

uacil A/s Mikel Maizkian

C/306/15

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN N° 454/2015

SENTENCIA NUMERO 63/2016

ILMOS. SRES.
PRESIDENTE:
D.LUIS ANGEL GARRIDO BENGOETXEA

MAGISTRADOS:
D.JOSE ANTONIO GONZALEZ SAIZ
DÑA.MARIA DEL MAR DIAZ PEREZ



En la Villa de Bilbao, a nueve de febrero de dos mil dieciséis.

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 04.03.2015 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 3 de DONOSTIA / SAN SEBASTIAN en el recurso contencioso-administrativo número 331/2014.

Son parte:

- **APELANTE:** SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN GIPUZKOA -
EXTRANJERIA, representado y dirigido por el ABOGADO DEL ESTADO .

- **APELADO** ~~EL GOBIERNO EN GIPUZKOA~~, representado por la Procuradora DÑA.
PAULA BASTERRECHE ARCOCHA y dirigido por el Letrado D.MIKEL
MAZKIARAN LOPEZ DE GOIKOETXEA.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSE ANTONIO GONZALEZ SAIZ.

Recepcionado en el
C. PROCURADORES EL DIA ANTERIOR

15 FEB. 2016

1

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN GIPUZKOA - EXTRANJERIA 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 9/2/2016, 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.- Se impugna la Sentencia nº 26-2015 dictada el 4 de marzo de 2015 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de los de San Sebastián en el Procedimiento Abreviado nº 331-2014.

SEGUNDO.- Muestra el expediente administrativo que la interesada, nacional marroquí, había solicitado Tarjeta de Residencia en su condición de familiar de ciudadano, español nacido en el Sáhara, de la Unión Europea. Ambos estaban casados, el matrimonio consta inscrito en el Registro Civil y tienen tres hijos -también nacionales españoles según sus DNI-, uno de ellos menor de edad que estudia Educación Primaria en el curso 2013-14 en un centro de Tolosa donde todos, esposos e hijos, residen desde febrero de 2014.

La interesada había aportado con su instancia contrato de seguro de salud efectivo-la prima anual es de seiscientos cuarenta y seis con ochenta euros- desde el mes de abril de 2014 hasta marzo de 2015 y una cuenta bancaria aperturada el 31 de marzo -la solicitud se presentó el 3 de abril de 2014- en la que consta que el mismo día 31 se habían traspasado desde otra cuenta mil euros y el día 1 de abril se efectuó una imposición de seis mil. El saldo medio semestral asciende a dos mil cuatrocientos cuarenta euros.

La Administración desestima la solicitud atendiendo a la falta de prueba en la unidad familiar de fuente de recursos económicos ex art. 7 del Real Decreto 240-2007.

En el recurso contencioso la actora mantiene, en resumen, que la protección constitucional de la familia implica que el tratamiento de un matrimonio, como es el caso, entre un español y una extranjera ha de merecer, aplicando el derecho a la igualdad, el mismo tratamiento que aquél en el que ambos cónyuges son españoles.

La Sentencia de instancia acoge dicha tesis y frente a ella la Apelación recuerda el texto de los arts. 2 y 7 del Real Decreto, la Orden PRE/1490/2012 dictada en su desarrollo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010 y Sentencias del TJUE y TEDH de los que infiere que la residencia y libre circulación de ciudadanos de la Unión Europea no está sujeta a condiciones que resulten trasladables a los parientes de esos ciudadanos pertenecientes a estados ajenos a la Unión.

TERCERO.- La resolución del caso planteado exige tener en cuenta los siguientes aspectos.

En primer lugar, se trata de una familia nuclear que vive unida en España y se integra por los progenitores -casados mediante matrimonio que, inscrito en el Registro Civil, produce plenos efectos conforme a la Ley Española- e hijos, entre ellos un menor de edad sujeto a la patria potestad de aquellos.

El padre y los hijos son españoles, la madre es marroquí.

El ordenamiento español reconoce al padre e hijos, en tanto que españoles, la plena libertad de desplazamiento y residencia en España sin condicionante económico alguno previo.

