

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN N.º 455/2019

SENTENCIA NÚMERO 206/2020

ILMOS. SRES.
PRESIDENTE:
D. LUIS ÁNGEL GARRIDO BENGOCHEA

MAGISTRADOS:
D^a. MARIA JOSEFA ARTAZA BILBAO
D. JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ SAIZ

En la Villa de Bilbao, a veintiocho de mayo de dos mil veinte.

La Sección 3^a 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 n^o 53-2019 dictada el 27 de febrero por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n^o 4 de los de Bilbao en el Procedimiento Abreviado n^o 258-2018.

Son parte:

- **APELANTE:** _____, representado por la procuradora D^a. PÉREZ. y dirigido por el letrado D. RAFAEL ALONSO

- **APELADO:** SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN BIZKAIA, representado y dirigido por el ABOGADO DEL ESTADO.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia por la que se estime el recurso de apelación interpuesto revocando y dejando sin efecto la dictada por el Juzgado acordando la concesión a favor de la hoy apelante la autorización de residencia permanente de familiar de ciudadano de la UE.

SEGUNDO.- El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado al/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, verificada la oposición por la apelada, suplicó la desestimación de apelación, confirmando la sentencia apelada.

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 27/05/2020, 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 53-2019 dictada el 27 de febrero por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4 de los de Bilbao en el Procedimiento Abreviado nº 258-2018.

SEGUNDO.- La Sentencia de instancia desestima el recurso el recurso al considerar aplicable al supuesto en estudio el art. 7 del Real Decreto 240/2007 y no reunir la interesada los requisitos que en el mismo se exigen puesto que tanto ella como su esposo (ciudadano español) carecerían de medios de subsistencia referidos.

La Apelación se sustenta sobre un motivo esencial cual es que a juicio del recurrente el art. 7 aludido no encuentra entre sus destinatarios a los familiares extranjeros de ciudadanos españoles; mantiene que serían los arts. 9 y 10 los aplicables y no resultaría de los mismos la necesidad de contar con medios económicos.

TERCERO.- Para resolver la Apelación estimamos conveniente transcribir el criterio que ante supuestos de esta naturaleza hemos venido manteniendo y que se resume en que el voto mayoritario del Tribunal, siguiendo al Tribunal Supremo, se ha inclinado a favor de confirmar el criterio de la instancia pero reflejándose en un Voto Particular el criterio favorable a la apelante bien que con argumentos jurídicos esencialmente distintos a los razonados en la Apelación.

En tales Sentencias decíamos:

“El criterio de la Sala respecto de la cuestión esencial del recurso, esto es, si el art. 7 del Real Decreto le es aplicable y son por ello exigibles sus previsiones a los ciudadanos españoles es el mismo que expone el Tribunal Supremo en la Sentencia de 23 de mayo pasado-recurso de Casación 3292/2017 en la que reitera lo ya dicho al resolver dicha cuestión interpretativa en las Sentencias de 18 de julio de 2017-recurso de Casación 298/2016, y en las Sentencias de 11 de junio, 3 de julio y 963 de 11 de julio, las tres de 2018.

Al resultar aplicable dicho precepto a los ciudadanos españoles la Sentencia apelada ha de ser confirmada.

4º No obstante lo anterior, que expresa el criterio mayoritario de la Sala y que no impide a este Ponente su redacción tampoco obstáculo por ello y en aras a evitar dilaciones injustificadas y alterar el curso de las ponencias, dictaremos el Voto Particular que después se expondrá y que es muestra del criterio que hemos utilizado tiempo atrás en asuntos de corte muy similar al presente...

A continuación expondré detalladamente las razones que me han llevado a discrepar del criterio, igualmente razonable, de mis compañeros de Sección pero considero importante apuntar en este momento las siguientes premisas.

En primer lugar, el hecho de que el Tribunal Supremo haya fijado jurisprudencia en las Sentencias que han quedado antes reseñadas no es inconveniente para el dictado de este Voto ya que no se trata, el planteado en aquella Sentencia y el objeto de nuestro proceso, de situaciones de hecho equivalentes y, lo que es más importante, en aquellas se resuelve sobre un planteamiento jurídico también diverso.

En segundo lugar, la posición que defiendo se puede presentar, resumidamente en este momento, en que cuando en una relación conyugal o de filiación concurren personas de nacionalidad española junto con naturales de otros países va a ser la norma civil española y no la de extranjería la que deba aplicarse de modo que no resultará necesario el que el componente extranjero de la relación precise de autorización administrativa alguna ni por ende de medios económicos para permanecer en España junto con, según se trate, sus descendientes o ascendientes o junto con su cónyuge.

