



JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-
ADMINISTRATIVO Nº 3
C/ Aurea Díaz Flores, nº 5 Edificio Barlovento
Bajo
Santa Cruz de Tenerife
Teléfono: 922 21 14 91
Fax.: 922 22 73 48

Procedimiento: Procedimiento abreviado
Nº Procedimiento: 0000384/2014
NIG: 3803845320140001588
Materia: Extranjería
Resolución: Sentencia 000009/2016
IUP: TC2014012798

<u>Intervención:</u>	<u>Interviniente:</u>	<u>Abogado:</u>	<u>Procurador:</u>
Demandante		Jose Gregorio Armas Cruz	
Demandado	Subdelegación de Gobierno	Abogacía del Estado en SCT	

SENTENCIA

En Santa Cruz de Tenerife, a 7 de enero de 2016

Visto por la Iltra. Sra. DOÑA MARÍA LOURDES GOYA RAVELO, Magistrada sustituta del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 3 de esta ciudad, el presente recurso contencioso administrativo, tramitado por el procedimiento abreviado, y promovido por DOÑA

representado el abogado DON JOSE ARMAS CRUZ y, como Administración demandada SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN SANTA CRUZ DE TENERIFE y, en su representación y defensa el ABOGADO DEL ESTADO; versando sobre EXTRANJERÍA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la indicada representación se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno de Santa Cruz de Tenerife de fecha 19 de febrero de 2014 por el que se acuerda la denegación de la tarjeta de residencia permanente de familiar de ciudadano de la Unión Europea

SEGUNDO.- Que, admitido a trámite el recurso y, señalado día y hora para la celebración de la vista, ésta tuvo lugar el día 10 de diciembre de 2015 en que comparecieron las partes y representantes legales que constan en el acta levantada, practicándose las pruebas propuestas y declaradas pertinentes; reiterando en trámite de conclusiones sus respectivas peticiones, quedando el juicio visto para sentencia.

TERCERO.- Que, en la tramitación del presente juicio, se han observado todas las normas procesales de aplicación.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Pretensiones de las partes.

Por la recurrente se solicita el dictado de una Sentencia por la que se declare la nulidad del acto impugnado. Por el contrario, la Administración interesa la desestimación del recurso por considerar que la resolución dictada es ajustada a Derecho

SEGUNDO.- Para la resolución de la presente litis, hay que considerar los términos empleados por la Constitución para referirse a la familia, medidas de gobierno aparte, son





enérgicas y así el art. 39 de la CE señala que:

- «1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.
2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.
3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.
4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.»

La vigente Ley Orgánica 4/2000, ha contemplado una serie de mecanismos tendentes a enmendar las posibles discordancias que pudieran producirse con la no modulada aplicación del mecanismo de expulsión del territorio nacional, en aquellos supuestos contemplados por la Ley. Así, no cabe aplicar la medida de expulsión en virtud de resolución administrativa contemplada en los apartados 3 y 4 del artículo 57 de la Ley O. 4/2000, en los supuestos que, a su vez, se encarga de precisar este mismo precepto en los apartados 5 y 6, refiriéndose el 5.º a los nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos cinco años; los que tengan reconocida la residencia permanente; los que hayan sido españoles de origen y hubieran perdido la nacionalidad española; los que sean beneficiarios de una prestación pública en ciertas condiciones.

El apartado 6.º del artículo 57, a su vez, señala que «tampoco podrán ser expulsados los cónyuges de los extranjeros, ascendientes e hijos menores o incapacitados a cargo del extranjero que se encuentre en alguna de las situaciones señaladas anteriormente y hayan residido legalmente en España durante más de dos años, ni las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre».

Un supuesto que la Ley no regula expresamente y la jurisprudencia ha tenido que afrontar, es la que se deriva de la existencia de hijos menores de edad fruto de relaciones personales del extranjero en trámite de expulsión

Por otro lado, en la Sentencia de 26 Enero de 2005, dictada por la S. III, Sec. 5.ª, Ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe, el Tribunal Supremo pasó a tomar en consideración la posible existencia de una relación paterno filial que vinculase al extranjero con un hijo de nacionalidad española como causa que impidiese la eficacia de la expulsión administrativa. En aquel concreto caso, se trataba de un recurso de casación presentado contra una sentencia de una sala de TSJ dictada el año 2001 aplicando la Ley de Extranjería del año 1985, por una ciudadana brasileña, que encontrándose irregularmente en territorio nacional, había sido madre recientemente de una niña, no obstante lo cual se le había incoado y tramitado un procedimiento de expulsión. Cuando se argumentó en el recurso de instancia, la propia sala ad quo había tenido ocasión de desestimar la influencia que pudiera generarse por la existencia del niño señalando que artículo 2 del Real Decreto 766/92, no amparaba a la interesada, la cual es obvio que no vivía a expensas de su hijo nacido en el año 1998. En vía casacional, se alegó infracción de los artículos 17 y 22 del Código Civil y concordantes y el TS estimó el recurso, casando y dejando sin efecto la sentencia de instancia.

