

2

ZONA	A11
JUZGADO	342
RE	3260 - 05

## SENTENCIA Nº 29/2014

En BILBAO (BIZKAIA), a diez de febrero de dos mil catorce.

La Sra. Dña. MARIA DEL MAR DIAZ PEREZ, MAGISTRADO del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 2 de BILBAO (BIZKAIA) ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 214/2013 y seguido por el procedimiento abreviado, en el que se impugna: Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia que confirma la denegación de autorización de residencia solicitada por el demandante (expte. 480020130000540).

Son partes en dicho recurso: como recurrente D. representado/a y dirigido/a por la Letrada D<sup>a</sup> CONCEPCION CABANILLAS CARDENAS; como demandada ADMINISTRACION DEL ESTADO, representado y dirigido por el ABOGADO DEL ESTADO.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el recurrente mencionado anteriormente se presentó escrito de demanda de Procedimiento Abreviado, contra la resolución administrativa mencionada en el que tras exponer los Hechos y Fundamentos de derecho, que estimo pertinentes en apoyo de su pretensión terminó suplicando al Juzgado dictase una Sentencia estimatoria del recurso contencioso administrativo interpuesto.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite por proveído, se acordó su sustanciación por los trámites del procedimiento abreviado, señalándose día y hora para la celebración de la vista, con citación de las partes a las que se hicieron los apercibimientos legales, así como requiriendo a la administración demandada, la remisión del expediente. A dicho acto compareció la parte recurrente, afirmando y ratificándose en su demanda.

**TERCERO.-** En este procedimiento se han observado las prescripciones legales en vigor.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Por la Letrada Dña. Concepción Cabanillas Cárdenas en nombre y representación de D. se interpone recurso contencioso-administrativo, seguido por el procedimiento abreviado, contra la Resolución de la Subdelegación de Gobierno en Bizkaia, de fecha 23 de abril de 2.013, que confirma en alzada la Resolución de 22 de febrero de 2.013 de la Jefa de la Oficina de Extranjería en Bizkaia, por la que se acuerda denegar la solicitud de autorización de residencia de familiar ciudadano de la Unión Europea.

Solicita la parte actora que este Juzgado con estimación del recurso, c disconformidad a derecho del acto impugnado con la consiguiente anulación de declarando su derecho a la obtención de la autorización interesada.

La Letrada sustituta del Abogado del Estado se opone al recurso, interes desestimación.

**SEGUNDO.-** Recoge la resolución impugnada que el 8 de enero de 2.013, recurrente formuló una solicitud de Tarjeta de residencia temporal de familiar de ciudad Unión europea, que le fue denegada en base a lo dispuesto en los artículos 7.2 y 15.1 y 5 Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en E ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el sobre el Espacio Económico Europeo, modificado por la disposición final quinta Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, por no acreditar disposición de medios de vida ni s enfermedad y constarle antecedentes por actos que atentan contra la seguridad publica.

Añade que, por otro lado, el historial de antecedentes que le constan al recurr hurto, falsificación, trafico de tarjetas de crédito, debito, cheques de viaje, por el condenado en sentencia judicial firme dictada el 15 de junio de 2.012 por el Juzgado de nº 2 de Santander, estafa y orden de expulsión dictada el 4 de abril de 2.012 en San suspendida cautelarmente, denota una conducta personal conflictiva y dispone el art. 15 240/2007, que cuando así lo impongan razones de orden publico o de seguridad public adoptarse la denegación de la renovación o la expedición de las tarjetas de residencia. dichas medidas se adopten por razones de orden publico o de seguridad publica, debe fundadas exclusivamente en la conducta personal de quien sea objeto; en este caso la sol indulto que alega, se trata de una solicitud que debe ser resuelta por el órgano correspor de ser concedido en un futuro nada afecta a los hechos y delitos precedentes y no si contradecir el hecho de que el recurrente presenta una conducta conflictiva y antisocial.

