

Sección: E



Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 3
C/ Aurea Díaz Flores, nº 5 Edificio Barlovento
Bajo
Santa Cruz de Tenerife
Teléfono: 922 21 14 91
Fax : 922 22 73 48

Procedimiento: Procedimiento abreviado
Nº Procedimiento: 000013/2014

NIG: 3803846320140000
Materia: Extranjería
Resolución: Sentencia 000013/2015
IUP: TC20140040

Intervención:
Demandante

Interviniente:

Abogado:

Procurador:

Demandado

Subdelegación de
Gobierno Santa Cruz de
Tenerife

Abogado Del Estado

SENTENCIA

En Santa Cruz de Tenerife a 7 de Abril de 2015

Visto por el Ilmo. Sr. DON FRANCISCO PLATA MEDINA, Magistrado del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 3 de esta ciudad, el presente recurso contencioso administrativo, tramitado por el procedimiento abreviado, y promovido por D. [Nombre] como demandante representado por, el Letrado D. Eduardo Armando Sigo Toral y, como Administración demandada, la SUBDELEGACION DEL GOBIERNO y, en su representación y defensa, el Abogado del Estado, versando sobre Extranjería.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que, con fecha 1 de abril de 2014, tuvo entrada en este Juzgado demanda del recurso contencioso administrativo interpuesto por la parte actora contra la resolución de 27 de noviembre de 2013 que deniega el permiso de residencia de familiar de Ciudadano de la Unión, en la que, después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportuno, suplica que se dicte sentencia, de conformidad con el suplico de la demanda, en el que solicitaba que se deje sin efecto la resolución recurrida, con expresa condena en costas a la demandada.

SEGUNDO.- Que, admitido a trámite el recurso y, señalado día y hora para la celebración de la vista, ésta tuvo lugar el día 26 de marzo de 2015 en que comparecieron las partes y representantes legales que constan en el acta levantada, practicándose las pruebas propuestas y declaradas pertinentes; reiterando en trámite de conclusiones sus respectivas peticiones, quedando el juicio visto para sentencia.

TERCERO.- Que, en la tramitación del presente juicio, se han observado todas las normas procesales de aplicación.





FUNDAMENTOS JURIDICOS

DOCTRINA STS
1-6-2010

PRIMERO.- La adecuada solución de la presente litis debe referirse necesariamente a la doctrina contenida en la sentencia del TS Sala 3ª, sec. 5ª, 1-6-2010, rec. 114/2007, entre cuyos fundamentos jurídicos, por lo que hace a la pretensión objeto de esta litis, se señala lo siguiente. " DÉCIMO PRIMERO.- A través de la Disposición Final Tercera del Real Decreto aquí impugnado EDL 2007/5201 se introducen en el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, sus nuevas Disposición Adicional Decimonovena y Disposición Adicional Vigésima EDL 2004/184566 que, justamente, van a regular, sucesiva y respectivamente, la entrada y residencia de los familiares de un Estado miembro de la Unión Europea "no incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto 240/2007 EDL 2007/5201 ", y, van a establecer la "Normativa aplicable a miembros de la familia de un ciudadano español que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo". A) Pues bien, de la citada Disposición Adicional Decimonovena EDL 2004/184566 se impugnan dos aspectos o incisos: Se trata -el de esta Disposición Adicional- de un régimen para aquellos familiares del ciudadano de la Unión Europea que no se contemplan en el ámbito subjetivo del Real Decreto impugnado; concretamente en su artículo 2 EDL 2007/5201 , que, en diversos aspectos hemos examinado. Así, la nueva Disposición Adicional del Real Decreto 2393/2004 EDL 2004/184566 q, dispone, en síntesis, que "Las Autoridades competentes facilitarán la obtención del visado de residencia o, en su caso, de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales a quien sin estar incluido en el artículo 2 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero EDL 2007/5201 ... se halle en una de las siguientes circunstancias: a) Sea otro familiar con parentesco hasta segundo grado, en línea directa o colateral, consanguínea o por afinidad...". Analizando conjuntamente ambas impugnaciones, y, comparando el texto de la norma interna española con el de la Directiva comunitaria transpuesta, es evidente que se produce una restricción del ámbito subjetivo, que, para estos supuestos, contempla la Directiva en su artículo 3.2.a) EDL 2004/44575 que se refiere a "cualquier otro miembro de la familia, sea cual fuere su nacionalidad, que no entre en la definición del punto 2 del artículo 2". Por ello el término "otro" ha de permanecer ya que es el mismo que utiliza la Directiva pero la expresión "parentesco hasta segundo grado" implica una restricción interpretativa y una transposición limitada del concepto, más amplio, de "cualquier otro miembro de la familia". Nada -si siquiera el posible deseo de concreción- puede posibilitar tal restricción, ya que la misma no es subjetiva, en la citada apartado, sino objetiva o material, pues no se trata de "cualquier otro miembro de la familia", sin mas, sino que, en el país de procedencia, o bien ha de estar a cargo del ciudadano de la Unión Europea, o bien han de concurrir en el mismo motivos graves de salud o discapacidad, y, además, que resulte "estrictamente necesario que dicho ciudadano se haga cargo de su cuidado personal". La limitación, pues, impugnada -"parentesco hasta segundo grado"- debe de ser suprimida. B) Resta, por último, el examen de la impugnación de la Disposición Adicional Vigésima del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre EDL 2004/184566 , que, como sabemos, fue introducida en el mismo a través de la Disposición Final Tercera, 2, del Real Decreto impugnado 240/2007 EDL 2007/5201 , y que, en concreto regula la