Pues bien, el Alto Tribunal, en esta resolución que casa y deja sin efecto la Sentencia del Tribunal de instancia y anula la orden de expulsión, tuvo ocasión de pronunciarse utilizando diversas ideas rectoras, mientras tomaba en cuenta los motivos que fundamentan el recurso:





• 1.ª.— Imposibilidad de que el órgano judicial contencioso ponga en duda el título registral autorizado por el Juez Encargado del Registro Civil, que reconoce la presunción *iuris tantum* de nacionalidad española de origen del menor con apoyo en el art. 96.20 de la Ley de Registro Civil y en los arts. 335 y siguiente de su Reglamento.

• 2.ª.— Valoración de los hechos planteados, en cuanto exista afectado por la medida un hijo menor de edad español, no sólo a la luz de la legislación sectorial de extranjería, sino aplicando también las disposiciones del art. 39 de la Constitución Española, de protección integral de la familia, del artículo 11.2 de la Ley 1196, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y de la regulación contenida en el Código Civil, arts. 110, 143.2 y 154 (entre otros), en cuanto el primer derecho del hijo menor de edad es estar, crecer, criarse y educarse con su madre.

• 3.ª.— El ordenamiento jurídico español no permite la expulsión del territorio nacional de ciudadanos españoles y la orden de expulsión de la madre, que aquí se recurre, o bien es también una o en 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).

Hay que considerar también la Sentencia del TSJ de Canarias, Sala Contencioso Administrativa, Sección Primera, S/C de Tenerife, procedimiento 33/2014 de 10/02/2014 que establece: "El primer derecho del hijo menor de edad es estar, crecer, criarse y educarse con su madre(...) La orden de expulsión de la madre, es también una orden de expulsión implícita de su hijo menor, que es español, lo que infringe el 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 nacionales e internacionales de protección de la familia y a los menores)".

En un caso similar, se dictó Sentencia en el Juzgado Contencioso Administrativo nº 4 de Santa Cruz de Tenerife, en el procedimiento abreviado 383/2012, de 27 de mayo de 2013, en el que dice en su fundamento de derecho segundo: "Según Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 19-10-2004, nº C-200/202, la negativa a permitir que el progenitor, nacional de un Estado miembro o de un Estado tercero, que se ocupa del cuidado efectivo de un niño al que el artículo 18 CE y la Directiva 90/364 reconocen un derecho de residencia, resida con el niño en el Estado miembro de acogida privaría de todo efecto útil al derecho de residencia de este último. En efecto, es evidente que el disfrute de un derecho de residencia por un niño de corta edad implica necesariamente que el niño 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."

No cabe duda que la expulsión de la actora dejaría a un hijo sin su madre, sino que estaríamos vulnerando el principal derecho de un menor que vivir con ella y sobre todo que al ser un menor español la expulsión de este junto a su madre sería una vulneración de nuestro ordenamiento jurídico. Por todo ello debo estimar el recurso.

TERCERO.—De conformidad con el art. 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no cabe imponer las costas a la Administración demandada.





Vistos los preceptos legales citados, y demás normas de general y pertinente aplicación,

Y en nombre de Su Majestad el Rey

FALLO

Debo estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por DON, ~~XXXXXXXXXX~~ ~~XXXXXXXXXX~~ contra la resolución de la SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO DE SANTA CRUZ DE TENERIFE, anulando dicha resolución, y RECONOCER A LA DEMANDANTE LA SITUACIÓN JURÍDICA QUE LE OTORGA DERECHO A QUE SE LE CONCEDA LA TARJETA DE FAMILIAR DE RESIDENTE DE CIUDADANO DE LA UNIÓN EUROPEA, sin imposición de costas a la Administración demandada.

Contra la presente sentencia cabe interponer recurso de apelación dentro de los quince días siguientes a su notificación. La interposición del recurso requerirá la consignación de la cantidad de 50€ en la cuenta de este Juzgado en base a la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ. Se le apercibe, de conformidad con el apartado 7 de dicha Disposición, de los siguiente:- No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no este constituido.- Si el recurrente hubiera incurrido en defecto, omisión o error en la constitución del depósito, se concederá a la parte el plazo de dos días para la subsanación del defecto, con aportación en su caso de documentación acreditativa.

Así lo acordó y firma la ILUSTRÍSIMA SEÑORA MARÍA LOURDES GOYA RAVELO, Magistrada sustituta del Juzgado de lo Contencioso nº3 de los de Santa Cruz de Tenerife.

PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia ha sido leída y publicada por la Ilma. Sra. Magistrada sustituta que lo suscribe, estando celebrándose Audiencia Pública, en el día de su fecha; doy fe.