Los 10, 32, 39 y 53 de la Constitución Española permiten deducir que, entre otros pilares, la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad son fundamento del orden político y de la paz social; y que se satisfacen, entre otros instrumentos, a través del derecho fundamental al matrimonio y a través de la protección de la familia en las facetas económica, social y jurídica, de la protección los hijos con independencia de su filiación y de la protección de las madres.

Los materiales normativos para ello los hallamos bien a través de la aplicación directa de estos preceptos en la medida en que lo permitan, a través de los Tratados Internacionales en la materia, a través de sus Leyes de desarrollo, a través de la aplicación de los principios generales subyacentes y a través de su eficacia como elementos inspiradores de la labor normativa y práctica jurisdiccional.

Tenemos así que en la norma de máximo rango se sacralizan el matrimonio, la familia y la filiación y esto ha de tener su consecuencia lógica en las normas de rango inferior y en la interpretación.

En este sentido la Sentencia nº 186-2013 del Tribunal Constitucional recoge que "es jurisprudencia constitucional reiterada ... que el "derecho a la vida familiar" derivado de los arts. 8.1 CEDH (LA LEY 16/1950) y 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea no es una de las dimensiones comprendidas en el derecho a la intimidad familiar ex art. 18.1 CE (LA LEY 2500/1978) y que su protección, dentro de nuestro sistema constitucional, se encuentra en los principios de nuestra Carta Magna (LA LEY 2500/1978) que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE (LA LEY 2500/1978)) y que aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE (LA LEY 2500/1978)) y de los niños (art. 39.4 CE (LA LEY 2500/1978)), cuya efectividad, como se desprende del art. 53.2 CE (LA LEY 2500/1978), no puede exigirse a través del recurso de amparo, sin perjuicio de que su reconocimiento, respeto y protección informará la práctica judicial (art. 53.3 CE (LA LEY 2500/1978)), lo que supone que los jueces ordinarios han de tenerlos especialmente presentes al ejercer su potestad de interpretar y aplicar".

La Sentencia se refiere a un supuesto de expulsión pero es perfectamente trasladable a otros como el de autos ya que si para acordar la medida más drástica cual es la expulsión de quien legalmente se encuentra en España junto con su familia, esto es, si para resolver sobre la procedencia o no de la privación de efectos de la autorización previa han de tenerse presentes los principios expuestos igualmente habrán de ser considerados cuando se trata de resolver sobre la procedencia de la autorización misma. Consecuentemente, en principio, habrá de valorarse si la negativa a la tarjeta de residencia que implica también la negativa a la reagrupación familiar es proporcionada a las circunstancias del caso concreto o dicho de otro modo si las exigencias previstas en la norma para acceder a la tarjeta de residencia en casos como el presente son proporcionadas a la finalidad que con ellas se pretende. La respuesta que avanzamos es absolutamente negativa ya que ni son proporcionadas ni tampoco están amparadas normativamente.

No es preciso acudir a los principios de prevalencia y primacía que articulan la relación entre los Derechos interno y comunitario europeo ya que uno y otro en esta materia parten de unos mismos principios que conducen a unas mismas soluciones. Terminamos de analizar la doctrina del Tribunal Constitucional y hemos visto como las normas europeas y españolas son armónicas, y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, v gr en la Sentencia de 6 de diciembre de 2012-recurso C 356/2011 (en la que resuelve una cuestión prejudicial cuyo sustrato fáctico se integra por la nacionalidad y la filiación como puntos de conexión para lograr el reagrupamiento en términos ni mucho menos tan claros y contundentes como los del supuesto en estudio), podemos leer cuanto sigue:

“si bien los Estados miembros tienen la facultad de exigir que se acredite que el reagrupante dispone de recursos fijos y regulares suficientes para su propia manutención y la de los miembros de su familia, dicha facultad debe ejercerse a la luz de los artículos 7 y 24, apartados 2 y 3, de la Carta, que obligan a los Estados miembros a examinar las solicitudes de reagrupación familiar en interés de los menores afectados y procurando también favorecer la vida familiar, así como evitando menoscabar tanto el

objetivo de la citada Directiva, como su efecto útil. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si las decisiones denegatorias del permiso de residencia de que se trata en los litigios principales se adoptaron cumpliendo estas exigencias”.