"Normativa aplicable a miembros de la familia de ciudadano español que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo". Para la adecuada comprensión del sentido y ámbito con el que cuenta esta Disposición Adicional Vigésima EDL 2004/184566 , hemos de realizar una distinción de regímenes jurídicos que se comprendían en el Real Decreto 240/2007 impugnado EDL 2007/5201 : 1º. El régimen general de los ciudadanos de otros Estados de la Unión Europea y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Es el régimen general aplicable en España a los ciudadanos de dichos Estados, y es el contenido general del Real Decreto (artículo 1 del Real Decreto EDL 2007/5201). 2º. El régimen de los familiares de dichos ciudadanos a los que se refiere el artículo 2 del Real Decreto EDL 2007/5201 (cónyuge con matrimonio en vigor, pareja de hecho registrada, descendientes directos -o del cónyuge o pareja- y ascendientes directos -o del cónyuge o pareja-, pero (y esto era lo significativo) sin incluir a los familiares del ciudadano europeo español. La inclusión en el artículo 2, párrafo 1, del Real Decreto de la expresión "de otro Estado miembro", así lo implicaba. A estos familiares -de ciudadanos europeos no españoles- se les aplicaba, también, el régimen general del Real Decreto, con algunas matizaciones. 3º. Fruto de dicha matización o delimitación reglamentaria era necesario establecer un régimen específico para dichos familiares del ciudadano español (si se quiere, europeo y español), que, como acabamos de ver, se excluían, con la expresión de referencia, del artículo 2º del Real Decreto. Pues bien, este régimen es el que ahora se impugna, y que se contiene en la Disposición Adicional Vigésima del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre EDL 2004/184566 , que, como sabemos, fue introducida en el mismo a través de la Disposición Final Tercera, 2, del Real Decreto impugnado 240/2007 EDL 2007/5201 , que regula, según expresa la Disposición Adicional, la "Normativa aplicable a miembros de la familia de ciudadano español que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo". 4º. Régimen, por último, correspondiente a otros familiares del ciudadano de cualquier Estado miembro, no incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto impugnado; EDL 2007/5201 esto es, familiares distintos de los que se relacionan en el artículo 2 del Real Decreto EDL 2007/5201 . Pues bien, para estos, el régimen jurídico es el contenido en la Disposición Adicional Decimonovena del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre EDL 2004/184566 , en el que fue introducida, como sabemos, por la Disposición Final Tercera, 2, del Real Decreto impugnado 240/2007 EDL 2007/5201 . En dicha Disposición Adicional se regula la "Facilitación de la entrada y residencia de los familiares de ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, no incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero". Expuesto lo anterior, lo que ahora nos ocuparía sería el régimen que hemos definido y concretado en el anterior apartado 3º; mas, de inmediato, hemos de añadir que la existencia de dicho régimen -y la nulidad de la expresión que la sustentaba en el artículo 2, primero ("de otro Estado miembro")- la hemos dejado sin efecto en el Fundamento Jurídico Segundo de la presente sentencia. Por tanto, desaparecido dicho régimen especial, y equiparados los familiares de ciudadanos europeos españoles a los familiares de ciudadanos europeos no españoles, que se sitúan en el ámbito subjetivo del artículo 2 Real Decreto 240/2007 EDL 2007/5201 , debe, obviamente, y por las mismas razones allí expuestas, desaparecer el contenido de dicho régimen, que se contiene en la Disposición Final Tercera 2 del Real





