

Subdelegación de Gobierno en Gipuzkoa de 27 de noviembre de 2012 por la que se denegaba a la peticionaria la tarjeta de residencia familiar de ciudadano de la unión de la actora.

SEGUNDO- REPARTO, ADMISIÓN DEL RECURSO Y SEÑALAMIENTO PARA VISTA.

- 1.- Turnado que fue correspondió a este Juzgado dando origen al recurso 41/2013.
- 2.- Se admitió a trámite la demanda, se reclamó el expediente administrativo y se emplazó a las partes para la celebración de la vista el día 18 de junio de 2013.

TERCERO.- CELEBRACIÓN DE LA VISTA.

- 1.- Se celebró el juicio el 18 de junio de 2013, compareciendo la parte actora personalmente en el acto de la vista, asistida por el Letrado Sr. MAZKIARAN
- 2.- La demandada compareció representada por la Abogacía del Estado en la forma prevenida en el artículo 24 de la LJCA.
- 3.- La parte actora se ratificó en su escrito de demanda y formuló aclaraciones complementarias.
- 4.- La representación procesal de la Administración demandada interesó la desestimación de la demanda por las razones que a su derecho pluguió.
- 5.- Recibido el procedimiento abreviado a prueba en la forma prevenida en el artículo 78 de la LJCA, se practicó la prueba evacuándose el trámite de resumen de prueba en relación con las pruebas admitidas en el ramo de cada una de las partes.
- 6.- Consta unido a las actuaciones el soporte audiovisual de la grabación del juicio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Impugna la actora la resolución gubernativa por la que se desestima la petición deducida por la actora en la que interesaba la expedición de la tarjeta por su condición de esposa de un ciudadano español.

1.- Los hechos determinantes que no han sido objeto de controversia son estos: a) que la actora es la esposa de un ciudadano español, B) que ha solicitado le sea expedida la correspondiente tarjeta comunitaria por tal condición.

SEGUNDO.- Según consta en las actuaciones, la actora solicitó la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la unión, siendo su cónyuge el ciudadano español Sr. I

2.- La causa de la denegación aplicada por la Subdelegación de Gobierno se funda en lo dispuesto en el artículo 7 del Reglamento 240/2007 de 16 de febrero en concreto en lo relativo a acreditar la solvencia económica y la tenencia de un seguro de enfermedad.

3.- Consta acreditado en las actuaciones que la actora es beneficiaria del seguro de asistencia sanitaria del INSS según acreditó documentalmente en el acto de la vista el actor.

TERCERO.- La cuestión central se contrae en determinar si las causas invocadas por la Subdelegación del Gobierno de Gipuzkoa para denegar la expedición de la tarjeta de residencia de una ciudadana no comunitaria casada con un nacional del hogaño Reino de España son o no ajustadas al derecho comunitario y al nacional.

1.- La resolución impugnada aplica como causa de denegación de la expedición de la tarjeta interesada, no es otra que: a) la inexistencia de recursos económicos y b) que fuere titular de un seguro de enfermedad que cubra todos sus riesgos.

2.- Como ha señalado la representación procesal de la demandada la resolución invoca lo dispuesto en el artículo 7 del Reglamento 240/2007 según la redacción dada por el RD-Ley 16/2012 de 20 de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud.

2.1.- Sin perjuicio de la mala técnica legislativa que supone la utilización de un decreto-ley para modificar un precepto reglamentario como el que nos ocupa, la consecuencia de la transposición de la Directiva Comunitaria lleva a consecuencias no previstas – en el mejor de

los casos- o a restricciones pensadas – lo cual nos podría en el camino de lo que Georges RIPERT calificó como *déclin du droit*- en orden a alterar, retringir o limitar el derecho personal de todo ciudadano español a constituir una familia según sus personales decisiones, y que la misma sea objeto de tutela, no en abstracto sino de modo concreto una familia concreta formada por la actora y su esposo.

2.2.- La protección constitucional no se refiere- cual garantía institucional- a la institución, sino a esta familia en concreto, a la integrada por la actora y su esposo.

3.- En efecto la directiva que se transpone con la reforma del artículo 7 del RD 240/2007 es 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 por la que se modifica el Reglamento (CEE) Nº 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE.

4.- En el caso que nos ocupa, no se trata, como veremos del ejercicio de un nacional comunitario de un tercer país del ejercicio de su derecho a circular y residir libremente en el territorio de los estados miembros, sino el caso de un ciudadana no comunitaria casada con un nacional del hogaño Reino de España que solicita le sea expedida la tarjeta de residencia por familiar de un ciudadano español, y por ende, y por ahora, comunitario.

