



SENTENCIA N.º 2618/18

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA

RECURSO DE APELACIÓN N.º 1068/2017

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES.

PRESIDENTE:

D. MANUEL LÓPEZ AGULLÓ

MAGISTRADOS

D. ANTONIO JESÚS PÉREZ JIMÉNEZ

D. EDUARDO HINOJOSA MARTÍNEZ

D. RAFAEL GARCÍA SALAZAR

En la ciudad de Málaga, a veintidós de noviembre de dos mil dieciocho.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía el rollo número 1068/2017 del recurso de apelación interpuesto por D. ~~XXXXXXXXXX~~, representado por la Procuradora de los Tribunales D.ª María de los Ángeles Bejarano Prieto y defendido por el Letrado D. José Luis Rodríguez Candela, contra la Sentencia de 14 de marzo de 2017, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 6 de Málaga en el procedimiento abreviado número 1274/2014, en relación con denegación de autorización de tarjeta de residente de familiar de ciudadano de la Unión Europea, habiendo comparecido como parte apelada la Administración del Estado, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Eduardo Hinojosa Martínez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En el indicado día el citado Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, dictó sentencia desestimatoria del recurso interpuesto en relación con denegación de tarjeta de residente de familiar de ciudadano de la Unión Europea.

SEGUNDO. Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación con fundamento en diversos motivos y se terminó solicitando que en su día, previos los trámites legales, se dictara sentencia por la que con estimación del recurso se dejara sin efecto la citada resolución.

TERCERO. Teniendo por presentado el recurso y acordado su traslado a la apelada, tras la presentación por esta de su escrito de oposición, se elevaron los autos a esta Sala, en la

Código Seguro de verificación: ~~XXXXXXXXXX~~FAYycjsHA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	EDUARDO HINOJOSA MARTÍNEZ 11/12/2018 19:00:00	FECHA	17/12/2018
	ANTONIO JESUS PEREZ JIMENEZ 12/12/2018 13:17:33		
	RAFAEL GARCIA SALAZAR 12/12/2018 13:29:07		
	MANUEL LOPEZ AGULLO 13/12/2018 17:54:08		
	INMACULADA NUÑEZ PEDRAZA 17/12/2018 10:28:49		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	1/5



~~XXXXXXXXXX~~cjsHA==



que no habiéndose acordado el recibimiento a prueba, la celebración de vista ni la presentación de conclusiones escritas, el recurso fue declarado concluso, quedando las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, que ha tenido lugar en el día fijado al efecto.

CUARTO. En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones del artículo 85 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

VISTOS los preceptos legales citados por las partes, concordantes y de general aplicación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La sentencia apelada desestimó el recurso jurisdiccional promovido contra la resolución de 16 de septiembre de 2014, de la Subdelegación del Gobierno en Málaga, desestimatoria también de la alzada interpuesta contra la de 9 de julio anterior, de la Oficina de Extranjeros de la misma Subdelegación, que acordó denegar la solicitud presentada por el apelante el día 29 de mayo de aquel mismo año, de expedición de autorización de residencia permanente de familiar de ciudadano de la Unión Europea, solicitud que se basó en la nacionalidad española de la esposa de aquel y que la resolución de la alzada, sin cuestionar la residencia efectiva del apelante en nuestro país durante los cinco años anteriores, desestimó con fundamento en la falta de convivencia entre los cónyuges.

El Juzgador *a quo* consideró acertada la circunstancia invocada en la resolución recurrida, a lo que se opone el apelante alegando la efectividad de su relación matrimonial.

SEGUNDO. A los requisitos necesarios para la pretendida residencia permanente se refiere el artículo 10 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, que reconoce el derecho a residir con carácter permanente a tales los ciudadanos y a “..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..”, miembros de la familia entre los que, según el artículo 2.a) del mismo cuerpo reglamentario se encuentra el cónyuge del ciudadano de la Unión “..siempre que..”, según se decía en un principio, “..no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal..”. Se exige además que los familiares del ciudadano de la Unión “..le acompañen o se reúnan con él..”.

Tales previsiones se han considerado consecuencia inmediata de la trasposición en nuestro país de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y el 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, norma esta que solo se ocupaba de reconocer y regular el derecho de residencia de aquellos ciudadanos europeos y sus familias que se hubieren desplazado, es decir, de garantizar la libertad de desplazamiento y residencia, aunque, como ha declarado la STS de 18 de julio de 2017 (casación 298/2016), el citado Real Decreto 240/2007 se aplica también a los familiares de ciudadanos españoles que no han ejercitado su derecho de libre circulación, es decir, que no

Código Seguro de verificación: [REDACTED] AyYcjsHA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	EDUARDO HINOJOSA MARTÍNEZ 11/12/2018 19:00:00	FECHA	17/12/2018
	ANTONIO JESUS PEREZ JIMENEZ 12/12/2018 13:17:33		
	RAFAEL GARCIA SALAZAR 12/12/2018 13:29:07		
	MANUEL LOPEZ AGULLO 13/12/2018 17:54:08		
	INMACULADA NUÑEZ PEDRAZA 17/12/2018 10:28:49		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es [REDACTED] AyYcjsHA==	PÁGINA	2/5



[REDACTED] sHA==



se han trasladado a España desde otro país de la Unión, como sería el supuesto ahora examinado.

