

Nº 000155/2018
(Procurador)

Sección: Sección 1-3-5



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANTABRIA. SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Avda Pedro San Martín S/N
Santander
Teléfono: 942 35 71 24
Fax.: 942 35 71 35

Proc.: **RECURSO DE APELACIÓN**

Nº: **000155/2018**
NIG: 3907545320180000209
Resolución: Sentencia 000428/2018

Modelo: TX901
Procedimiento Abreviado 0000071/2018 - 00
JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 2 de Santander
Ponente: Clara Penín Alegre

Intervención:	Interviniente:	Procurador:
Apelante		FELICIDAD MIER LISASO
Apelado	DELEGACION DEL GOBIERNO EN CANTABRIA	

SENTENCIA n° 000428/2018

- Ilma. Sra. Presidenta en funciones**
- Doña Clara Penín Alegre**
- Ilmas. Sras. Magistradas**
- Doña María Esther Castanedo García**
- Doña Paz Hidalgo Bermejo**

En la ciudad de Santander, a cinco de noviembre de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria ha visto el **recurso de apelación n° 155/18** interpuesto contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° 2 de Santander, de fecha 23 de abril de 2018, en el procedimiento abreviado 71/18, actuando por la parte apelante como Procuradora la Sra. Doña Felicidad Mier Lisaso en nombre y representación de Don _____, asistido de la Letrada Sra. Doña Dominica Galván López siendo parte apelada la Delegación del

Fecha y hora: 09/11/2018 11:04
Firmado por: Varios
Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.juscantabria.es/scdd_web/index.htm
Código Seguro de Verificación



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Gobierno en Cantabria, representada y defendida por la Abogacía del Estado.

Es Ponente la Ilma. Sra. Doña Clara Penín Alegre, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El recurso de apelación se tuvo por interpuesto el día 19 de junio de 2018, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Santander, de fecha 23 de abril de 2018, en el procedimiento abreviado 71/18, por la que se desestima la demanda aplicación la doctrina del TS de 18 de julio de 2017.

SEGUNDO: Del recurso de apelación se dio traslado a la contraparte que formuló oposición al mismo y solicitó de la Sala su desestimación.

TERCERO: En fecha 22 de octubre de 2018 se dictó diligencia de elevación de las actuaciones a esta Sala una vez efectuados los correspondientes emplazamientos, declarándose en la Sala el recurso concluso para sentencia, señalándose para la votación y fallo el día 12 de septiembre de 2018. Tras la deliberación y disconforme la mayoría de la Sala que dicta sentencia con el criterio del TS, se acordó dar traslado a las partes para ser oídas por la posible falta de cobertura legal necesaria para la afectación de los derechos de los extranjeros a la vista del artículo 13.1 de la Constitución, sin perjuicio de otras posibles vulneraciones (inconstitucionalidad y contrariedad al derecho comunitario) en la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Supremo.

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.juscantabria.es/scdd_web/index.htm Fecha y hora: 09/11/2018 11:04

Código Seguro de Verificación :

Firmado por: Varios

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La presente apelación tiene por objeto la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Santander, de fecha 23 de abril de 2018, en el procedimiento abreviado 71/18, que desestima la demanda interpuesta contra la resolución que declara extinguida la tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión al dejar de encontrarse en los supuestos de los artículos 7 y 8 en relación con el artículo 2 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.

SEGUNDO: La Sala es consciente de que existen diversos pronunciamientos del Alto Tribunal que consideran aplicable 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, a los españoles que no han ejercitado su derecho a la libre circulación (SSTS 1295/2017, de 18 de julio de 2017, rec. 298/16, 963/2018, de 11 de junio de 2018, rec. 1709/17 y 1137/2018, de 3 de julio de 2018, rec. 4181/2017). No obstante, la lectura de estas sentencias no convencen a toda la Sala en cuanto no dan respuesta a los interrogantes que frente a dicha interpretación se abren a nivel legal, constitucional y de contravención al derecho de la Unión Europea. En una previa decisión, los componentes que entraron en Sala dictaron sentencia en la apelación 230/2017 declarándose en rebeldía a la doctrina del Tribunal Supremo sentada en interés casacional objetivo en base



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.juscantabria.es/scdd_web/index.htm Fecha y hora: 09/11/2018 11:04

Código Seguro de Verificación .

