

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN N° 69/2012

SENTENCIA NUMERO 150/2014

**KOPIA DA
ES COPIA**

ILMOS. SRES.
PRESIDENTE:
D.FERNANDO GOIZUETA RUIZ

MAGISTRADOS:
D.RAFael VILLFAÑEZ GALLEGO
DÑA.MARGARITA DIAZ PEREZ



En la Villa de Bilbao, a veinticinco de febrero de dos mil catorce.

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 18.10.2011 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Bilbao en el recurso contencioso-administrativo número 136/2011.

Son parte:

- **APELANTE:** [REDACTED], representado por la Procuradora DÑA.ARANTZA DE LA IGLESIA MENDOZA y dirigido por el Letrado D.JAVIER GALPARSORO GARCIA.

- **APELADO:** ADMINISTRACION DEL ESTADO, 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

- 3 ABR 2014

BIZKAIKO AUZITEGIETAKO
PROKURADOREEN ELKARGO OSPETSU.
FIRMA PROKURADOR

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por D. Ruddy Gonzales Jimenez recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia .

SEGUNDO.- El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado 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 .

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 25/2/2014, 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.- D. Ruddy Gonzales Jiménez recurre en apelación la sentencia n.º 333/11, de fecha 18 de octubre de 2011, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Bilbao en el Procedimiento Abreviado n.º 136/2011. La sentencia desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el ahora apelante contra la Resolución de la Delegación del Gobierno en la Comunidad Autónoma del País Vasco de 1 de febrero de 2011, que confirma la denegación de la autorización de residencia permanente solicitada.

En lo que interesa al presente recurso de apelación, la sentencia de primera instancia razona del siguiente modo en el Fundamento Jurídico Quinto: *"(...) En el caso que nos ocupa, el recurrente fue condenado en sentencia firma de fecha 30 de septiembre de 2008 dictada por el Juzgado de primera instancia e instrucción n.º 3 de Gernika por dos delitos de lesiones en el ámbito familiar y de amenazas en el ámbito familiar, el carácter grave de dichos delitos y que siendo delitos que no solo afectan al ámbito privado sino que se manifiestan como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad al tratarse de una violencia que se dirige sobre las mujeres lo que no permite minimizar la relevancia de la conducta y el desvalor social de la misma y le sitúa fuera de la zona de certeza negativa en la que la condena penal y los antecedentes penales acreditados le sitúan en relación a los conceptos de orden público y seguridad*

pública como motivo de denegación de su solicitud, sin que haya de tener en cuenta las demás circunstancias del recurrente”.

La parte apelante solicita la revocación de la sentencia de primera instancia. En síntesis, sostiene que la conducta del extranjero no es incardinable en el supuesto de violación del orden público o de la seguridad pública, invocando además la doctrina de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de marzo de 2011 (asunto Ruiz Zambrano) y de 23 de noviembre de 2010 (asunto Tsakouridis). Destaca que el recurrente es progenitor de un menor de edad de nacionalidad española y que aquél tiene a su cargo y cumple las obligaciones paternofiliales respecto de dicho menor.

La Administración General del Estado se opone a la estimación del recurso, por entender que sí es subsumible la conducta por la que fue condenado penalmente el extranjero en el concepto de orden público y de seguridad pública y que el extranjero no ha acreditado, junto a la paternidad invocada, que la manutención de su hijo dependa de él, citando en este sentido la sentencia de esta Sala de 14 de diciembre de 2011.

SEGUNDO.- La sentencia de primera instancia declara, a los efectos de confirmar la denegación de la residencia de larga duración, que no han de tenerse en cuenta las circunstancias del recurrente distintas de su condena penal previa por un delito de lesiones y otro de amenazas, ambos en el ámbito familiar.

Sin embargo, existe un dato fundamental que sí debe ser tenido en cuenta y es que el extranjero, como se alega en el recurso de apelación, es progenitor de un menor de nacionalidad española, nacido el 27 de marzo de 2005.

