



Sección: JRS
 JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-
 ADMINISTRATIVO Nº 4
 C/ Aurea Díaz Flores, nº 5 Edificio Barlovento
 Bajo
 Santa Cruz de Tenerife
 Teléfono: 922 20 13 95/22 38 67
 Fax.: 922 20 99 50
 Email.: conten4.sctf@justiciaencanarias.org

Procedimiento: Procedimiento abreviado
 Nº Procedimiento: 0000168/2016
 NIG: 3803845320160000734
 Materia: Extranjería
 Resolución: Sentencia 000030/2017
 IUP: TC2016006879

Intervención:
 Demandante
 Demandado

Interviniente:

 Subdelegación de Gobierno

Abogado:
 Hipólito González Reyes
 Abogacía del Estado en SCT

Procurador:

SENTENCIA

En Santa Cruz de Tenerife, a 30 de enero de 2017.

D. Jorge Riestra Sierra, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de esta Provincia, en nombre del Rey, ha visto el presente recurso contencioso-administrativo tramitado por procedimiento abreviado, que tiene las siguientes partes:

Parte demandante:

D.  representado y defendido por el Abogado D. Hipólito González Reyes.

Parte demandada:

La SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN SANTA CRUZ DE TENERIFE, representada y defendida por el Abogado del Estado,

El recurso contencioso-administrativo versa sobre **EXTRANJERÍA**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En este Juzgado tuvo entrada la demanda que interpuesta el día 23-06-16 contra la Resolución de la Subdelegación de Gobierno en Santa Cruz de Tenerife de 27-06-16, que desestimó el recurso de alzada presentado por el recurrente contra la Resolución de 27-01-16, que le denegó la solicitud de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la UE.

SEGUNDO.- En el acto de la vista oral la parte demandante ratificó su demanda en la que ejerce las pretensiones que consisten en que se anule la que impugnado, con expresa imposición de costas a la Administración demandada.

El Abogado del Estado contestó oponiéndose a la demanda.

Recibido el juicio a prueba, se practicaron las pruebas y efectuaron las conclusiones, quedando el asunto visto para sentencia.



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
JORGE MARÍA RIESTRA SIERRA - Magistrado-Juez	30/01/2017 - 09:06:29
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



TERCERO.- Aparecen observadas las formalidades de tramitación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El acto administrativo recurrido a un ciudadano cubano casado con ciudadana española la tarjeta de residencia inicial de familiar de ciudadano de la Unión Europea, por insuficiencia de recursos económicos, en aplicación del RD-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar el Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

En este caso el demandante es un ciudadano cubano casado con una ciudadana española que solicitó la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la UE por insuficiencia de recursos económicos.

SEGUNDO.- Al respecto ya se ha pronunciado el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Santa Cruz de Tenerife, que plantea como cuestión de fondo la decisión de aplicar a los cónyuges de nacionales españoles las mismas normas que a los cónyuges de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea.

Se siguen sus argumentos:

1. «El 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 no dice que los españoles estén sometidos a su régimen.

Según su artículo 1.1: "El presente real decreto regula 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, así como las limitaciones a los derechos anteriores por razones de orden público, seguridad pública o salud pública."

El tenor literal, por tanto, es claro: "ciudadanos de **otros** Estados miembros..." (la negrita es nuestra); si son otros Estados, entonces no es España.

Es por ello que la Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio, es antijurídica en este punto, porque no puede por Orden Ministerial hacerse decir a un Real Decreto lo que éste no dice. Los españoles no están incluidos en el Real Decreto 240/2007 y la dicha Orden puede y deber ser inaplicable, de conformidad con el artículo 6 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. El derecho comunitario tampoco impone ese trato, al contrario, pues la Directiva 2004/38/CE establece que:

"1. La presente Directiva 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".

Incluso el Defensor del Pueblo se ha hecho eco de esta anómala situación de pretender aplicar a los españoles con cónyuge no nacional de un Estado de la Unión Europea un régimen que en otro caso no se les aplicaría. Así, ha emitido una importante



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
JORGE MARÍA RIESTRA SIERRA - Magistrado-Juez	30/01/2017 - 09:06:29
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, la hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



recomendación a la Secretaría General de Inmigración y Emigración en la que considera que

"Se ha producido pues una diferencia de trato en categorías de personas, (cónyuges de ciudadanos españoles) en situaciones subjetivas equiparables (matrimonio civil inscrito en el Registro Civil).