Firmado por: Varios

a los argumentos en la misma contenidos. Posteriormente y en el recurso de apelación 63/2018, la composición mayoritaria acató el criterio del Tribunal Supremo, si bien la ponente de esta resolución adjuntó voto particular por las dudas de contravención que esta interpretación suponía respecto al derecho de la Unión y a la interpretación del Tribunal de Justicia respecto de la ciudadanía europea. Llegados a esta deliberación, la Sala ha decidido, por la mayoría de los componentes que suscriben esta Sentencia, dar un paso más allá al de la mera rebeldía y, por razones de lealtad institucional, comenzar articulando los mecanismos para solventar estas dudas con el propio Tribunal Supremo por la vía del planteamiento de la cuestión de ilegalidad al amparo del artículo 27.1 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa 29/1998, de 13 de julio. Decisión que obliga a resolver el presente procedimiento, sin perjuicio de que, de subsistir estas dudas, pueda plantearse de futuro y en otros recursos cuestión de inconstitucionalidad o plantear la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TERCERO: La mayoría de la Sala suscribiente entiende que cualquier afectación a los derechos y libertades de los extranjeros requieren una norma con rango de Ley en virtud del artículo 13.1 de la Constitución. De ahí que, en materia de extranjería, exista una Ley Orgánica que regule los términos en que los extranjeros gozan en España de las libertades públicas que garantiza el Título I de la Constitución, que establece una reserva de ley o de tratado en la materia. De ahí la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, a cuyo régimen se someten los extranjeros, a salvo lo dispuesto en leyes especiales o tratados en los que España sea



Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.juscantabria.es/iscdd_web/index.html Fecha y hora: 09/11/2018 11:04

Firmado por: Varios

Código Seguro de Verificación

parte. Y el artículo 1.3 de esta Ley sólo exceptiona a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario, que se regirán por las normas que lo regulan, salvo en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables la Ley Orgánica, en cuanto existe una cesión de competencias en la materia a favor de la Unión Europea al amparo del artículo 93 de la Constitución.

La excepción relativa a los miembros de la Unión o a aquéllos a que se aplique el régimen comunitario obedece al hecho de que concurre en esta materia una regulación europea de obligada trasposición por parte de los Estados miembros. En concreto, las Directivas 2003/86 y 2004/38, que se traspusieron a nuestro ordenamiento mediante el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero y al amparo de la previsión del artículo 1.3 de la Ley Orgánica. Pero el precepto legal de cobertura se detiene en esta excepción basada en la existencia de un derecho comunitario que lo ampara. A partir de aquí, cualquier regulación reglamentaria que afecte a derechos y libertades de los extranjeros precisa un precepto legal que pueda ser objeto de desarrollo.

De las Sentencias del Tribunal Supremo y del escrito de la Abogacía del Estado en alegaciones a las dudas de legalidad que se le presentan a la Sala se deduce que el amparo normativo de la Orden PRE/1490/2012, conforme a la cual el derecho de reagrupación de extranjeros a españoles que no han ejercido su derecho a la libre circulación pasa por la exigencia de los requisitos del citado artículo 7 a nuestros nacionales, descansa en la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Supremo a partir de conocer del recurso 114/2007 interpuesto contra el Real Decreto 240/2007 en la Sentencia de 1 de junio de 2010 y que extiende el ámbito subjetivo de dicha normativa reglamentaria a los extranjeros que pretendan reagruparse a españoles. La



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://portalprofesional.juscantabria.es/scdd/index.html> Fecha y hora: 09/11/2018 11:04

Firmado por: Varios

Código Seguro de Verificación:

cuestión surge entonces pues este Real Decreto sólo tiene amparo legal en la excepción recogida en el artículo 1.3 de la Ley Orgánica 4/2000 en cuanto desarrolla normativa europea, ésta de por sí aplicable en virtud de la atribución de competencias realizada al amparo del artículo 93 de la Constitución a la Unión Europea. Pero el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dejado claro que de estas Directivas quedan fuera los familiares de ciudadanos de la Unión que siempre han residido en el Estado cuya nacionalidad poseen (ver por todas STJUE, 15-11-2011, c-256/11, Murat). En estas circunstancias, la Sala no comparte que la reserva de Ley impuesta por la Constitución respecto a la regulación de extranjeros se entienda cumplida con la interpretación realizada por el Tribunal Supremo respecto de un Real Decreto, pues esta norma es sólo reglamentaria y desarrollo de una previsión específica para familiares ciudadanos de la Unión Europea o asimilados distintos del país en que residen acotada en la Ley.

