

recurso contencioso-administrativo, sin necesidad de la celebración de vista.

SEGUNDO.- Dado traslado a la Abogacía del Estado para que conteste la demanda, en la que solicita se desestime el recurso y se confirme la actuación administrativa por ser conforme a derecho, quedaron conclusos los autos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso jurisdiccional la resolución de 5 de noviembre de 2015 de la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia por el que se acuerda desestimar el recurso interpuesto por la actora contra la resolución que acuerda declarar la extinción de la vigencia de la tarjeta de familiar de ciudadano de la UE.

Se alega por la parte actora como fundamento de su pretensión anulatoria que consiguió en 2010 su tarjeta de residencia temporal por ser familiar de español. Dicha tarjeta da derecho a residir legalmente en España durante 5 años. El artículo 10 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, 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 que contempla el derecho a residir con carácter permanente, está recogido en el Capítulo IV del mencionado Real Decreto. Tal y como se menciona, no seran para este caso para la obtención de la tarjeta permanente de familiar de la UE, aplicables las condiciones del Capítulo III del presente decreto. El Capítulo III recoge los artículos desde el 6 al 9 bis. En el año 2010, cuando la recurrente obtuvo la tarjeta de residencia, el supuesto que le dio derecho a la misma fue el estar casada con un ciudadano español, y esta es situación es la que se sigue manteniendo. Por otro lado, la extinción de la tarjeta de residencia afecta claramente a los intereses de la recurrente, por lo tanto, la Administración tenía la obligación de notificarle en su momento, para dar así la oportunidad de poder realizar cuantas gestiones fueran necesarias, por lo que considera la parte actora que estamos ante una nulidad del acto. Si en su momento la recurrente obtuvo legalmente el permiso y ahora 5 años más tarde le informan de la extinción de la misma desde el 2012 por el Real Decreto ley de este año, puede parecer que se ha llevado a cabo la retroactividad de la ley desfavorable. Asimismo, trayendo a colación dos recientes sentencias, una del Juzgado de lo Contencioso nº 3 de Donostia de 28 de junio, la Directiva 2004/38 a la que hace mención la resolución recurrida, no es aplicable al caso, ya que no se trata de un matrimonio entre un extracomunitario y un ciudadano de otro estado de la Unión Europea, sino que un nacional español casado con una ciudadana extracomunitaria, por lo que según doctrina comunitaria no puede negarsele la residencia a su cónyuge. No entienden aplicable el artículo 7 del Real Decreto 240/2007, medios económicos, para los casos de español casado con extracomunitaria.

La representación procesal de la Administración demandada se opone a la estimación del recurso contencioso-administrativo formulado por considerar que la resolución impugnada es conforme a derecho.

SEGUNDO.- La resolución recurrida acuerda extinguir la tarjeta de residencia temporal

de familiar de ciudadano de la Unión Europea, por considerar que cesaron las circunstancias que determinaron la inclusión del interesado en el ámbito de aplicación del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, puesto que de acuerdo con lo introducido por la disposición final quinta del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, en vigor desde el 24 de abril de 2012, ha de disponer de recursos económicos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España durante su período de residencia, y ni el recurrente ni su pareja de hecho comunitaria desde 24-4-2012 han desarrollado actividad alguna, no acreditando tampoco disponer de medios económicos propios para su subsistencia durante su período de residencia, limitándose a presentar un contrato temporal de fecha 1-3-2015, no acreditando hasta ese momento contar con medio económico alguno, por lo tanto la tarjeta le caducó en la fecha indicada, esto es, el 24-4-2012.

Todo ello sin detrimento de que pueda solicitar una nueva autorización de residencia inicial de familiar de ciudadano de la Unión dado que desde 1-3-2015 el ciudadano comunitario desarrolla actividad laboral.

En el supuesto contemplado ha de partirse del hecho de que la interesada Doña Samira El Boustati, nacional de Marruecos, contrajo matrimonio en Tetuán (Marruecos), el día 16 de febrero de 2010, con un ciudadano de nacionalidad española, con dos hijos que conviven con los progenitores, siendo le concedida con fecha 25-8-2010, tarjeta de residencia temporal de ciudadano de la UE, por estar casada con ciudadano español.