Sea como fuere, lo cierto es que al examinar aquellos requisitos exigidos a nivel interno para el cónyuge del ciudadano europeo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010, dictada en el recurso contencioso-administrativo 114/2007, seguido contra la disposición reglamentaria, reparó en su indebida extensión respecto de los impuestos por la Directiva 2004/38 al exigir a tal fin, junto a la inexistencia de acuerdo o declaración de nulidad del vínculo matrimonial o de divorcio, que tampoco se haya producido la "...separación legal.." de los cónyuges.

Según el Alto Tribunal, "...si examinamos el artículo 13 del la Directiva 2004/38/CEE, que nos está sirviendo de parámetro comparativo del Derecho Comunitario, podemos comprobar que las tres únicas referencias que se contienen son las relativas al "divorcio, anulación del matrimonio o fin de la unión registrada"; esto es, que ninguna referencia se contiene a la expresión de la norma interna española impugnada "separación legal"..".

"..En consecuencia, lo que no es igual en el propio ámbito interno español, y lo que ni siquiera contempla la Directiva comunitaria, no puede ser utilizado por el Reglamento que nos ocupa para la restricción de unos derechos mediante la equiparación de situaciones fácticas y jurídicas que materialmente son diferentes.

Así, además, ha sido puesto de manifiesto tanto por la jurisprudencia comunitaria (STJUE de 13 de febrero de 1985, Asunto Aussatou Diatta c. Land Berlín) como por el propio Tribunal Supremo (STS de 11 de diciembre de 2002). En el parágrafo 20 de la Sentencia europea se señala que "procede añadir que el vínculo conyugal no puede considerarse disuelto hasta que lo declare así la autoridad competente. Ese no es el caso de los cónyuges que simplemente viven separados, incluso aunque tengan la intención de divorciarse ulteriormente". Por su parte la STS citada señaló que "La Comisión de las Comunidades Europeas en la Comunicación de 11 de diciembre de 2002, haciéndose eco de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo afirma que "las parejas casadas que estén separadas pero aun no divorciadas, siguen manteniendo sus derechos como miembros de la familia de un trabajador emigrante", y ello partiendo de que, según expresa dicha Comunicación, «la libre circulación de personas es una de las libertades fundamentales garantizadas por el derecho comunitario e incluye el derecho a vivir y trabajar en otro Estado miembro. En un principio esta libertad estaba destinada fundamentalmente a las personas económicamente activas y a sus familias. En la actualidad, el derecho de libre circulación en la comunidad también afecta a otras categorías, como los estudiantes, los pensionistas, y los ciudadanos de la Unión Europea en general. Quizás sea, en palabras de la Comisión, el derecho más importante conferido a los individuos en virtud del derecho comunitario y un elemento esencial de la ciudadanía europea»"..".

En este mismo sentido se pronuncia en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de noviembre de 2012 (asunto C-40/2011).

Con este argumento, anclado de lleno en el contenido de la Directiva 2004/38/CEE, el Alto Tribunal estimó en este punto el recurso, anulando los incisos de aquellos preceptos referidos a la separación legal del cónyuge del nacional europeo.

TERCERO. Así las cosas, como dijo la Sala de Sevilla de este mismo orden y Tribunal, entre otras, en su Sentencia de 6 de abril de 2016 (apelación 337/2014), con tesis posteriormente recogida en alguna ocasión por esta de Málaga, "...si el derecho a residir y

Código Seguro de verificación: [REDACTED] jSHA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	EDUARDO HINOJOSA MARTÍNEZ 11/12/2018 19:00:00	FECHA	17/12/2018
	ANTONIO JESUS PEREZ JIMENEZ 12/12/2018 13:17:33		
	RAFAEL GARCIA SALAZAR 12/12/2018 13:29:07		
	MANUEL LOPEZ AGULLO 13/12/2018 17:54:08		
	INMACULADA NUÑEZ PEDRAZA 17/12/2018 10:28:49		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	3/5





trabajar en España del cónyuge de un ciudadano español no puede restringirse por la separación legal del matrimonio, es evidente que tampoco podría ser impedido en su efectividad por la separación de hecho, lo que suscita inmediatamente la duda sobre la interpretación que ha de recibir la exigencia, impuesta también para estos casos por remisión del artículo 10.1 del citado Reglamento de 2007, a las condiciones exigidas por su Capítulo III para la estancia y residencia, contemplada por el artículo 6.2 del mismo reglamento, consistente en que los familiares "...acompañen al ciudadano de uno de estos Estados (de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo) o se reúnan con él..", recogida del artículo 3.1 de la Directiva 2004/38/CEE .

Desde luego, consideradas las anteriores declaraciones judiciales en relación con el ámbito de dicha directiva, esa exigencia, de acompañar o reunirse con el ciudadano europeo, no puede identificarse con la convivencia con este, ya que, en definitiva, con ello se estaría excluyendo de la aplicación de la norma a los cónyuges separados legalmente, situación esta que, como es sabido, produce "...la suspensión de la vida común de los casados.." (artículo 83 CC), y que, según lo dicho, la jurisprudencia no considera determinante de aquella exclusión.