A continuación, en el análisis de esta cuestión litigiosa debe traerse inevitablemente a colación la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En particular, la sentencia de la Gran Sala de 8 de marzo de 2011 (asunto C-34/09, Ruiz Zambrano y Office national de l’emploi), en la que se afirma:

“40 El artículo 20 TFUE confiere el estatuto de ciudadano de la Unión a toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro (véanse, en particular, las sentencias de 11 de julio de 2002, D’Hoop, C-224/98, Rec. p. I-6191, apartado 27, y de 2 de octubre de 2003, Garcia Avello, C-148/02, Rec. p. I-11613, apartado 21). Al tener la nacionalidad belga, cuyos requisitos de adquisición son competencia del Estado miembro de que se trata (véase, en este sentido, en particular, la sentencia de 2 de marzo de 2010, Rottmann, C-135/08, Rec. p. I-0000, apartado 39), el segundo y tercer hijos del demandante en el litigio principal tienen derecho a este estatuto de manera incontestable

(véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Garcia Avello, apartado 21, y Zhu y Chen, apartado 20).

41 El Tribunal de Justicia ha señalado en diversas ocasiones que la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros (véanse, en particular, las sentencias de 20 de septiembre de 2001, Grzelczyk, C-184/99, Rec. p. I-6193, apartado 31; de 17 de septiembre de 2002, Baumbast y R, C-413/99, Rec. p. I-7091, apartado 82, y las sentencias, antes citadas, Garcia Avello, apartado 22, Zhu y Chen, apartado 25, y Rottmann, apartado 43).

42 En estas circunstancias, el artículo 20 TFUE se opone a medidas nacionales que tengan por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión (véase, en este sentido, en particular, la sentencia Rottmann, antes citada, apartado 42).

43 Pues bien, la negativa a conceder un permiso de residencia a una persona, nacional de un Estado tercero, en el Estado miembro en el que residen sus hijos de corta edad, nacionales de dicho Estado miembro, cuya manutención asume, y la negativa a concederle un permiso de trabajo, tienen tal efecto.

44 En efecto, debe considerarse que tal denegación del permiso de residencia tendrá como consecuencia que los mencionados menores, ciudadanos de la Unión, se verán obligados a abandonar el territorio de la Unión para acompañar a sus progenitores. Del mismo modo, si no se concede un permiso de trabajo a tal persona, ésta corre el riesgo de no disponer de los recursos necesarios para poder satisfacer sus propias necesidades y las de su familia, lo que tendrá también como consecuencia que sus hijos, ciudadanos de la Unión, se verán obligados a abandonar el territorio de ésta. En tales circunstancias, estos ciudadanos de la Unión se verán, de hecho, en la imposibilidad de ejercer la esencia de los derechos que les confiere su estatuto de ciudadanos de la Unión.

45 Por consiguiente, procede responder a las cuestiones planteadas que el artículo 20 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro, por un lado, deniegue a un nacional de un Estado tercero, que asume la manutención de sus hijos de corta edad, ciudadanos de la Unión, la residencia en el Estado miembro de residencia de éstos, del cual son nacionales, y, por otro, deniegue a dicho nacional de un Estado tercero un permiso de trabajo, en la medida en que tales

decisiones privarían a dichos menores del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión."

El alcance de esta doctrina jurisprudencial ha sido matizado por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 6 de diciembre de 2012 (asuntos acumulados C-356/11 y C.357/11, O., S. y Maahanmuuttovirasto), en el sentido de afirmar:

"47 El criterio relativo a la privación del contenido esencial de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión guardaba relación, en los asuntos que dieron lugar a las sentencias Ruiz Zambrano así como Dereci y otros, antes citadas, con situaciones caracterizadas por la circunstancia de que el ciudadano de la Unión se veía obligado, de hecho, a abandonar no sólo el territorio del Estado miembro del que es nacional, sino también el de la Unión en su conjunto.

48 Ese criterio tiene, por tanto, un carácter muy específico, en el sentido de que se refiere a situaciones en las que, excepcionalmente no cabe denegar un derecho de residencia a un nacional de un tercer país, miembro de la familia de un nacional de un Estado miembro, pues de hacerlo se privaría de efecto útil a la ciudadanía de la Unión de la que disfruta ese último nacional (sentencia Dereci y otros, antes citada, apartado 67)."