En tercer lugar -pero en íntima relación con el párrafo anterior y se trata el que comentamos de un supuesto no como el de autos pero que en ocasiones se ha dado y al que el criterio jurisprudencial no daría solución- no es en absoluto razonable que si España ha otorgado la nacionalidad española a una menor extrajera de origen, y menos aún constante esa minoría de edad y graves problemas de salud, no facilite a la madre todas las condiciones necesarias para que pueda permanecer junto a su hija -española-, y

es esta una exigencia que se ve íntegramente satisfecha mediante la aplicación de las normas civiles -que, además, serían *lex specialis*- y que en cambio solo verá obstáculos con las aplicación de las normas de extranjería.

Los razonamientos concretos en que se fundamenta mi posición son los que paso a desarrollar.

1º La Sentencia de instancia aplica la norma de extranjería y exige por ello autorización administrativa y medios económicos para que pueda permanecer en España el cónyuge o pareja de hecho o hijos extranjeros de la persona con ciudadanía española o para que pueda permanecer en España el padre o madre o ambos extranjero o extranjeros del hijo o hijos menores y españoles.

2º El planteamiento abstracto del problema se puede resumir en que España ha otorgado la nacionalidad española a una persona y tras ello surge la pregunta de si puede condicionar también España la presencia en el territorio nacional de los padres -o del alguno de ellos- o del cónyuge o pareja de hecho de aquella de modo que ponga en grave riesgo o incluso llegue a impedir el ordinario devenir de los derechos y obligaciones que componen la patria potestad o del matrimonio.

Dicho de otro modo se trata de resolver si resulta exigible al componente extranjero de la relación de filiación o matrimonial o unión similar a esta última el contar con autorización administrativa para su permanencia en España y más concretamente en si debe contar con medios de subsistencia o si se trata de un supuesto que ha de resolverse aplicando únicamente normas civiles.

Esta misma Sala y Sección ya se ha enfrentado a este problema y ofreció en su día una solución novedosa en su momento (Apelación nº 454-2015) que fue reiterada en muchas resoluciones posteriores a aquella que pasamos a recordar mediante su transcripción extensa para una mejor ilustración -en la misma veremos las razones por las que consideramos que no hay incongruencia *extrapetitur* por nuestra parte-:

“en ... múltiples asuntos precedentes la Sala, concretamente esta misma Sección y en Ponencias ... se ha aplicado una solución novedosa hasta entonces para todos aquellos supuestos en los que presente una unión matrimonial o afectiva equivalente con o sin descendientes menores de edad se conjugaban componentes extranjeros y españoles de modo que como mínimo uno de los integrantes de la pareja o uno de los descendientes menores debía contar con la nacionalidad española.

En estos casos la solución adoptada consistía en estimar que el componente español -después traeremos a la vista las distintas razones para justificarlo- daba lugar a que no les resultase exigible a los demás componentes de la familia para poder residir en España ni el contar con medios de vida suficientes ni autorización o tarjeta de residencia alguna.

...será en todo caso la legislación civil relativa al matrimonio junto, en su caso, a la correspondiente a la filiación las aplicables con relación a la presencia en España en las condiciones antes descritas.

En este sentido la Ley Orgánica 4-2000 en su art. 1 dispone que su regulación no incidirá en aquellas otras previstas por normas especiales, por lo tanto, en principio, si el Código Civil da respuesta singular a supuestos como el de autos no va a ser la Ley Orgánica referida a la que deba acudirse. Y partiendo de esta premisa resulta muy ilustrativo el examen de las normas que disciplinan la reagrupación familiar (arts. 17 y siguientes de la LO 4-2000). Parece más que razonable que en los supuestos de matrimonio entre nacional español y extranjero el reagrupante fuese el componente español de la relación; las razón es obvia y es que esta persona es quien tiene un indiscutido derecho a permanecer en España. Sin embargo este supuesto no está previsto siquiera en los artículos referidos pues la situación que regulan es aquella en la que el reagrupante es extranjero residente en España. Tal silencio de la norma, después del análisis que hemos efectuado a lo largo de los sucesivos fundamentos jurídicos de esta Sentencia, no nos parece que obedezca a una deficiente técnica legislativa ni a un olvido del Legislador sino que responde ni más ni menos a que el Legislador es consciente de que en estos casos no va a resultar necesaria autorización de residencia alguna ni por ello la exigencia de los condicionantes previos a las mismas ya que la situación está perfectamente regulada, con toda lógica además, por la legislación civil ordinaria.