**TERCERO.-** Frente a lo anterior en la demanda se afirma que D. cumple los requisitos para la concesión de la autorización, por di día de hoy de un contrato de trabajo formalizado con la Parroquia Santa Ana (pend inscripción en el INEM, a la espera de la autorización de residencia), en la que prestaría s como Peón de mantenimiento y limpieza del templo y locales parroquiales; tener form unidad familiar compuesta por el mismo, su pareja de hecho (debidamente inscrita en el correspondiente) y madre de su hijo Dña. , y de , ambos de nacionalidad española, percibiendo Dña. de Garantía de Ingresos; y por disponer de una cobertura médica en las mismas condicio cualquier otro ciudadano de este país.

Por otra parte, en relación con los antecedentes penales, entiende que la interp que del art. 15 del Real Decreto 240/2007 hace la Administración es errónea ya que D. no ha protagonizado ningún desorden público, ni de s publica o de salud publica. Simplemente tiene un primer delito de orden privado que p altera el orden público: es más su ingreso en prisión está ...

cautelamente. Previamente a la sentencia, D. [redacted] carecía de hi antecedentes penales, no suponiendo un peligro contra la integridad física de ningún m esta sociedad. Además, permanece auspiciado por la Parroquia de San Francisquito er y la de Santa Ana en Bolueta, por lo que se puede presumir que es una persona perf integrada y de que no es un peligro para la sociedad.

A todo ello, se une el hecho de que D. [redacted] es padre de un ciudadano españ que hay que tener en cuenta el art. 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, con l la libertad de circulación y residencia del menor español recogida en el art. 19 de la protección del derecho del menor español a la intimidad familiar recogido en el párraf del art. 18 de la CE. Teniendo un hijo de nacionalidad española a su cargo, hay c preferencia al Derecho del menor español conforme a la jurisprudencia mayoritaria.

La Administración contesta a la demanda, exponiendo que:

- En cuanto a la causa de la denegación basada en la concurrencia de la circ prevista en el art. 15.1 del R.D. 240/07, a la vista de la fundamentación de la res impugnadas resulta su adecuación a derecho, pues son numerosos los antecedentes del r en España, tanto policiales y judiciales, que acreditan la concurrencia de una conducta i que integra el concepto jurídico indeterminado de razones de orden publico, constitutiv amenaza real, actual y suficientemente grave que afecta a un interés fundamental de la valorada en base, entre otros supuestos, a informes de las Autoridades policiales que ot expediente, de modo que la decisión adoptada ha respetado escrupulosamente el apartados 1 y 5 del R.D. 240/2007.

- Respecto a la causa de denegación basada en el incumplimiento de acredit disposición de recursos suficientes, así como de seguro de enfermedad que cubra l riesgos en España, resulta evidente dicho incumplimiento en el expediente admir además de reconocido por el interesado, aunque por lógico interés de parte distinto sea e que asigna a sus manifestaciones. Sostiene el recurrente que tiene un contrato de trabaj padre de un menor español, que su pareja de hecho percibe una RGI y afirma que act esta trabajando, afirmación esta ultima que carece de fehaciencia probatoria, a lo q añadirse que el recurrente no ha acreditado que haya obtenido previamente autorizac trabajar en España.

- Respecto al arraigo familiar, es obvio que ha de existir ya que en base a él s tarjeta en régimen comunitario, pero tal existencia no implica su automática concesión, bien es requisito esencial que el solicitante se encuentre incluido en alguno de los s previstos en el art. 2 del R.D. 240/2007, la tarjeta inicial o su renovación será denegada c solicitante no acredite la disponibilidad de recursos suficientes para su subsistencia d estancia en España, condición exigida en el art. 7.1.b) R.D. 240/2007, así como cuan impongan razones de orden público, seguridad pública o salud pública, ex art. 15.1 de texto legal, lo que acontece en el supuesto litigioso.