La distinción normativa relativa a la exigencia de medios económicos y acreditación de seguro médico a fin de disfrutar del derecho de residencia en nuestro territorio resulta una distinción infundada y discriminatoria, puesto que dicha diferencia de trato no ha sido objeto de una justificación objetiva y razonable, ni persigue una finalidad constitucionalmente legítima, ni es proporcional atendiendo a la debida ponderación de los bienes, derechos y valores en juego."

Por ello, recomienda:

"Impartir las instrucciones oportunas a fin de eliminar de los requisitos para la obtención de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión la exigencia de recursos económicos suficientes y de seguro de enfermedad a los cónyuges de ciudadanos españoles, residentes en España, cuyo matrimonio civil se encuentre inscrito en el Registro Civil español".

(...)

2. «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 (20ª), 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 RD240/2007 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 ese 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



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
JORGE MARÍA RIESTRA SIERRA - Magistrado-Juez	30/01/2017 - 09:06:29
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



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?

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.

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.

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 Reino de España. No es menester traer a colocación 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».

3. «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.

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) N° 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.



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
JORGE MARÍA RIESTRA SIERRA - Magistrado-Juez	30/01/2017 - 09:06:29
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



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 Reino de España que solicita le sea expedida la tarjeta de residencia por familiar de un ciudadano español.

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).

La cuestión es de la mayor trascendencia, porque dentro del territorio nacional los que ostentamos la nacionalidad española no actuamos como comunitarios europeos, sino propiamente como españoles. Así, el español que reclame sus derechos en España y en relaciones o situaciones jurídicas no transnacionales la condición jurídica que invocará será la de español, no la de comunitario. Por el contrario, invocará su condición de comunitario, si fuere menester, cuando se desplace a otro Estado de la Unión Europea, como Alemania o Italia, por poner sólo dos ejemplos.

Es importante destacarlo porque el artículo 14 de la Constitución prohíbe la discriminación entre españoles por cualquier condición o circunstancia personal o social. Así que no puede ni interpretarse ni aplicarse el Reglamento en cuestión (aprobado por Real Decreto 240/2007) de suerte que se crease una categoría de españoles ilícitamente discriminados por la circunstancia de que sus esposos/esposas no puedan residir legalmente en el Reino de España, haciéndolos de peor condición los matrimonios entre españoles/as y extranjeros/as que cuando ambas partes son de nacionalidad española. Esto no está en absoluto justificado.

Por ello, y dado que todas las leyes y todos los reglamentos que conforman el ordenamiento jurídico han de ser interpretados y aplicados conforme a los preceptos y principios constitucionales, - artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial - , debe interpretarse la normativa aplicada en el sentido de que la cuantía de recursos acreditada sí es suficiente para obtener la tarjeta solicitada.»»

4. «Todas estas consideraciones son igualmente aplicables al caso que nos ocupa. Pero aún podemos decir más, ya que incluso si se aplicara el Real Decreto 240/2007, también debería ser estimado el recurso. La hoy recurrente solicitó una autorización de residencia permanente de familiar de ciudadano de la Unión Europea. Ésta, en la hipótesis de que fuese aplicable el dicho Real Decreto estaría regulada no por el artículo 7, sino por el artículo 10.1:

“Son titulares del derecho a residir con carácter permanente los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, y los miembros de la familia que no sean nacionales de uno de dichos Estados, que hayan residido legalmente en España durante un período continuado de cinco años. Este derecho no estará sujeto a las condiciones previstas en el capítulo III del presente real decreto.



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
JORGE MARÍA RIESTRA SIERRA - Magistrado-Juez	30/01/2017 - 09:06:29
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



A petición del interesado, la Oficina de Extranjeros de la provincia donde éste tenga su residencia o, en su defecto, la Comisaría de Policía correspondiente, expedirá, con la mayor brevedad posible y tras verificar la duración de la residencia, un certificado del derecho a residir con carácter permanente."

Por tanto, no sólo no se exigen criterios económicos, sino que se excluyen expresamente: "Este derecho no estará sujeto a las condiciones previstas en el capítulo III del presente real decreto", siendo ese capítulo III en el que está comprendido el artículo 7. Y cumpliéndose la residencia por al menos cinco años, procedía, incluso aplicándole el régimen de comunitarios, acceder a su pretensión. De manera que la administración, defendiendo la aplicación del Real Decreto 240/2007, tampoco lo ha aplicado correctamente».