Decreto 240/2007, de 16 de febrero EDL 2007/5201 (a la sazón Disposición Adicional Vigésima del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre EDL 2004/184566)". En el citado fundamento jurídico segundo se señalaba lo siguiente: "SEGUNDO.- La primera impugnación se concreta en la expresión "otro Estado miembro" que se contiene en el Artículo 2 EDL 2007/5201 (Aplicación a miembros de la familia del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo), párrafo primero, que dice así: "El presente Real Decreto se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de ciudadano de otro Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando le acompañen o se reúnan con él, que a continuación se relacionan:". (Incluyendo al cónyuge, pareja registrada, descendientes directos propios y del cónyuge o pareja registrada, y ascendientes directos propios y del cónyuge o pareja registrada). El Real Decreto parcialmente impugnado EDL 2007/5201 tiene por objeto, según expone en su artículo 1, regular las condiciones para el ejercicio de los derechos de entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia, residencia de carácter permanente y trabajo en España "por parte de los ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo". Sin embargo, en el artículo 2 EDL 2007/5201, impugnado, se extiende dicho ámbito subjetivo de aplicación -"cualquiera que sea su nacionalidad"- a los "familiares de ciudadano de otro Estado miembro". Esto es, el derecho interno español (el Real Decreto impugnado) se va a imponer -se va a extender a regular- también la situación y los derechos de los familiares de los ciudadanos de otros Estados miembros, que ya han visto reconocida su situación en otro Estado miembro de la Unión europea como consecuencia de su vinculación familiar. Más ello, con una salvedad, cual es la de los familiares del propio ciudadano español, los cuales quedan excluidos al introducirse en el precepto la citada expresión "de otro Estado miembro". Esto es, el Real Decreto EDL 2007/5201 se va a aplicar solo a estos familiares y no a los familiares del propio ciudadano español, pues, estos no son "de otro Estado miembro", sino de "este" Estado miembro. A estos, a los familiares del ciudadano español les sería, pues, de aplicación, no el régimen de este Real Decreto, sino el régimen general de extranjería contenido en el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social EDL 2000/77473, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre EDL 2004/184566; norma reglamentaria en la que -a través de la Disposición Final Tercera del Real Decreto EDL 2007/5201 aquí impugnado- se introducen las nuevas Disposición Adicional Decimonovena y Disposición Adicional Vigésima EDL 2000/77473 que, justamente, van a regular, sucesiva y respectivamente, la entrada y residencia de los familiares de un Estado miembro de la Unión Europea "no incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto 240/2007", y, van a establecer la "Normativa aplicable a miembros de la familia de un ciudadano español que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo". La impugnación ha de prosperar, ya que el artículo 3 de la Directiva 2004/38/CEE EDL 2004/44575 contempla -como ámbito subjetivo de la misma- la situación de "cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia"; expresión con la que no se excluye a la familia del español -cualquier que sea su nacionalidad- residente con el mismo (posiblemente por la vía de la reagrupación familiar) en otro Estado de la Unión Europea, en el supuesto de regreso, desde ese otro Estado miembro, al Estado de su nacionalidad, esto es, a España. Exclusión que sí se produce con la expresión





impugnada del artículo 2, apartado primero, del Real Decreto citado EDL 2007/5201
...."

SEGUNDO.- Asimismo dada su íntima conexión con la cuestión suscitada en esta litis puede hacerse referencia a una sentencia EDJ 2008/15635 del STSJ Cast-León (Bur) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 18 julio 2008 en cuyos fundamentos jurídicos se señala lo siguiente: " TERCERO.- Sin embargo, la sentencia apelada aduce otros motivos o razones por los que procede denegar esta solicitud, como son que la aquí apelante no tiene seguro médico y no tiene medios económicos de vida, lo que origina un gasto al erario de este Estado; pero en el presente supuesto se da una circunstancia excepcional, que no se daba en el supuesto estudiado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, como es la circunstancia nada desdeñable, de que el menor que necesita protección y cuidado es español, es ciudadano de la Unión pero precisamente nacional del estado en donde se pretende fijar la residencia. Por ello, respecto de este requisito de la capacidad económica, se debe ver desde la perspectiva recogida por nuestro Tribunal Supremo, en sentencia de fecha 26 de enero de 2005, que estudia un supuesto de expulsión: "SEXTO.- El segundo motivo debe ser estimado, por cuanto la Sala de instancia ha infringido aquellos preceptos del Código Civil EDL 1889/1 que dejamos citados. La Sala de instancia se equivoca cuando dice que «estamos hablando de un hijo menor de edad de la recurrente, siendo la mera circunstancia del nacimiento en España de aquel hijo no atribuye al nacido la nacionalidad española de no concurrir las circunstancias exigidas por el artículo 17 del Código Civil EDL 1889/1, carga de la prueba que corresponde a la ahora demandante, de acuerdo al artículo 1124 de dicho Código Civil EDL 1889/1 ». Pero las cosas no son así. En la certificación de nacimiento del menor Carlos María consta una anotación marginal que dice literalmente así: «En virtud de auto de fecha 14 de septiembre de 1999 dictada en expediente administrativo núm. 41.07A /99, tramitado en el Registro Civil de Madrid, se ha declarado con valor de simple presunción la nacionalidad española de origen del menor inscrito, al amparo del artículo 17-c) del Código Civil EDL 1889/1 (...)». En consecuencia, ni la Administración ni los Tribunales de Justicia pueden, mientras no existan pruebas en contrario, dudar de la nacionalidad española de origen del menor Carlos María. (Artículo 96-2º de la Ley de Registro Civil y 335 y siguiente de su Reglamento). La existencia de ese hijo español es fundamental para la resolución de este recurso de casación, si se tienen en cuenta las siguientes ideas: 1º.-