En el presente caso, el Tribunal no dispone, ciertamente, de datos suficientes para comprobar si la denegación de la autorización de residencia solicitada por el recurrente determinaría al menor, ciudadano comunitario, a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto. La parte apelante acredita que existe un acuerdo entre los progenitores que regula las relaciones paternofiliales. En su virtud la madre tiene reconocida la guarda y custodia del menor en tanto que el recurrente debe abonar 250 euros mensuales en concepto de alimentos y tiene reconocido un derecho de visitas a ejercer los fines de semana alternos y durante la mitad de los períodos vacacionales. Desde esta perspectiva no se ofrecen, por tanto, elementos de juicio suficientes para alcanzar una conclusión favorable a la pretensión ejercitada por el actor de acceso a la autorización de residencia.

Sin embargo, no es esta la única perspectiva desde la que cabe enfocar el problema jurídico aquí planteado. En la citada sentencia de 6 de diciembre de 2012, el Tribunal de Justicia también declara:

"59 En el caso de que dicho órgano jurisdiccional considere que, en las circunstancias de los asuntos de los que conoce, tal privación no resulta de las decisiones denegatorias de los permisos de residencia de que se trata en los litigios principales, ello

no prejuzga la cuestión de si existen otros fundamentos, en especial relacionados con el derecho a la protección de la vida familiar, que se oponen a que se deniegue el derecho de residencia a los Sres. O. y M. Esa cuestión debe tratarse en el marco de las disposiciones referidas a la protección de los derechos fundamentales y en función de su aplicabilidad respectiva (véase la sentencia Dereci y otros, antes citada, apartado 69).".

En este sentido, el recurso de apelación sí invoca expresamente una clase de intereses que deben ser atendidos de forma prioritaria. En efecto, entre las circunstancias que detalla acerca de la falta de proporcionalidad de la decisión administrativa impugnada, el recurrente alude a la privación de la posibilidad de *"proseguir con las obligaciones inherentes a la patria potestad, a los cuidados y atenciones que merece su hijo"* (f. 14 de las actuaciones de apelación). Y es que, como ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 23 de diciembre de 2009 (asunto C-403/09, Jasna Detiček y Maurizio Sgueglia): *"54 Procede señalar que uno de esos derechos fundamentales del menor es el de mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, derecho establecido en el artículo 24, apartado 3, de la Carta, cuyo respeto se confunde incontestablemente con un interés superior de todo menor."* Desde esta perspectiva de enjuiciamiento, la Sala sí entiende que la denegación del derecho de residencia al progenitor no custodio, nacional de un tercer Estado, sí comporta una vulneración del derecho de su hijo menor, en cuanto ciudadano de la Unión, al mantenimiento de la vida familiar. Frente a esta denotación no se ofrece como argumento suficiente la existencia de los antecedentes penales valorados en la sentencia de instancia. Efectivamente, se trata de una conducta censurable y reprochable, como indican tanto la resolución apelada como la Administración General del Estado en el escrito de oposición, pero lo cierto es que le fueron suspendidas al extranjero las penas de privación de libertad impuestas y existen datos en las actuaciones de los que se deduce que ha cumplido las condiciones a que se supeditaba dicho beneficio (certificado de la Secretaría Judicial del Juzgado de lo Penal n.º 7 de Bilbao, informe del Psicólogo del Servicio de Intervención Psico-educativa en violencia intrafamiliar del Instituto de Reintegración Social de Bizkaia). En estas circunstancias, anteponer la tutela del orden público cuestionada por dicha conducta del extranjero a la preservación del superior interés del menor en relación al mantenimiento de la vida familiar con su progenitor, resulta, a nuestro juicio, una decisión desproporcionada.

Por ello, procede estimar el recurso de apelación, sin necesidad de abordar el resto de cuestiones planteadas en el recurso y en el escrito de oposición, cuya consideración no enerva en ningún caso la anterior conclusión.

TERCERO.- No ha lugar a la imposición de las costas causadas (art. 139.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

FALLO

CON ESTIMACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN N.º 69/2012, INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN PROCESAL DE D. RUDDY GONZALES JIMÉNEZ CONTRA LA SENTENCIA N.º 333/11, DE FECHA 18 DE OCTUBRE DE 2011, DICTADA POR EL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N.º 2 DE BILBAO EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO N.º 136/2011, DEBEMOS REVOCAR LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

EN SU LUGAR, CON ESTIMACIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR EL RECURRENTE CONTRA LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA REFERENCIADA, ANULAMOS DICHA RESOLUCIÓN POR SER CONTRARIA A DERECHO Y RECONOCEMOS EL DERECHO DEL RECURRENTE A LA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA SOLICITADA.

SIN COSTAS.

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.

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.