4.1.- En el supuesto analizado el ciudadano español – el esposo de la actora- no ha traspasado las fronteras de su estado – el Reino de España- por lo que, *prima facie*, estaría sometido al derecho interno del Estado (STJCE de 28 de enero de 1992, SSTJCE de 21 de septiembre de 1999 –Asunto C-378/97, y de 2 de octubre de 2003- asunto c-148/02, Carlos García Abelló c. Estado belga, STJCE de 27 de octubre de 1982- asuntos c-35 y 36/82- ; STJUE de 5 de junio de 1997 – asuntos C-64 y 65/96).

4.2.- Como queda indicado el objeto de la directiva no es otro que establecer: a) las condiciones de ejercicio del derecho de libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros de los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia; b) el derecho de residencia permanente en el territorio de los Estados miembros de los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia; c) las limitaciones a los derechos establecidos en las letras a) y b) por razones de orden público, seguridad pública o salud pública.

5.- Según el artículo 2 de DIRECTIVA 2004/38/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 29 de abril de 2004 la misma se aplicará "a cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia, tal como se definen en el punto 2 del artículo 2, que le acompañen o se reúnan con él 2. Sin perjuicio del derecho personal de los interesados a la libre circulación y a la residencia, el Estado miembro de acogida facilitará, de conformidad con su legislación nacional, la entrada y la residencia de las siguientes personas: a) cualquier otro miembro de la familia, sea cual fuere su nacionalidad, que no entre en la definición del punto 2 del artículo 2 que, en el país de procedencia, esté a cargo o viva con el ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia con carácter principal, o en caso de que, por motivos graves de salud, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia; b) la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada. El Estado miembro de acogida estudiará detenidamente las circunstancias personales y justificará toda denegación de entrada o residencia a dichas personas El derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, para que pueda ejercerse en condiciones objetivas de libertad y dignidad, debe serle reconocido también a los miembros de su familia, cualquiera que sea su nacionalidad. A los efectos de la presente Directiva, la definición de miembro de la familia debe incluir también la pareja registrada si la legislación del Estado miembro de acogida equipara la unión registrada al matrimonio

6.- Como ha sido señalado en el caso que nos ocupa, esposa de ciudadano español y por ende con estatuto de ciudadano de la Unión según el artículo 20 del TFUE, la resolución impugnada materialmente priva a un nacional español del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su condición de nacional español así como la correspondiente a ciudadano de la unión (Vide STJCE de 8 de marzo de 2011, asunto C-34/09, asunto Ruiz Zambrano, STJCE de 5 de mayo de 2011, asunto C-439/09).

6.1.- O dicho de otro modo si en este caso el cónyuge de un ciudadano español puede invocar determinadas normas nacionales y comunitarias para obtener el derecho a residir con su cónyuge en el Estado miembro de origen de éste, que es el Reino de España, y si, en su caso, la restricción y prohibición de residencia - *de facto*- cabe deducir un derecho de residencia a favor del cónyuge como consecuencia de la aplicación del ordenamiento nacional y de la Unión, y si en

su caso infringe el artículo 8 del Convenio EDH cual es una de las condiciones del ejercicio de una libertad fundamental del marido como consecuencia de los obstáculos que se ponen en su país de origen a la entrada y residencia de su cónyuge, de modo que la restricción introducida en el Reglamento por una transposición de una directiva cuya finalidad es la regulación de la libre circulación, afecte a los derechos indicados, y que por tanto entra en contradicción con el artículo 49 TUE (el vigente artículo 56 del TFUE), de modo que debe interpretarse de manera diversa a como es aplicado en la resolución que nos ocupa.

7.- En efecto la resolución invocada aplica lo dispuesto en el artículo 7 del RD 240/2007 de 16 de febrero.

7.1.- La distorsión se produce desde el momento en que se contempla el ámbito subjetivo y objetivo de la norma fijado en el artículo 1 y 2 del Reglamento de 2007. Señala el artículo 1 que la disposición se aplica a los *“ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión europea y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el EEE, así como las limitaciones a los derechos anteriores por razones de orden público, seguridad pública o salud pública”*.

7.2.- En efecto la nueva redacción del artículo 7 deriva de la modificación realizada por el RD Ley de 2012 antes indicado-- Señala la norma que

Disposición final quinta. Modificación del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

El artículo 7 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo queda modificado en los siguientes términos:

«Artículo 7. Residencia superior a tres meses de ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

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 periodo superior a tres meses si:

- 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 periodo 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 periodo de residencia, o

d) Es un miembro de la familia que acompaña a un ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o va a reunirse con él, y que cumple las condiciones contempladas en las letras a), b) o c).