Llegados a este punto se hace necesario traer a colación la doctrina sentada en la Sentencia dictada por este Juzgado en fecha 18-4-2016 en el PA 282/15, en el que se denegaba al interesado nacido en Senegal, la tarjeta de residencia de familiar ciudadano de la Unión Europea, por no desempeñar actividad laboral alguna, en cuyo fundamento de derecho segundo se determina expresamente:

“La cuestión jurídica a resolver en el presente proceso, ya ha sido tratada en Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2, de fecha 28-1-2015, con el carácter de firme, en cuyo fundamento de derecho tercero, en lo que aquí nos interesa dispone:

“...SEGUNDO.- Si bien la abogacía del Estado pretende centro el objeto de debate en la prueba sobre lo que deba entenderse por medios económicos suficientes a los efectos del artículo 7.b del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, regulador de la 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, acogiéndose al argumento final utilizado por el Magistrado a quo, la primera cuestión que debe determinarse es si resulta o no de aplicación dicho precepto al supuesto de autos, tal y como analiza la sentencia aquí debatida. El artículo 7 del Real Decreto 240/2007, regula la “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 (en adelante y para facilitar la comprensión del precepto, ciudadano de un Estado miembro de la UE). Dispone en el numeral 1, supuesto b) que “Todo ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea... tiene derecho de residencia en

el territorio del Estado Español por un periodo superior a tres meses si... b) Dispone: para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse, así como de 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"... Y añade en el siguiente numeral: "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 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 precepto 1".

La lectura del precepto no deja lugar a dudas sobre la persona a la que se exige, en este caso, disponer de recursos suficientes: al ciudadano de la Unión Europea. De hecho, la norma regula su entrada, libre circulación y residencia. Así lo dejó claro la STS, Sala 3ª, sec. 5ª, de 1-6-2010, rec. 114/2007. Conforme a dicha sentencia, el objeto del Decreto es "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... Sin embargo, en el artículo 2 impugnado, se extiende dicho ámbito subjetivo de aplicación "cualesquiera que sea su nacionalidad" a los "familiares de ciudadanos 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".

El artículo 2 impugnado en dicha sentencia disponía: "El presente real decreto se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad y en los términos previstos por éste, a los familiares del ciudadano de la Unión Europea... cuando le acompañen o se reúnan con él, que a continuación se relacionan: b) A la pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público...".

En este contexto, el artículo 7 establece las condiciones para la "Residencia superior a tres meses de ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea" y el artículo 8 la "Residencia superior a tres meses con tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión". Pero lo que es evidente es que las condiciones del artículo 7 van referidas al ciudadano de la UE, no a sus familiares, cuya residencia, cuando les acompañen o se reúnan con el ciudadano de la Unión, están "sujetas a la obligación de solicitar y obtener una "tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión".

Volviendo a la sentencia del TS, la extensión de la situación y derechos del artículo 2 tenía una salvedad: " la de los familiares del propio ciudadano español, los cuales quedan excluidos al introducirse en el precepto la citada expresión " de otro Estado miembro", sino de "este" Estado miembro... a los familiares del ciudadano español les sería... de aplicación... el régimen general de extranjería contenido en el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000... aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre: norma reglamentaria en la que -a través de la Disposición Final Tercera del Real Decreto aquí impugnado- se introducen las nuevas Disposiciones Adicional

Decimonovena y Disposición Adicional Vigésima 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...”.

Haciendo un inciso en la explicación de la Sentencia del Tribunal Supremo, la Disposición Adicional Vigésima aludida regulaba la “Normativa aplicable a miembros de la familia de ciudadano español que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea...”. Y disponía “El Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero... será de aplicación, cualquiera que sea su nacionalidad y en los términos previstos por éste, a los familiares de ciudadano español, cuando le acompañen o se reúnan con él” y entre las categorías de familiares que contempla recogía la pareja inscrita en registro público. Sin embargo, “2 La reagrupación familiar de ascendientes directos de ciudadano español, o de su cónyuge, se regirá por lo previsto en la sección 2ª del capítulo I del título IV del presente reglamento, es decir, del Reglamento de extranjería.

Por ello prospera la impugnación del referido artículo 2. Como indica la Sentencia comentada “el artículo 3 de la Directiva 2004/38 CEE 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 la 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 si se produce con la expresión impugnada del artículo 2, apartado primero, de Real Decreto citado, ya que, a estos familiares del ciudadano español- que, obviamente, no cuenten con la nacionalidad española- se les somete a un régimen de derechos diferente, cual es el previsto en la Disposición Transitoria Vigésima para el Reglamento aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre. En síntesis, la vuelta o regreso de un ciudadano español a su país de origen, desde otro Estado miembro de la Unión Europea con su familiar- de nacionalidad extracomunitaria-, no puede afectar al régimen europeo de la misma familia del que ya disfrutaba en el ese otro Estado miembro, por cuanto dicho estatuto comunitario, que la Directiva 2004/38 CE proyecta y regula, no puede verse limitado o menoscabado por una regulación interna de uno de los Estados miembros. La introducción en el precepto impugnado, de la expresión en la que la impugnación se concreta (“de otro Estado miembro”) implica una limitación subjetiva del ámbito comunitario y una interpretación restrictiva de la Directiva que debe ser rechazado”.