La premisa expuesta es el germen último de la respuesta que hemos dado en los supuestos anteriores a que antes me he referido y sobre los que ahora vuelvo. En los razonamientos que hemos aplicado hasta ahora -en supuestos en los que no mediaba condena del componente extranjero de la relación de pareja o de filiación- se muestran mejor a través de la transcripción completa de los mismos pues un mero resumen quizá nos haría perder detalles importantes. Y me ha parecido más ilustrativo aún el que la transcripción sea de una resolución en la que adaptábamos los argumentos utilizados en un recurso precedente en el que se ventilaba a qué condiciones debía someterse la residencia en España de una extranjera madre de un menor español y residente en España a otro supuesto en el que la cuestión que se trata es la de un matrimonio en el que la esposa es Española y residente en España y el esposo es extranjero y pretende residir en España.

Los argumentos han sido los siguientes:

“-En primer lugar, ya hemos visto que resulta pacífico que la actora es madre de un menor de edad español y residente legalmente en España (en el caso el apelante es esposo de la ciudadana española).

El ordenamiento español reconoce al hijo (en el caso, a la esposa), en tanto que español, 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 (tampoco las condenas penales aparecen como elemento impeditivo o condicionante del matrimonio). 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 va a surgir, entre otras, la obligación -y el derecho- de residir juntos y de relacionarse entre, y todo ello sin condicionante civil alguno previo de naturaleza económica, laboral o derivado de Sentencia penal. Tampoco, en el supuesto de que contasen con trabajo y medios previamente su disminución o la pérdida total posterior van a causar la extinción del matrimonio ni mucho menos de la patria potestad ni de las obligaciones surgidas de uno y otra, y -salvo excepciones que no concurren en autos- lo mismo cabe decir si uno de los cónyuges resulta condenado penalmente.

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 o penal.

El Real Decreto 240-2007 no puede, por razones evidentes 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 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.

La consecuencia de todo ello es que en supuestos como el en estudio la norma especial que habilita la permanencia legal en España es la regulación prevista por el Cc para el matrimonio y la filiación”.

...tampoco el hecho de haberse solicitado por el apelante la autorización de residencia como ... implica que incurramos en incongruencia si resolvemos que procede su permanencia en España sin sujeción a autorización alguna pues el solo hecho del matrimonio con nacional española lo exoneraría de tal necesidad.

Viene al caso para justificar este criterio el razonamiento que ya se utilizó por mi parte como Ponente en asuntos similares ... decíamos lo siguiente:

“Antes de desarrollar nuestro razonamiento debemos recordar que el art. 218 de la LEC nos faculta para utilizar una argumentación jurídica diferente a la empleada por los litigantes sin incurrir por ello en incongruencia extra petitum siempre que se den determinadas premisas. Así, de las Sentencias del Tribunal Constitucional tan relevantes

como las nº 227-2000, 8-2004, 204-2009, 144-2007, 3-2011, 56 y 133-2013 podemos extraer que:

“el órgano judicial únicamente está vinculado por la esencia de lo pedido y discutido en el pleito, y no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formalmente solicitadas por los litigantes, de forma que no existirá la incongruencia extra petitum cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una pretensión que, aunque no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso (STC 9/1998 (LA LEY 1395/1998), FJ 2). En otras palabras, lo constitucionalmente decisivo desde las coordinadas procesales esenciales que exige el art. 24 CE (LA LEY 2500/1978), es si el sujeto ha podido alegar y probar lo que estimase por conveniente en relación con todos los aspectos esenciales del conflicto en el que se halla inmerso y que van a ser objeto de pronunciamiento judicial. Y ello sucederá claramente en relación con los aspectos expresa y formalmente suscitados por las partes y con los que lógica o legalmente se hallan anudados a ellos, pero también podrá suceder con pretensiones implícitas de tal naturaleza que hagan «razonablemente previsible» su inclusión en el contenido del fallo “.”