* La Constitución Española EDL 1978/3879 establece como principios rectores de la política social el de la protección social, económica y jurídica de la familia (artículo 39-1), así como el de la protección integral no sólo 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 serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos los siguientes: a) La supremacía del interés del menor; b) El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no 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 EDL 1889/1, 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

STSJ
Castilla y
León
18 Jun. 2008

STS
* 26/01/2005





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.). 2ª.-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 EDL 1978/3879). 3ª.-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". **CUARTO.** Por lo dicho, es preciso conceder una autorización a la aquí recurrente, por cuanto que su hija no solamente es nacional de un Estado de la Unión, sino que es nacional que este Estado, de España, es española. La sentencia del Tribunal Supremo se refiere a que no procede la expulsión, pues eso es precisamente lo estudiado, pero si no procede la expulsión es preciso aplicar un camino para que Dª María Cristina resida de forma legal en España y atienda las necesidades de su hija de muy corta edad. Es decir, se le conceda una autorización que, permitiéndola salir y entrar libremente, pueda también trabajar como si de un español más se tratase, dado que debe sufragar los gastos y necesidades de un español, como es su hija, no solamente los propios de ella. Dice el Abogado del Estado que la autorización que procede conceder no es la pedida, sino otras autorizaciones de más corta duración; pero frente a esta indicación procede poner de manifiesto que la autorización que procede conceder es el derecho a residir por tiempo indefinido en el territorio, entendiéndose como tiempo indefinido el que precise el menor para obtener un adecuado cuidado, con la amplitud que establece el artículo 154 del Código Civil EDL 1889/1, como viene a recoger la Sentencia antes indicada del Tribunal Supremo y también la recogida del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Estas circunstancias llevan a la ineludible consecuencia de eliminar las trabas impuestas para conceder la autorización solicitada, pues es más importante el cuidado y educación y los derechos del menor español que las posibles cargas que pueda ocasionar la madre extranjera al erario público del Estado, y procede conceder esta autorización solicitada por cuanto que la duración de la misma es mayor que la prevista en la Ley Orgánica 4/2000 EDL 2000/77473, en cualquiera de sus modalidades, que es la adecuada atendiendo a la edad de la hija menor."

TERCERO.- La aplicación de la citada doctrina al caso de autos determina la necesaria estimación del recurso, declarando el derecho del recurrente a la obtención de la tarjeta de familiar de residente comunitario, sin que obste a la misma la existencia de antecedentes penales del recurrente en la medida en que conforme a la jurisprudencia comunitaria no constituye una amenaza real y actual a la sociedad española

Vistos los preceptos legales citados, y demás normas de general y pertinente aplicación,



**FALLO**

Que, debo estimar y estimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. [redacted] la resolución de SUBDELEGACION DEL GOBIERNO la cual se deja sin efectos y se declara el derecho del recurrente a la obtención del permiso de residencia de familiar ciudadano de la Unión Europea con costas a la Administración demandada ex artículo 139 de la Ley Jurisdiccional.

Contra la presente sentencia cabe interponer recurso de apelación dentro de los quince días siguientes a su notificación. La interposición del recurso requerirá la consignación de la cantidad de 50 Euros en la cuenta de este Juzgado en base a la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J. Se le apercibe, de conformidad con el apartado 7 de dicha Disposición, de lo siguiente: - No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no este constituido. - Si el recurrente hubiera incurrido en defecto, omisión o error en la constitución del depósito, se concederá a la parte el plazo de dos días para la subsanación del defecto, con aportación en su caso de documentación acreditativa.

Así lo acordó y firma EL ILUSTRISIMO SEÑOR DON FRANCISCO PLATA MEDINA, Magistrado del Juzgado de lo Contencioso nº 3 de los de Santa Cruz de Tenerife.