El Código Civil en sus arts. 22, 68, 70, 154 y 160 nos ofrece varios importantes elementos que podemos tratar conjuntamente y así se puede afirmar que no hay condicionamiento alguno por razón de nacionalidad para el matrimonio entre personas de nacionalidad española y extranjeras. No se exige el disponer previamente de medios de vida para contraer matrimonio en tales supuestos. Del matrimonio surge una obligación fundamental para nuestro estudio cual es que ambos cónyuges deben vivir juntos y que ambos son quienes deciden dónde fijan su residencia. Como progenitores de menores de edad sujetos a su patria potestad van a contar con la obligación, entre otras, de tener a sus hijos en su compañía y estos, por su parte, ostentan el derecho a relacionarse con sus padres. Por cierto que tampoco resulta exigido por la norma que los padres deban tener medios de vida como presupuesto para tener descendencia.

Del Código Civil, interpretado a la luz de los preceptos constitucionales y doctrina antes referidos, se infiere que si una persona de nacionalidad y residencia española contrae matrimonio por la Ley española, en España, con una persona extranjera, de un estado ajeno a la Unión Europea y al Espacio Económico Europeo, y tienen hijos menores van a tener, entre otras, la obligación -que también es derecho- de residir juntos y de relacionarse entre, y todo ello sin condicionante civil alguno previo de naturaleza económica y/o laboral. Tampoco, en el supuesto de que contasen con trabajo y medios previamente, su reducción o pérdida total posterior va a causar ni la extinción del matrimonio ni mucho menos de la patria potestad ni de las obligaciones surgidas de uno y otra.

A todo ello se le añade que la persona que contrae matrimonio con quien ostentaba la nacionalidad española va a contar con facilidades para obtenerla también, es suma, no la obtiene directamente pero sí sin obstáculos excesivos para favorecer el desarrollo de las relaciones obligatorias que hemos expuesto y con ello al propio matrimonio, a la familia y a los hijos.

La norma especial, con rango de Ley, es el Código Civil y ya vemos que impone una serie de obligaciones y derechos en supuestos como el en estudio incompatibles, en principio, con exigencias como las que en autos se plantean, esto es, no se cuestiona que haya que formalizar la residencia pero sí que haga falta en estos casos contar con medios de vida y/o contrato de trabajo para lograrlo. El Código Civil, regulador sustantivo del matrimonio y filiación en supuestos como el de autos, permite el matrimonio y la filiación e impone una serie de derechos y obligaciones sin condicionar nada de ello a presupuestos de naturaleza económica o laboral.

El Real Decreto 240-2007 no puede, por razones evidente de rango normativo, contravenir las disposiciones del Código Civil además de que tampoco la LO 4-2000 contiene habilitación suficiente para imponer condicionamientos como el cuestionado.

Lo cierto es que tampoco su texto incorpora antinomia alguna como la

defendida en la Apelación y basta con interpretar que se refiere a supuestos distintos al aquí planteado -uno de los progenitores y cónyuge es español con residencia en España, los hijos son también españoles y residentes en España y es el otro cónyuge y progenitor quien carece de nacionalidad española-, veamos.

El Real Decreto regula la entrada, libre circulación y residencia en España de los ciudadanos de los estados miembros de la Unión Europea tal y como se expone en su título y en el art. 1. No le es aplicable al esposo de la apelada ni a sus hijos por la sencilla razón de que son ciudadanos españoles y como tales pueden entrar, salir, desplazarse, etc libremente. En segundo lugar, las relaciones matrimoniales y de filiación son las que hemos visto que trata el Código Civil en los términos que igualmente hemos analizado, por lo tanto, si el Código Civil reconoce tales derechos y obligaciones -vivir juntos, relacionarse, tener a los hijos en su compañía- es a lo que ha de estarse.

El propio art. 1 del Reglamento dispone que las previsiones de las leyes especiales serán prevalentes a su regulación.

