

SENTENCIA Nº 190/2017

En BILBAO (BIZKAIA), a diecinueve de diciembre de dos mil diecisiete.

Vistos por mí, ALFONSO ALVAREZ-BUYLLA NAHARRO, MAGISTRADO del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 4 de BILBAO (BIZKAIA), los autos del recurso contencioso-administrativo registrado con el número 166/2016, seguidos por los trámites del procedimiento abreviado, en los que figura como demandante D^a Rkia Bouchtchi, representada y defendida por la letrada D^a Inmaculada Pérez García, y como demandada la SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN BIZKAIA, representada y defendida por el Abogado del Estado, en el que se impugna la RESOLUCIÓN DE ONCE DE ABRIL DE 2016 QUE DESESTIMA EL RECURSO DE ALZADA FRENTE A LA RESOLUCIÓN QUE DENEGABA LA AUTORIZACIÓN DE PERMISO DE RESIDENCIA FAMILIAR DE CIUDADANO DE LA UNIÓN EUROPEA A D^a Rkia Bouchtchi, se dicta la presente sentencia a partir de los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El día 26 de mayo de 2016 tuvo entrada en el Juzgado Decano de Bilbao escrito del letrado Sr. Pérez espadas (después sustituido por la letrada Sra. Pérez García) en representación de D^a Rkia Bouchtchi interponiendo recurso contencioso administrativo contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno de Bizkaia de fecha once de abril de 2016, que desestimaba el recurso de alzada interpuesto frente a la resolución de dieciocho de febrero de 2016 que denegaba la autorización de permiso de residencia por ser familiar de ciudadano de la Unión Europea a la recurrente, solicitando la concesión de la mencionada autorización, con expedición de la correspondiente tarjeta acreditativa.

Segundo.- Turnada la demanda a este Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4 de Bilbao, y admitida a trámite por decreto de siete de junio de 2016, tras subsanarse los defectos procesales apreciados, se dio traslado de la misma a la Administración demandada, requiriéndole para la aportación del correspondiente expediente administrativo y citando a las partes para la vista que se celebró, tras una suspensión, el día trece de diciembre de 2017.

Tercero.- En la fecha señalada, y compareciendo ambas partes, el recurrente se ratificó en su demanda, en tanto el Abogado del Estado expuso las causas de oposición. Practicada como prueba la documental, y una vez formuladas las conclusiones por las partes, quedaron los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De la resolución impugnada y los motivos del recurso

La parte actora recurre la denegación de la expedición de la tarjeta de residencia por familiar de ciudadano de la Unión Europea alegando que la Sra. Bouchtchi es esposa y madre de ciudadanos españoles, y que no le es de aplicación el art. 7.2 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre Entrada, libre circulación y residencia en España de Ciudadanos de Estados Miembros de la Unión Europea, sino el art. 8 del mismo reglamento, que no exige requisitos económicos para la obtención del permiso de residencia.

La Administración se opone al recurso alegando que no se acreditan ingresos suficientes para subsistir, como exige el art. 7.2 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre Entrada, libre circulación y residencia en España de Ciudadanos de Estados Miembros de la Unión Europea.

Segundo.- De la aplicación del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero

Ha de dejarse sentado, en primer lugar, que en el presente caso sí sería de aplicación el art. 7.2 del Real Decreto 240/2007 alegado por la Abogacía del Estado, toda vez que se refiere expresamente a miembros de la familia que no sean nacionales de un Estado miembro cuando acompañen al ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o se reúnan con él en el Estado español; caso en el que se encuentra la recurrente. El art. 8 encierra un contenido procedimental, pues no es lógica la interpretación que exige mayores requisitos a nacionales de estados miembros de la UE que a los que no lo son. Cuestión distinta es la colisión de este reglamento con normas de rango superior y la protección de menores, como se verá.

El art. 7.2 del mencionado Real Decreto establece una serie de límites o condiciones a la hora de conceder permiso de residencia a familiares de ciudadanos de la Unión Europea cuando sean mayores de 21 años, no vivan a cargo del ciudadano comunitario y no sean dependientes (interpretación conjunta con el art. 2.c del mismo reglamento), a saber:

a) Es un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en España, o

b) Dispone, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España, o

c) Está matriculado en un centro público o privado, reconocido o financiado por la administración educativa competente con arreglo a la legislación aplicable, con la finalidad

principal de cursar estudios, inclusive de formación profesional; y cuenta con un seguro de enfermedad que cubre todos los riesgos en España y garantiza a la autoridad nacional competente, mediante una declaración o por cualquier otro medio equivalente de su elección, que posee recursos suficientes para sí y los miembros de su familia para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado español durante su período de residencia.

En el presente caso, los ingresos de la recurrente provienen de ayudas públicas, l que evidentemente no supone ingresos que encajen en la exigencia reglamentaria. Sin embargo, tanto el art. 39 de la Constitución Española, como la Carta de Derechos de la Unión Europea reconocen el derecho a la vida familiar y que, como normas de rango superior, han de aplicarse con prioridad a la regulación reglamentaria, no es menos cierto que tal concepto de vida familiar no puede interpretarse con una amplitud que vaya más allá de la realidad social existente. Existe jurisprudencia, tanto del TJUE como española, que reconoce el derecho a la residencia de familiares de ciudadanos de la Unión Europea aún sin ingresos demostrables, con base en el reconocimiento del derecho de la vida familiar.