El segundo argumento que baraja la Abogacía del Estado es el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril (BOE núm. 98, de 24/04/2012), que modificó el Real Decreto 240/2007 y traspuso literalmente los requisitos exigidos en el artículo 7 de la Directiva 2004/38 para residir más de tres meses los ciudadanos europeos no nacionales en el país de residencia. Es obvio y así lo recoge el Tribunal Supremo que éste precepto no puede aplicarse al ciudadano español, sin más, en cuanto sus derechos tienen amparo constitucional de primer orden. Lo que entiende el alto tribunal es que sí le sería de aplicación al extranjero familiar de éste requisitos equivalentes a los exigidos el ciudadano de otro Estado de la Unión. Pero tal supuesto no se contempla en dicho Real Decreto-Ley, éste sí de rango legal, pues expresamente se limita a completar la trasposición del artículo 7 de la Directiva no traspuesto en su



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.juscantabria.es/isdod_web/index.html Fecha y hora: 09/11/2018 11:04

Firmado por: Varios

Código Seguro de Verificación

integridad. El Real Decreto-Ley en ningún momento extiende la aplicación subjetiva de la norma reglamentaria, la cual se limita a modificar para agotar la trasposición del artículo 7 de la Directiva 2004/38. Y que la modificación se contenga en un Real Decreto-Ley cuya Exposición de Motivos explica se limita a trasponer literalmente el artículo 7 de la Directiva, ni le otorga a la modificación rango de Ley ni ampara una interpretación ayuda de previsión legal.

Dado que las dudas de constitucionalidad y contravención del derecho europeo deberán, en su caso, ser resueltas por los correspondientes Tribunales llamados a su interpretación de forma exclusiva y excluyente, la Sala no va a desarrollar los argumentos de esta índole. No obstante, considera que la falta de amparo legal a la afectación a los derechos de extranjeros familiares de ciudadanos españoles por vía reglamentaria se considera suficiente para declarar nula la resolución administrativa. Y ello al ser dictada al amparo de una Orden PRE/1490/2012 y de la interpretación del Real Decreto 240/2007 ilegales en cuanto se extralimitan de la cobertura legal que los ampara. Máxime cuando esta resolución se produce al considerar extinguida la tarjeta de familiar de ciudadana española inicialmente autorizada por haber causado ésta baja en la Seguridad Social con posterioridad a su concesión, lo que introduce un plus de inseguridad jurídica a los familiares de españoles que se les hace depender de las vicisitudes laborales de su pareja.

CUARTO: De conformidad con el artículo 139.2 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa 29/1998, de 13 de julio, al haber sido estimado el recurso de apelación interpuesto por la parte recurrente no procede la imposición de costas. Y existiendo un criterio del Tribunal Supremo del que esta Sala respetuosamente



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

discrepa, no procede la imposición de costas respecto de la primera instancia.

F A L L A M O S

Que estimamos el presente recurso de apelación promovido por la representación de Don [redacted] contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Santander, de fecha 23 de abril de 2018, en el procedimiento abreviado 71/18, que desestima la demanda interpuesta contra la resolución que declara extinguida la tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión, declarando la nulidad de la resolución impugnada y sin hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en ninguna de las instancias. Firme la anterior resolución, plantéese la cuestión de ilegalidad de la Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio por falta de cobertura legal para la aplicación del artículo 7 del Real Decreto 240/2007 a los españoles reagrupantes de ciudadanos extranjeros.

Así, por esta nuestra sentencia, que se notificará a las partes con expresión de los recursos que en su caso procedan frente a ella, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Intégrese esta Resolución en el Libro correspondiente. Una vez firme la sentencia, devuélvase las actuaciones recibidas y el expediente administrativo al órgano judicial de procedencia, junto con un testimonio de esta sentencia.

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.juscantabria.es/scdd_web/Index.htm Fecha y hora: 09/11/2018 11:04

Firmado por: Varios

Código Seguro de Verificación :