El art. 2 establece la aplicación del Reglamento a los familiares de los ciudadanos españoles y enumera entre ellos a su cónyuge y a los descendientes de ambos.

El art. 3 condiciona el ejercicio de los derechos que reconoce a las personas sometidas a su regulación al cumplimiento de determinados requisitos, entre ellos, los establecidos por el art. 7.

El art. 7, en el que se detallan los requisitos que la Administración ha exigido a la apelada antepone a la enumeración de aquellos diciendo que:

“1. Todo ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo tiene derecho de residencia en el territorio del Estado Español por un período superior a tres meses si”.

Es evidente que no se refiere a supuestos como el de autos porque sus destinatarios son ciudadanos de estados de la Unión o del Espacio Económico que pretendan fijar su residencia en España. La recurrente no es nacional de ningún estado de la Unión ni del Espacio Económico Europeo.

De otro lado si consideramos que como quiera que el art. 2 incluye, en los términos previstos por el propio Reglamento, también a los familiares de los ciudadanos de la Unión entre los destinatarios de la regulación y que el art. 7.2 utilizando aquella habilitación expresamente incluye entre los sujetos del art. 7.1 a los parientes de las personas en él referidas se suscita la duda, que vamos a resolver en sentido negativo, de si cabe entender que se refiere también a los extranjeros de terceros estados parientes de españoles residentes en España, como ocurre en el caso.

Aún con esa ampliación el art. 1 se estaría refiriendo a los parientes de ciudadanos distintos de los españoles -estos, como hemos dicho, son libres de entrar, salir, permanecer en España sin límite temporal alguno y desplazarse- ergo no cabría incluir en

el supuesto a la apelada y ello es así con toda lógica porque ya el Código Civil, de superior rango y norma especial, regula la situación como antes hemos visto.

Si a pesar de todo ello considerásemos que se refiere también a los parientes de los ciudadanos españoles residentes en España hay que tener en cuenta que el artículo se refiere a todos los parientes, sin diferenciar, y por ello habría que limitar su contenido a los que exceden de la familia nuclear pues ésta se encuentra regulada por el Código Civil -norma especial y con rango superior- que no puede ser conculcado por el Reglamento en estudio.

También desde un enfoque puramente lógico la situación que se plantea en la Apelación es completamente irrazonable y cabe añadir que la apelante incluso actúa contra sus propios actos pues la Sentencia que el mismo Juzgado dictó el 28 de junio de 2013 en el recurso nº 41-2013 no fue apelada.

CUARTO.- De acuerdo con los arts. 86 y 139 de la LJ no se dará recurso ordinario frente a esta Sentencia y se imponen al apelante las costas procesales generadas.

Ante lo expuesto la Sala

FALLA

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Apelación formulado por el ABOGADO DEL ESTADO contra la Sentencia nº 26-2015 dictada el 4 de marzo de 2015 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de los de San Sebastián en el Procedimiento Abreviado nº 331-2014 y, en consecuencia, la confirmamos.

El apelante soportará las costas procesales causadas.

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.

DILIGENCIA.- En Bilbao, a once de febrero de dos mil dieciséis.

La extiendo yo, Letrado de la Administración de Justicia, para hacer constar que en el día de hoy la anterior sentencia, firmada por quienes la han dictado, pasa a ser pública en la forma permitida u ordenada en la Constitución y las leyes, quedando la sentencia original para ser incluida en el libro de sentencias definitivas de esta sección, uniéndose a los autos certificación literal de la misma, procediéndose seguidamente a su notificación a las partes. Doy fe.

EGINBIDEA.-Bilbao(e)n, bi mila eta hamasei (e)ko otsailaren hamaika(e)an.

Nik, Justizia Administrazioaren letradua naizen honek, egiten dut, jasota gera dadin, aurreko epaia --eman dutenek berek sinatua-- publiko egin dela gaur, Konstituzioak eta legeek onartu edo agindutako moduan, eta jatorrizko epaia atal honetako behin betiko epaien liburuan sartzeko uzten dela, autoei epaiaren hitzez hitzeko ziurtagiria erantsiko zaiela eta jarraian alderdiei jakinaraziko zaiela. Fede ematen dut.