Tales términos, pues, deben recibir un diverso significado, como puede ser el que proporciona el marco en que se desenvuelve la norma europea, a la que vino a trasponer la española, de la efectividad de los derechos los ciudadanos europeos de entrada, salida, libre circulación, estancia, residencia y trabajo en el territorio de los Estados miembros y, en concreto, 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 (artículos 1 de la Directiva 2004/38/CEE y del Real Decreto 240/2007), lo que conduce a entender aquellos términos en el sentido de acompañar al ciudadano o acudir con él al territorio de un determinado Estado, concretamente, al de aquel en el que reside su cónyuge, sin necesidad pues de llevar tales términos a exigir la convivencia.

Así lo dice, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de 16 de julio de 2015 (asunto C-218/2014), según el cual "...conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el requisito de que el nacional del tercer país deba acompañar al ciudadano de la Unión o reunirse con él no implica la obligación de que los esposos vivan juntos en la misma casa, sino la de que ambos habiten en el Estado miembro en el que el cónyuge ciudadano de la Unión ejerza su derecho a la libre circulación (véase, en este sentido, la sentencia Ogieriakhi, C-244/13 , EU:C:2014:2068 , apartado 39)..".

En definitiva, de acuerdo con todo lo dicho hasta ahora, la autorización en cuestión no podría denegarse por la mera separación legal o de hecho del ciudadano extranjero de su cónyuge español..".

CUARTO. En consecuencia, de acuerdo con todo ello, siendo esa la única razón esgrimida por la Administración para denegar la autorización de residencia pretendida por el apelante, obligado será concluir en su procedencia, por lo que el recurso debe ser íntegramente estimado, con estimación también del recurso contencioso-administrativo interpuesto y declaración de nulidad de la resolución recurrida y del derecho del recurrente a la obtención de la autorización solicitada, y todo ello, de conformidad con lo establecido por el artículo 139 LJCA, sin que se considere procedente la condena de ninguna de las partes al pago de las costas causadas.

Código Seguro de verificación: [REDACTED] jSHA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	EDUARDO HINOJOSA MARTÍNEZ 11/12/2018 19:00:00	FECHA	17/12/2018
	ANTONIO JESUS PEREZ JIMENEZ 12/12/2018 13:17:33		
	RAFAEL GARCIA SALAZAR 12/12/2018 13:29:07		
	MANUEL LOPEZ AGULLO 13/12/2018 17:54:08		
	INMACULADA NUÑEZ PEDRAZA 17/12/2018 10:28:49		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es [REDACTED] jSHA==	PÁGINA	4/5





Por las razones expuestas, en nombre de Su Majestad el Rey y por la potestad de juzgar que nos ha conferido el Pueblo español en la Constitución

FALLAMOS

PRIMERO. Estimar el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada el día 14 de marzo de 2017 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 6 de Málaga, en el procedimiento abreviado número 1274/2014, seguido frente a la resolución de 16 de septiembre de 2014, de la Subdelegación del Gobierno en Málaga, desestimatoria también de la alzada interpuesta contra la de 9 de julio anterior, de la Oficina de Extranjeros de la misma Subdelegación, denegatoria de la solicitud del apelante de expedición de autorización de residencia permanente de familiar de ciudadano de la Unión Europea, declarando la nulidad de la citada sentencia por entenderla desajustada a Derecho.

SEGUNDO. Estimar el citado recurso contencioso-administrativo, declarando la nulidad de las resoluciones citadas, así como el derecho del actor al otorgamiento de la pretendida autorización.

TERCERO. No emitir pronunciamiento expreso alguno sobre el pago de las costas causadas en ninguna de las instancias.

Líbrese testimonio de esta Sentencia para su unión al rollo de apelación. Remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de procedencia para su notificación a las partes y ejecución, haciéndoles saber que contra ella cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo si pretende fundarse en infracción de normas de derecho estatal o de la Unión Europea que sean relevantes y determinantes del fallo impugnado o ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con la composición que determina el artículo 86.3 de la Ley Jurisdiccional si el recurso se fundare en infracción de normas de derecho autonómico; recurso que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de treinta días contados desde el siguiente a la notificación de la presente sentencia mediante escrito que reúna los requisitos expresados en el artículo 89.2 del mismo cuerpo legal.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí, la Letrada de la Administración de Justicia. Doy fe.-

Código Seguro de verificación: [REDACTED] sHA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	EDUARDO HINOJOSA MARTÍNEZ 11/12/2018 19:00:00	FECHA	17/12/2018
	ANTONIO JESUS PEREZ JIMENEZ 12/12/2018 13:17:33		
	RAFAEL GARCIA SALAZAR 12/12/2018 13:29:07		
	MANUEL LOPEZ AGULLO 13/12/2018 17:54:08		
	INMACULADA NUÑEZ PEDRAZA 17/12/2018 10:28:49		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es [REDACTED] sHA==	PÁGINA	5/5



[REDACTED] HA==