El hecho de que como consecuencia de la denegación de la tarjeta se viera el e obligado a abandonar España y se produjera una ruptura de la convivencia del recurren familia, no es sino la consecuencia de sus propios actos, y en este sentido se viene pron la jurisprudencia.

**CUARTO** - Expuestas las posiciones de los [redacted]

familia de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia en España durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra los riesgos en España (art. 7.2 del Real Decreto 240/2007 en relación con los apartados 1 y 2 del apartado 2 del mismo art. 7), se adjunta a la demanda contrato de trabajo de duración determinada de la Parroquia de Santa Ana y se practica prueba testifical en la persona de D. \_\_\_\_\_, confirmando la realidad del trabajo que depende de la obtención de la tarjeta de residencia; obrando en los autos tarjeta sanitaria expedida a su nombre (doc. nº 9 acompañando a la demanda).

Con lo anterior podría tenerse por cumplido el requisito examinado.

Sobre la segunda causa de denegación, el art. 15.1.b) del Real Decreto 240/2007 establece que cuando así lo impongan razones de orden público, seguridad pública o salud pública, podrán adoptarse, entre otras medidas, la denegación de la inscripción en el Registro Central de Extranjeros o la expedición o renovación de las tarjetas de residencia del régimen comunitario.

El art. 15.1.b) debe ponerse en relación con el art. 15.5 del mismo Reglamento, donde se establecen los criterios a tener en cuenta en la adopción de medidas como la aquí examinada. Especial interés reviste el art. 15.5.b), conforme al cual: *"Cuando se adopte por razones de orden público o de seguridad pública, deberán estar fundadas exclusivamente en la amenaza a la persona o a la propiedad de quien sea objeto de aquéllas, que, en todo caso, deberá constituir una amenaza actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, y que, en su caso, deberá estar valorada, por el órgano competente para resolver, en base a los informes de las Autoridades policiales, fiscales o judiciales que obren en el expediente. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá, por sí sola, razón para adoptar dichas medidas."*

En el caso, según recoge el Informe desfavorable emitido por la Dirección General de Extranjería y Policía, desde el año 2.010 al 2.012 la conducta personal del recurrente en España ha sido contraria al orden público, si bien por el resto de datos que aparecen en el expediente no se tienen dudas que en el momento actual suponga el recurrente una amenaza real, actual y grave para la sociedad.

**QUINTO.-** A lo anterior hay que añadir que el recurrente es padre de un niño nacido en España el 18 de noviembre de 2.012, con el que convive, que su pareja y madre del menor ha obtenido la nacionalidad española y está cobrando la Renta de Ingresos Mínimos y que el recurrente tiene la expectativa de un trabajo en firme.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sección Quinta, de fecha 26 de enero de 2012, establece lo siguiente: *<<La existencia de ese hijo español es fundamental para la resolución del recurso de casación, si se tienen en cuenta las siguientes ideas: 1ª.- La Constitución Española establece como principios rectores de la política social y económica el de la protección integral de la familia (artículo 39-1), así como el de la protección integral 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 los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en materia de protección del menor son: el interés superior del menor, la unidad familiar, la integración social, la igualdad de género y la participación de los menores en las decisiones que les afectan.>>*

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.). 2º.- 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). 3º.- 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".

(...)