5. «Esta doctrina es también la defendida por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en Santa Cruz de Tenerife, tal y como le consta a la administración demandada.

Citamos la sentencia de la Sala de 8 de marzo de 2016: "en relación a la cuestión sujeta a debate en el presente recuso esta Sala se ha pronunciado con anterioridad, así en el recurso de apelación seguido bajo el número 183/2015, dijimos que:

"En relación a la aplicación del art. 7 u 8 a los cónyuges de españoles que soliciten permiso de residencia como familiar de comunitario esta Sala ya ha señalado en sentencia recaída en el recurso de apelación seguido bajo el número 167/2015 que "La Directiva 2004/38/CE señala en su artículo 3 que la misma será de aplicación 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", es decir solo y en tanto en cuenta el nacional de un país, se traslade o resida en otro estado miembro distinto de que es nacional, en caso alguno será de aplicación, por tanto, en el presente supuesto, en el que lo que se pretende es la obtención en España de una tarjeta de residente de familiar de ciudadano de la UE, al estar casado y ser padre de un menor de edad, ambos de nacionalidad española y residentes en España.

Siendo lo cierto que la Constitución Española reconoce el derecho a contraer matrimonio y residir en territorio español, serán dichos principios los que hayan de servirnos para la interpretación de los art. 7 y 8 del RD 240/2007 .

Añadiendo que "En la sentencia recaída en el recurso de apelación seguido bajo el número 36/2015 dijimos, en relación a la cuestión suscitada en el presente recurso, que "Por lo que se refiere a la suficiencia de recursos, se trata de un requisito que el artículo 7.1.b) exige a los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, para residir en España por tiempo superior a tres meses, que no es trasladable a sus familiares, menos aún cuando se trata del cónyuge de un ciudadano o ciudadana españoles. En este sentido se pronuncian los Tribunales Superiores de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección 1ª, de 11 de diciembre de 2013 (recurso 328/2013) al señalar que " pues parece obvio que si el ciudadano residente en España, con el que la actora trata de reunirse, ostenta la nacionalidad española, carece de sentido que aquel tenga que acreditar su solvencia económica. Por la misma razón esta exigencia cesa en



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
JORGE MARÍA RIESTRA SIERRA - Magistrado-Juez	30/01/2017 - 09:06:29
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



relación a la persona, en este caso la actora, que, unida por vínculo de afectividad análogo al conyugal - familiar directo- (artículo 2.b del Reglamento) -circunstancia que en modo alguno se discute-, trata de reunirse y convivir con él en España, habiendo adjuntado además la documentación requerida por el apartado 3 del expresado artículo 8 y contando con favorable informe policial.

De ahí que los requisitos contemplados en el artículo 7 no puedan ser extrapolados, a modo de exigencia, a supuestos englobados en el artículo 8. Esa y no otra es la interpretación que cabe inferir, como apunta la resolución apelada, de la sentencia de la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Supremo de fecha 1 de junio de 2010 " y de Cantabria, sentencia de 26 de diciembre de 2013 (recurso 201/2013)"».

En consecuencia, procede estimar el recurso y reconocer la situación jurídica que otorga la tarjeta de residencia pretendido.

TERCERO.- Procede la imposición de costas a la Administración al ser estimadas las pretensiones del recurrente (art. 139 LJCA tras la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal).

CUARTO.- La presente sentencia es recurrible en apelación, según el artículo 81. 1. LJCA.

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

FALLO

1. Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto, al no ser el acto administrativo recurrido conforme a Derecho.
2. Anular el acto administrativo recurrido.
3. Reconocer al recurrente la situación jurídica individualizada que le confiere el derecho a la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la UE.
4. Imponer las costas procesales a la Administración.

Contra esta sentencia cabe recurso de apelación, que deberá interponerse ante este Juzgado dentro de los quince días siguientes al de su notificación, mediante escrito razonado que deberá contener las alegaciones en que se fundamente el recurso (art. 85. 1. LJCA).

Así lo sentenció y firma.- D. Jorge Riestra Sierra, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4 de Santa Cruz de Tenerife.



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
JÓRGE MARÍA RIESTRA SIERRA - Magistrado-Juez	30/01/2017 - 09:06:29
Conforma a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	