La interpretación restrictiva operada por nuestra normativa que corrigió el Tribunal Supremo es, sin embargo, utilizada ahora por la Administración para tratar de imponer un régimen aún más restrictivo que el anulado por el Tribunal. De hecho, la Instrucción DGI/SGRJ/03/2010, sobre la aplicación de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de junio de 2010, al anular del artículo 2 del Real decreto 240/2007 la expresión “de otro Estado miembro” que evitaba se beneficiasen de este régimen igualmente los familiares

de españoles de régimen comunitario, ya aclaraba que "dado que anteriormente el cónyuge, la pareja registrada y los descendientes de ciudadano español ya se beneficiaban del régimen comunitario de extranjería el cambio normativo afecta exclusivamente al régimen de reagrupación familiar de los ascendientes directos de ciudadano español y de su cónyuge, regulado hasta la fecha en la DA 20ª del Reglamento de extranjería.

Ni antes ni después de la Sentencia se regulaba en el Real Decreto 240/2007 al ciudadano español residente en España. Lo que permita la supresión de la expresión de otro Estado miembro es la aplicación del Real Decreto a los familiares del ciudadano español residente en España. Lo que permite la supresión de la expresión de otro Estado miembro es la aplicación del Real Decreto a los familiares del ciudadano español no residente en España, porque lógicamente, al ciudadano de la Unión que reside en su propio territorio nacional, no le es de aplicación ni la Directiva 2004/38/CE ni el Real Decreto que la transpone. Y la extensión lo es sólo a los efectos de que dicho ciudadano español se haya trasladado y regrese a su domicilio.

Las condiciones del artículo 7 siguen dirigidas al ciudadano miembro de otro Estado Miembro porque al ciudadano español no se le exige condición alguna para residir en cuanto nacional de su país. Y el artículo 2, con o sin la expresión suprimida por el Tribunal Supremo, en ningún momento suponía extender las exigencias del ciudadano de la Unión a sus familiares. Los regímenes se distribuyen claramente. El artículo 7, se insiste, recoge las condiciones que al ciudadano de la Unión se le exigen para residir más de tres meses en nuestro país. Y este derecho de residencia del ciudadano de la Unión (no del español que reside en su país) se extiende a su familia. Cuando los familiares acompañen o se reúnan con un ciudadano de la Unión. Pero no puede interpretarse el artículo 7 como precepto que ampare exigir al español residente en España condición alguna ni, por ende, al familiar del español que se reúne con él dicho precepto no regula este supuesto".

Continúa refiriendo la precitada sentencia en el fundamento de derecho cuarto: "Y en este supuesto debe ser aplicada la anterior fundamentación jurídica, concorde con otras Sentencias invocadas por la defensa Letrada del recurrente, y se le debe como cónyuge de ciudadana de la Unión Europea, considerar que reúne los requisitos y no supone una carga asistencial para el Estado..".

Coadyuva a mantener cuanto queda dicho, la Sentencia del TSJ de la Sala de lo Contencioso-administrativo, de fecha nueve de febrero de dos mil dieciséis".

A lo anterior debe añadirse que el hecho de que la concesión de la Tarjeta de Familiar de Residente Comunitario, le fue concedida como consecuencia de haber contraído matrimonio con un ciudadano español en febrero de 2010, situación que se mantiene en la actualidad, por lo que debiendo estar a la fecha de la solicitud y no habiéndose alterado las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su concesión, igualmente, procedería la estimación del recurso formulado. Por otra parte, a mayor abundamiento y pese al carácter revisor de esta jurisdicción, y en orden al principio de economía procesal una vez sobrevenida la circunstancia favorecedora, como es, reconocida por la resolución impugnada de que puede volver a solicitar una nueva autorización, dado que

desde 1-3-2015 el ciudadano comunitario desarrolla actividad laboral, permite dictar una Sentencia estimatoria.

Por todo cuanto antecede y es razonado procede la estimación del recurso contencioso-administrativo formulado.

TERCERO.- La reforma operada en la Ley 29/1998 por la Ley 37/2011, aplicable al presente caso, introduce en la nueva redacción dada al artículo 139.1 de la LJCA la preceptiva imposición de costas atendiendo al vencimiento objetivo, al resolver por sentencia los recursos que se interpusieren a la parte que haya visto rechazadas sus pretensiones, salvo que aprecie, y así lo razone, que el caso presenta serias dudas de hecho o de derecho, cual aquí acontece, en aplicable a las concretas circunstancias concurrentes en este asunto.

Vistos los preceptos legales y demás de general aplicación,

FALLO

Que debo estimar y estimo el recurso contencioso-administrativo formulado por la representación procesal de [REDACTED] contra la resolución de 5 de noviembre de 2015 de la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia por el que se acuerda desestimar el recurso interpuesto por la actora contra la resolución que acuerda declarar la extinción de la vigencia de la tarjeta de familiar de ciudadano de la UE y declaro la disconformidad a derecho del acto administrativo impugnado y lo anulo, reconociendo el derecho de la recurrente a la obtención de la tarjeta de residencia solicitada: sin imposición en costas.

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, con nº 39170000226 [REDACTED] 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. Doy fe.

PUBLICACIÓN. Dada y publicada fue la anterior Sentencia, leyéndose íntegramente por el Sr. Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, doy fe.