En este sentido, la sentencia de Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 24 de noviembre de 2016 lo razona profusamente, haciendo suya la doctrina expuesta en su sentencia de 15 de diciembre de 2015, referida en este caso, no aun hijo mayor de edad, sino al cónyuge extracomunitario de un ciudadano español, supuesto que la sentencia de noviembre de 2016 equipara. Conviene recoger la doctrina emanada de la sentencia de diciembre de 2015: *La cuestión que se suscita estriba en determinar si la obtención de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea solicitada por el recurrente por su condición de esposo de una ciudadana española, está condicionada a acreditar recursos económicos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social de conformidad con lo previsto por el artículo 7.2 del Real Decreto 240/2007, tal y como concluyó la resolución recurrida y confirma la sentencia apelada.*

La aplicación a los familiares de nacionales españoles ciudadanos de Estados terceros de la Unión Europea o el Espacio Económico Europeo es incuestionable, tras la STS de 1 de junio de 2010 (Rec. 114/2007) que anuló la expresión "otros Estado miembros" contenida en el art. 2 del RD 240/2007, de 16 de febrero, en su redacción originaria (fundamento jurídico segundo) y la disposición final tercera 2 que introducía en el Reglamento de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el RD 2393/2004, de 30 de diciembre, una nueva disposición adicional vigésima con el título "Normativa aplicable a miembros de la familia de ciudadano español que no tengan nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo" precisamente para colmar el vacío que el art. 2 ocasionaba al excluir a los nacionales españoles de su ámbito de aplicación (Fundamento jurídico décimo primero). Así lo confirma la STS de 24 de julio de 2014 (Rec.62/2014) en su fundamento jurídico tercero.

El art. 7.1.b) del RD 240/2007 exige para conceder la tarjeta de residencia UE por más de tres meses a los ciudadanos de la Unión o del Espacio Económico Europeo que no se hallen en los demás supuestos de dicho apartado, la disposición, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España.

Respecto de sus familiares nacionales de países terceros, el derecho de residencia que contempla el art. 8, se halla por tanto condicionado a que el ciudadano de la Unión o del

espacio Económico Europeo al que acompaña o con el que se reúne disponga de tales recursos.

La cuestión es si la aplicación de dicho régimen jurídico a los nacionales españoles respecto de sus familiares ciudadanos de terceros Estados y, concretamente y por lo que aquí interesa al esposo de una ciudadana española, exige la disposición de recursos económicos para que no se convierta en una carga para la asistencia social en España.

A la hora de dar respuesta a dicha cuestión no ha de olvidarse que el Real Decreto 240/2007 transpone la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, y tiene por finalidad garantizar el derecho de todo ciudadano de la Unión a circular residir libremente en el territorio de los Estados miembros, derecho que no es incondicionado, puesto que el artículo 7.1 . b) de la Directiva exige para la residencia por más de tres meses que disponga para sí y su familia de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado de acogida.

Sin embargo, en el supuesto de autos, no se trata de un ciudadano de la Unión que se desplaza a otro Estado miembro de acogida, sino de una ciudadana nacional española que reside en España y cuyo esposo extracomunitario pretende la residencia junto a ella en España, siendo evidente que no es aplicable la exigencia de disposición de recursos económicos a la ciudadana española en orden a que no se convierta en una carga para la asistencia social española, puesto que dicha asistencia constituye un derecho inherente a la nacionalidad.

Siendo ello así, la cuestión estriba en determinar si la exigencia de disposición de recursos económicos opera en relación con el esposo extracomunitario, esto es, si resulta exigible acreditar la disposición de recursos económicos suficientes para que el esposo no se convierta en una carga para la asistencia social española.

A la hora de dar respuesta a dicha cuestión no cabe ignorar que la exigencia de tales recursos puede impedir la reunión de los esposos en España, afectando con ello gravemente a su derecho a una vida privada y familiar en los términos en que está reconocido por el art. 8.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas de 4 de noviembre de 1950 y art.7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, afectación que no se produce en el caso de los ciudadanos de la Unión que se desplazan a otro Estado miembro a los que se les exige la disposición de medios económicos para ellos y sus familiares extracomunitarios que pretendan reunirse con ellos, ya que si carecen de medios pueden optar por reunirse en el país del que el ciudadano de la Unión es nacional, cosa que no ocurre con la ciudadana española de la Litis, ya que para mantener la unidad familiar se vería obligada a seguir a su esposo a Guinea Ecuatorial, renunciando a los derechos inherentes a su nacionalidad.

Acogiendo, pues la interpretación recogida en la jurisprudencia citada, y que se ve reforzada por la obligada protección que ha de prestarse a los menores de edad, como lo es el hijo de la recurrente, ha de declararse que la negativa a la autorización de residencia temporal no se ajusta a Derecho, debiendo estimarse el recurso y acceder a la petición formulada por el recurrente.

A ello no obsta, por lo demás, la alegación de la Abogacía del Estado, carente de soporte documental, de que la Sra. Bouchtchi ya es beneficiaria de una autorización de residencia por razones excepcionales de arraigo familiar, pues no se trata de autorizaciones de la misma naturaleza, ni se encuentra acreditada esta concesión.

Tercero.- De las costas

La estimación de la demanda supone la condena en las costas procesales a la parte demandada (*artículo 139.1 Ley 29/1998, de 13 de julio*).

Vistos los preceptos legales invocados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Estimar en su integridad el recurso contencioso-administrativo formulado por la letrada Sra. Pérez García en representación de D^a [redacted] contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno de Bizkaia de fecha once de abril de 2016, que desestimaba el recurso de alzada interpuesto frente a la resolución de dieciocho de febrero de 2016 que denegaba la autorización de permiso de residencia por ser familiar de ciudadano de la Unión Europea a la recurrente, que se declara contraria a derecho, dejándola sin efecto y declarando el derecho de la recurrente a la concesión de la tarjeta de residencia temporal de familiar de ciudadano de la Unión Europea solicitada.

Con 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 de un **depósito de 50 euros**, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15^a LOPJ).

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

PUBLICACIÓN.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr. MAGISTRADO que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.