiento jurídico (v.g., artículo 110 del Código Civil , que obliga al padre y a la madre, aunque no ostenten la patria potestad, a velar por sus hijos y prestarles alimentos; artículo 143-2º del propio Código , que obliga recíprocamente a los*

*ascendientes y descendientes a darse alimentos; artículo 154, que impone a los padres el deber (y les reconoce el derecho) de velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, etc).*

*2ª.- El ordenamiento jurídico español no permite la expulsión del territorio nacional de ciudadanos españoles. (La comisión por un español de un delito o de una infracción administrativa son castigados con determinadas penas o sanciones, pero nunca con la expulsión del territorio nacional; fuera del supuesto de medida cautelar o sanción penal, "los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional", según el artículo 19 de la Constitución Española).*

*3ª.- La orden de expulsión de la madre, que aquí se recurre, o bien es también una orden implícita de expulsión de su hijo menor, que es español (lo que infringe el citado principio de no expulsión de los nacionales) o bien es una orden de desmembración cierta de la familia, pues la expulsión decretada provoca ineludiblemente la separación del hijo y de la madre, (lo que viola los preceptos que hemos citado de protección a la familia y a los menores).*

*Ni las normas sobre extranjería ni el sólo sentido común pueden admitir que la madre de un español sea una pura extranjera y se la trate como a tal; que el hijo español tenga todos los derechos y su madre no tenga ninguno, y que, en consecuencia, pueda expulsarse a la madre de España como una simple extranjera y quede en España el menor con todos sus derechos, pero sólo y separado de su madre."*

En el presente caso, trasladando dicha doctrina jurisprudencial, debe accederse a la solicitud de la parte apelante. Es cierto que el recurrente ningún esfuerzo ha desarrollado, al menos en este recurso de apelación, para demostrar en qué medida el hecho natural de la filiación se complementa, de modo adecuado, con el efectivo y puntual cumplimiento de los deberes que como progenitor le corresponden. Sin embargo, en defecto de prueba acreditativa de este extremo, tampoco puede establecerse una presunción de incumplimiento por el recurrente de tales deberes. También es cierto que la circunstancia descrita, ser progenitor de una menor de nacionalidad española, no puede erigirse, a estos efectos, en una suerte de cheque en blanco para el recurrente como nacional de un tercer Estado que reside ilegalmente en territorio español. Sin embargo, resulta decisivo que ninguno de los datos valorados por la Administración y confirmados por la sentencia de instancia permite apreciar, en el presente caso, que concurra una real situación de amenaza para el orden público. En efecto, por una parte, la ausencia de intentos de regularizar su situación administrativa en nuestro país y el desconocimiento de las circunstancias de su entrada en España resultan irrelevantes a estos efectos, como hemos declarado en anteriores ocasiones. Por otra parte, no existe ninguna condena penal contra el extranjero, o al menos no se alega, por ninguno de los hechos punibles por los que le constan detenciones. Y, finalmente, en cuanto a la utilización de filiaciones distintas a la suya, se trata de un hecho que en otro contexto de enjuiciamiento podría merecer una respuesta distinta. Aquí, en cambio, creemos que la circunstancia de la paternidad de una menor de nacionalidad española se impone al dato desfavorable mencionado y que debe

primar, en consecuencia, la tutela del contenido esencial del derecho de la menor a relacionarse de modo real y efectivo con su progenitor.

Por lo expuesto, en atención a las circunstancias descritas, procede acoger el motivo de impugnación y declarar que la sanción de expulsión impuesta al ciudadano extranjero vulnera el derecho a la vida familiar de la menor de nacionalidad española. Derecho que encuentra refrendo tanto en nuestro ordenamiento constitucional (art. 39 de la Constitución española) como en el ámbito comunitario (art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) e internacional (art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales). Por ello, procede anular la sanción de expulsión impuesta al extranjero. Sin embargo, toda vez que lo que no está en cuestión, ni siquiera por la parte apelante, es que el mismo se encuentra irregularmente en España y que por ende cumple el tipo descrito e individualizado en la resolución sancionadora, procede sustituir dicha sanción por la de multa en su grado mínimo, al no haberse expuesto circunstancia alguna relativa a su situación económica que permita elevar dicha cuantía (art. 55.4 de la Ley Orgánica 4/2000).

#### **TERCERO.- Costas procesales.**

No ha lugar a su imposición (art. 139.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

### **FALLO**

**CON ESTIMACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN 59/2011, INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN PROCESAL DE D. SA. [REDACTED] CONTRA LA SENTENCIA N.º 246/2010, DE FECHA 21 DE JULIO DE 2010, DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N.º 3 DE BILBAO, DICTADA EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO N.º 1.652/09, DEBEMOS REVOCAR Y DEJAR SIN EFECTO DICHA RESOLUCIÓN JUDICIAL.**

**EN SU LUGAR, CON ESTIMACIÓN PARCIAL DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN DE LA SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN VIZCAYA DE FECHA 25 DE SEPTIEMBRE DE 2009, DESESTIMATORIA DEL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN DE FECHA 2 DE JULIO DE 2009, POR LA QUE SE ACORDABA LA SANCIÓN DE EXPULSIÓN DEL RECURRENTE DEL TERRITORIO NACIONAL, CON PROHIBICIÓN DE ENTRADA EN ESPAÑA POR UN PERÍODO DE 5 AÑOS, ANULAMOS EN ESTE**

**EXTREMO LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA IMPUGNADA, SUSTITUYENDO LA SANCIÓN INICIALMENTE IMPUESTA POR LA DE MULTA EN SU GRADO MÍNIMO Y CONFIRMANDOLA EN LO DEMÁS. CON DESESTIMACIÓN DEL RESTO DE PEDIMENTOS CONTENIDOS EN LA DEMANDA.**

**SIN COSTAS.**

**DEVUÉLVANSE AL JUZGADO DE PROCEDENCIA LOS AUTOS ORIGINALES Y EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO PARA LA EJECUCIÓN DE LO RESUELTO, JUNTO CON TESTIMONIO DE ESTA SENTENCIA.**

**ESTA SENTENCIA ES FIRME Y CONTRA LA MISMA NO CABE RECURSO ALGUNO.**

**ASÍ POR ESTA NUESTRA SENTENCIA DE LA QUE SE LLEVARÁ TESTIMONIO A LOS AUTOS, LO PRONUNCIAMOS, MANDAMOS Y FIRMAMOS.**

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of several sweeping, interconnected loops and curves.

**PUBLICACION.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el Secretario doy fe.