2. El derecho de residencia establecido en el apartado 1 se ampliará a los 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, siempre que dicho ciudadano cumpla las condiciones contempladas en las letras a), b) o c) de dicho apartado 1.

3. A los efectos de la letra a) del apartado 1, el ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que ya no ejerza ninguna actividad por cuenta ajena o por cuenta propia mantendrá la condición de trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en los siguientes casos:

a) Si sufre una incapacidad temporal resultante de una enfermedad o accidente;

b) Si, habiendo quedado en paro involuntario debidamente acreditado, tras haber estado empleado durante más de un año, se ha inscrito en el servicio de empleo competente con el fin de encontrar un trabajo;

c) Si, habiendo quedado en paro involuntario debidamente acreditado tras concluir un contrato de trabajo de duración determinada inferior a un año o habiendo quedado en paro involuntario durante los primeros doce meses, se ha inscrito en el servicio de empleo competente con el fin de encontrar un trabajo. En este caso, la condición de trabajador se mantendrá durante un periodo que no podrá ser inferior a seis meses;

d) Si sigue una formación profesional. Salvo que se encuentre en situación de paro involuntario, el mantenimiento de la condición de trabajador exigirá que la formación guarde relación con el empleo previo.

4. No obstante lo dispuesto en la letra d) del apartado 1 y en el apartado 2, únicamente el conyuge o persona a la que se refiere el apartado b) del artículo 2 y los hijos a cargo tendrán el derecho de residencia como miembros de la familia de un ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que cumple los requisitos de la letra c) del apartado 1 anterior.

5. Los nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo estarán obligados a solicitar personalmente ante la oficina de extranjeros de la provincia donde pretendan permanecer o fijar su residencia o, en su defecto, ante la Comisaría de Policía correspondiente, su inscripción en el Registro Central de Extranjeros. Dicha solicitud deberá presentarse en el plazo de tres meses contados desde la fecha de entrada en España, siéndole expedido de forma inmediata un certificado de registro en el que constará el nombre, nacionalidad y domicilio de la persona registrada, su número de identidad de extranjero, y la fecha de registro.

6. Junto a la solicitud de inscripción, deberá presentarse el pasaporte o documento nacional de identidad válido y en vigor del solicitante, así como la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos exigibles para la inscripción establecidos en este artículo. En el supuesto de que el pasaporte o el documento nacional de identidad estén caducados, deberá aportarse copia de éstos y de la solicitud de renovación.

7. En lo que se refiere a medios económicos suficientes, no podrá establecerse un importe fijo, sino que habrá de tenerse en cuenta la situación personal de los nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. En cualquier caso, dicho importe no superará el nivel de recursos por debajo del cual se concede asistencia social a los españoles o el importe de la pensión mínima de Seguridad Social.»

CUARTO.- Bajo el título «Derecho al respeto a la vida privada y familiar», el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, «CEDH»), establece lo siguiente: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad

nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.»

QUINTO.- En el caso que nos ocupa, se trata de un ciudadano español casado con una ciudadana de Ruanda. La cuestión relevante deriva, entre otras cosas que el esposo de la actor no es un ciudadano de otro estado de la Unión Europea sino un nacional español casado con una ciudadana extracomunitaria, por lo que, según la doctrina comunitaria no puede negársele la residencia a un cónyuge (STJCE de 25 de julio de 2008, asunto C-127/08).

1.1.- La interpretación de la STJCE de 19 de octubre de 2004 (*asunto C-200/02 entre Manuel y Virgilio contra el Secretary of State for the Home Department del Reino Unido*), esto es, que la negativa a permitir que el progenitor extracomunitario resida con el menor español privaría de todo efecto útil tanto al derecho de residencia del menor en España como a su derecho a la intimidad familiar. Además, las consecuencias de la negativa a permitir que el progenitor extracomunitario resida con el menor español incluirían la vulneración del *artículo 14 CE*. De suerte que se crearía una categoría de españoles ilícitamente discriminados por la circunstancia de que sus esposos/esposas no puedan residir legalmente en el Reino de España, mediante la introducción de restricciones como la que nos ocupa, de orden económico (ingresos y seguro de enfermedad), sin perjuicio del sarcasmo que ofrece la realidad social de la crisis financiera y económica que asola al reino de España.