SEXTO.- Como se ha indicado por autorizada doctrina da la impresión de que no se ha resuelto normativamente con la suficiente claridad los efectos que se derivan de la existencia de relaciones familiares a cargo del extranjero en vías de expulsión. Da la impresión de que a nivel normativo, no se valora las consecuencias de que, en algunos casos, las actuaciones del poder administrativo no sólo afecten a un interesado, sino que puedan afectar y de hecho lo hagan muy relevantemente, a otras dos o más personas integradas en núcleo familiar que no son parte. Se pasa de puntillas sobre el hecho de que con toda certeza se afectará a un menor de corta edad, quizá en situación cercana al desamparo. Y si se nos permite la hipérbole, cabría decir que la Administración hace auténtico Derecho de Familia dictando, en ciertos casos, acuerdos de expulsión, puesto que con sus resoluciones afectará a todo un complejo de potestades y situaciones familiares de dependencia que, en realidad, son indisponibles para las partes puesto que afectan a necesidades básicas. No cabe la menor duda de que, en determinadas circunstancias, una resolución administrativa acordando la sanción de expulsión, con prohibición de regreso durante unos cuantos años implica una auténtica quiebra matrimonial administrativa; ¿no sería predicable e incluso necesaria la presencia de los familiares dependientes que pueden verse afectados por la resolución en el procedimiento administrativo de expulsión? Y si el art. 3 del Estatuto del Ministerio Fiscal enumera una serie de supuestos competenciales, entre los cuales destaca su actuación en defensa de los incapacitados, menores de edad y personas en situación de desamparo ¿no debería actuar

*también el Ministerio Público en defensa de tales derechos de los terceros desamparados o menores de corta edad dentro de estos procedimientos, sean administrativos o judiciales?*

*Tanto da que un padre o una madre dejen de prestar la asistencia exigible a su hijo por razón de patria potestad, a causa de una expulsión administrativa o por voluntad propia, llevando a cabo una huida voluntaria o una salida forzosa, lo que exige el orden público es que se mantenga esa asistencia o se provea jurídicamente al respecto. En caso de no tener en cuenta estas disfunciones normativas sí estaremos inaplicando lo dispuesto en el art. 39 de la Constitución Española al caso concreto. En definitiva el recurso debe ser estimado.>>*

La doctrina expuesta, si bien trata sobre la expulsión, es de perfecto traslado y justa aplicación a los supuestos de autorizaciones de residencia y trabajo porque igualmente resultan perjudicados los derechos del menor cuando a sus progenitores se les impide residir o trabajar en España.

Por todo ello, debo concluir que la valoración de todas las circunstancias concurrentes en el caso abocan a la estimación del recurso y a reconocer a D.

el derecho a obtener la autorización de residencia de familiar ciudadano de la Unión Europea.

**SEXTO.-** Procede la estimación del recurso y la expresa imposición de costas a la Administración demandada, por imperativo del art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción.

**Y es por los anteriores fundamentos jurídicos, por los que este Juzgado emite el siguiente**

### **FALLO**

ESTIMAR EL PRESENTE RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NÚMERO 214 DE 2.013, INTERPUESTO POR LA LETRADA DÑA. CONCEPCIÓN CABANILLAS CÁRDENAS EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE D. [REDACTED], CONTRA LA RESOLUCIÓN DE LA SUBDELEGACIÓN DE GOBIERNO EN BIZKAIA, DE FECHA 23 DE ABRIL DE 2.013, QUE CONFIRMA EN ALZADA LA RESOLUCIÓN DE 22 DE FEBRERO DE 2.013 DE LA JEFA DE LA OFICINA DE EXTRANJERÍA EN BIZKAIA, POR LA QUE SE ACUERDA DENEGAR LA SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA DE FAMILIAR CIUDADANO DE LA UNIÓN EUROPEA, QUE ANULO, DECLARANDO EL DERECHO DEL RECURRENTE A OBTENER LA AUTORIZACIÓN SOLICITADA. CON EXPRESA IMPOSICIÓN DE COSTAS A LA ADMINISTRACIÓN DEMANDADA.

MODO DE IMPUGNAR ESTA RESOLUCIÓN: mediante RECURSO DE APELACIÓN EN AMBOS EFECTOS , por escrito presentado en este Juzgado en el plazo de QUINCE DÍAS, contados desde el siguiente a su notificación (artículo 81.1 de la LJCA), y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional

en el Banco Santander, con nº 4771.0000.00.0214.13, de un **depósito de 50 euros**, c  
indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "R  
Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Com  
Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos el  
exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

Así por esta mi Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pr  
mando y firmo.