Y en nuestras Apelaciones nº 81-2014, 277-2013 y 31-2012 hemos dicho:

“debemos recordar la máxima iura novit curia conforme a la cual (Sentencias del Tribunal Constitucional, v gr, nº 182-2000, 130 y 170 de 2004; y del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2003 y 18 de enero de 2006-recurso nº 5084/2002) el órgano jurisdiccional puede aplicar el derecho procedente aún cuando las partes no lo hayan argumentado sin que por ello se incurra en incongruencia extrapetita ni se genere indefensión siempre que no se haya alterado el hecho alegado ni la pretensión. Concretamente el Tribunal Supremo lo desarrolla en la referida Sentencia de 18 de enero de 2006 en los siguientes términos:

“...esta Sala del Tribunal Supremo ha declarado en sus Sentencias de 15 de febrero de casación 8895/1998), 14 de julio (recurso de casación 4665/1998) y 2 de octubre de 2003 (recurso de casación 3460/97), 3 de marzo (recurso de casación 4353/2001), 6 de abril (recurso de casación 5475/2001), 9 y 30 de junio de 2004 (recursos de casación 656 y 865/2002), y 2 de febrero (recurso de casación 5405/2001) y 23 de marzo de 2005 (recurso de casación 2736/2002), recogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencias 172/94, 222/94 y 203/98, entre otras), que el principio iura novit curia excusa al órgano jurisdiccional de ajustarse a los razonamientos jurídicos aducidos por las partes, siempre que no se altere la causa petendi ni se sustituya el thema decidendi, si bien ha de pronunciarse sobre lo solicitado motivando debidamente su decisión”.”

En el supuesto de autos ni la pretensión se altera -puesto que en todo caso se trata de la obtención de la residencia en España- ni se alteran los hechos ya que nuestro criterio lo que hace es precisamente obtener consecuencias de los mismos hechos que las partes presentan”.

Por todo lo anterior estimo que el reconocimiento del derecho del apelante a residir en España ... ha de fundarse en que como cónyuge de nacional española tal residencia no precisa de previa autorización ya que la norma que la regula es el Código Civil y no la Ley Orgánica 4-2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España”.”

Por todo ello considero que España no puede en estos supuestos ni exigir autorización administrativa ni el contar con medios económicos y serán las normas civiles y no las de extranjería las que, como *lex specialis*, resulten aplicables”.

CUARTO.- La situación actual ha variado esencialmente en sentido favorable a la apelante y al texto del Voto Particular puesto que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado la Sentencia de 27 de febrero de 2020 en el recurso C-836/2018 cuyo contenido podemos resumir del siguiente modo.

En primer lugar, nos dice el Tribunal (párrafo nº 33) que el Derecho de la Unión no se aplica a la solicitud de reagrupación de un nacional de un tercer país con un familiar-cónyuge comunitario que no ha ejercido su derecho a la libre circulación. Por lo tanto, esta inaplicación del Derecho de la Unión conduce en nuestro criterio a que tampoco en estos casos es de aplicación el Real Decreto 240-2007 puesto que su finalidad es transponer la Directiva Comunitaria y regular el trato en España a los ciudadanos de la Unión.

En segundo lugar (párrafos 35, 36, 37, 40, 41, 42, 48, 49, 52 y 54) considera el Tribunal que cuando la exigencia de medios económicos pueda tener como consecuencia -ante la carencia de los mismos- el que la persona de nacionalidad española pueda, atendiendo a la naturaleza del vínculo que le une con la extranjera, verse forzada a dejar España y lesionarse así el derecho de residencia que como ciudadana europea ostenta, dicha exigencia sí vulneraría el Derecho de la Unión, y que el supuesto ha de valorarse por el Juez nacional.

En el supuesto en estudio consideramos que resulta plenamente trasladable el contenido de esta resolución del TJUE y por ello ha de estimarse el recurso.

QUINTO.- De acuerdo con los arts. 86 y 139 de la LJ, no se efectúa condena en procesales y se dará recurso de Casación frente a esta Sentencia.

Ante lo expuesto la Sala

FALLA

Que debemos estimar y estimamos el recurso de Apelación formulado por
contra la Sentencia nº 53-2019 dictada el 27 de febrero por el
Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4 de los de Bilbao en el Procedimiento
Abreviado nº 258-2018 y, en consecuencia, revocándola, estimamos el recurso
contencioso administrativo y anulamos la resolución impugnada procediendo autorizar a

la recurrente la residencia pretendida.

Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de **TREINTA DÍAS** (artículo 89.1 LJCA), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE n.º 162, de 6 de julio de 2016.

Quien pretenda preparar el recurso de casación deberá previamente consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con n.º 4697 0000 01 0455 19, 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).

De conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, los **plazos** establecidos en esta resolución se encuentran **suspendidos**, al no tratarse de un asunto urgente.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.