2.- Las cuestiones, que pueden provocar plantear una cuestión de ilegalidad en relación con el artículo 7 del Reglamento de 2007 reformado en el año 2012, y que han sido suscitadas por la doctrina administrativista (ARRESE IRIONDO) son, básicamente las siguientes:

- Los destinatarios de la Directiva son aquellas personas que, siendo ciudadanas de la Unión, se establecen en el territorio de otro Estado miembro, así como sus familiares, con independencia de su nacionalidad.
- En un principio, el RD 240/2007 (transposición de la Directiva) era de aplicación únicamente a ciudadanos de la Unión (y sus familiares) nacionales de otro Estado miembro, por lo que los familiares extranjeros de español no entrarían en su ámbito de aplicación (quedaban bajo lo que estableciera la regulación interna, en principio, la normativa sobre extranjería).
- Sin embargo, el RD 240/2007 introdujo una disposición adicional en el Reglamento de Extranjería anterior (20^o), por el cual este RD sería de aplicación, cualquiera que fuera su

nacionalidad, a los familiares de ciudadano español, cuando le acompañasen o se reuniesen con él (excepto los ascendientes). Con ello se equiparaba (con la excepción de los ascendientes) el régimen respecto de ciudadanos de la Unión y españoles.

- Tras la STS de 1 de junio de 2010, se suprime la referencia a otro Estado miembro, por tanto, el RD 240/2007 es de aplicación a familiares extranjeros de ciudadanos de la Unión y españoles (ello implica la anulación de la DA 20ª del Reglamento de Extranjería por innecesaria).
- El art. 7 de la Directiva exige, para que los familiares extranjeros de un ciudadano de la Unión puedan establecerse en el territorio de otro Estado miembro, que el ciudadano de la Unión acredite la disposición de recursos económicos suficientes.
- La regulación originaria del art. 7 del RD 240/2007 no exigía la acreditación de medios económicos suficientes. Bastaba con que se acreditase que se era familiar para que se le expidiera la tarjeta de residencia.
- La nueva redacción del art. 7 del RD 240/2007 (Real Decreto-ley 16/2012) es una transcripción literal del art. 7 de la Directiva 2004/38. Se trata de una exigencia dirigida al establecimiento en el territorio de otro Estado miembro distinto del de la nacionalidad del ciudadano de la Unión de sus familiares.
- ¿Puede el RD 240/2007 exigir a quien tiene la nacionalidad española el cumplimiento de los requisitos de la Directiva cuando se trata de hacer venir a sus familiares?

3.- La primacía del derecho comunitario ha sido sancionada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en la acrisolada fórmula y brocardo reiterado de la STJCE de 9 de marzo de 1978 (*Simmenthal*) que obliga al juez nacional la obligación de dejar sin aplicación toda disposición contraria al Derecho Comunitario, y según su conocido *dictum*:

«[...] el juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho Comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional».

4.- Sin embargo en el caso que nos ocupa, la norma aplicada, que deriva de la transposición de la directiva se refiere única y exclusivamente al ciudadano comunitario que ejerce su derecho de libre circulación y está casado con una ciudadana o ciudadano extracomunitario, no puede aplicarse de modo coherente al caso que nos ocupa, en el que un nacional español casado con una ciudadana extranjera extracomunitaria, se le apliquen las

limitaciones relativas al derecho de libre circulación cuando no ha sido ejercido por el nacional y residente en el Reino de España. Cuestión distinta sería las restricciones que las autoridades de otro país miembro estableciera, o no, en el caso de ejercer el derecho de libre circulación en los términos de la directiva.

4.- Consecuentemente no puede entenderse aplicable al caso que nos ocupa el precepto indicado toda vez que está pensado y regula este género de restricciones cuando se ejerce el derecho de libre circulación por el espacio de la Unión Europea, pero no cuando un ciudadano español pretende que su esposa extracomunitaria resida con la unidad familiar en el hogar en el Reino de España. No es menester traer a colación la doctrina constitucional y legal sobre la protección a la familia formada, en este caso, por la actora y su esposo nacional del Reino de España dado que la conocen las partes.

La remisión al derecho comunitario genera en su reenvío y transposición no solo una laguna jurídica - y sabido es el horror vacuú en el mundo jurídico- que ha de resolverse ora interpretando la norma en el sentido indicado ora elevando una cuestión de ilegalidad ante el Tribunal Supremo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 123 y ss. de la LJCA en relación con el artículo 7 del Reglamento meritado.

SEXTO.- En materia de costas, y, de conformidad con lo previsto en el artículo 139 LJCA, no procede hacer especial imposición de las mismas al concurrir las circunstancias legalmente previstas.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general aplicación,

FALLO:

1º) Que debo estimar y estimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la actora contra la resolución impugnada, anulándola y dejándola sin ningún valor ni efecto.

2º.) Que condeno a la administración demandada a expedir la tarjeta interesada.

3º-) No procede la imposición de costas por los motivos expuestos en el Fundamento Jurídico sexto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA.

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 grupo Banesto (Banco Español de Crédito), con nº 3834 0000 34 0041 13 Código de recurso 22, 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 15ª 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.