ADMINISTRACION DE JUSTICIA

JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 3
PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00122/2020

-

Modelo: N11600
CALLE JOAN LLUIS ESTELRICH, Nº. 10.- 07003.- PALMA.-
Teléfono: 971.72.93.76 **Fax**: 971.71.37.87
Correo electrónico:

Equipo/usuario: 2

N.I.G: 07040 45 3 2018
Procedimiento: PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0300 /2018 /
Sobre: PERMISO DE RESIDENCIA Y/O TRABAJO
De D/Dª: A.A **Abogado**: MARIA EMILIA CHIOSSI
Procurador D./Dª:
Contra D./Dª DELEGACION DE GOBIERNO EN ILLES BALEARS OFICINA DE EXTRANJERIA
Abogado: ABOGADO DEL ESTADO
Procurador D./Dª

Sentencia núm. 122/20

En Palma de Mallorca a 24 de abril de 2020.

Vistos por D. Pedro Antonio Mas Cladera, Magistrado titular del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Palma de Mallorca, los presentes autos de **Procedimiento Abreviado núm. 300/2018**, incoados en virtud de recurso interpuesto por **Dª. A.A**, representado y asistido por la Letrada Dª. María Emilia Chiossi, contra la Resolución de la Delegación del Gobierno en Illes Balears de fecha 17 de mayo de 2018, mediante la que se desestimó el recurso de alzada interpuesto frente a la Resolución de 1 de febrero de 2018 por la que se acordó archivar la solicitud de autorización de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión; siendo parte demandada dicha **Administración General del Estado**, representada y asistida por el Abogado del Estado, y la cuantía del recurso indeterminada, dicta la presente resolución en base a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por la indicada representación se interpuso recurso contencioso administrativo contra la resolución mencionada en el encabezamiento de la presente Sentencia. Admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se citó a las partes

Firmado por: PEDRO ANTONIO MAS CLADERA
24/04/2020 10:33
Minerva

Migraciones derechos .05

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

para el acto de la vista, la cual tuvo lugar el 4 de diciembre de 2019.

Segundo.- En el acto de la vista la parte recurrente se ratificó en el recurso interpuesto, interesando que se dictase Sentencia mediante la que se estimase el recurso y se acordase revocar la resolución impugnada. La parte demandada se opuso al recurso, solicitando sentencia desestimatoria. Tras la solicitud y práctica de prueba admitida, las partes formularon conclusiones y quedaron los autos pendientes de resolución.

Tercero.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Objeto del litigio.

En el presente procedimiento se impugna la Resolución de la Delegación del Gobierno en Illes Balears de fecha 17 de mayo de 2018, mediante la que se desestimó el recurso de alzada interpuesto frente a la Resolución de 1 de febrero de 2018, por la que se acordó archivar la solicitud de autorización de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión (Expte 070020170008254).

La resolución trae causa de la solicitud formulada el 28 de agosto de 2017 por la Sra. , de nacionalidad argentina, para la obtención de la citada autorización en su condición de pareja estable de D. de nacionalidad italiana, a cuyo efecto aportó diversa documentación.

Iniciada la instrucción del procedimiento, en fecha 24 de noviembre de 2017 se formuló requerimiento a la interesada para que aportase la documentación que se indicaba en el escrito (folio 28 del expediente). Como consecuencia de ello fueron aportados los documentos que constan en el expediente.

El día 1 de febrero de 2018 la Administración dictó resolución mediante la que acordó el archivo de las actuaciones, por no haberse cumplimentado el requerimiento respecto a la aportación de seguro de enfermedad público o privado (folio 38).

Frente a dicha resolución se interpuso recurso de alzada, con el que se aportó documentación y se interesó la renovación de la tarjeta solicitada; entre la documentación aportada estaba seguro suscrito con la Compañía Adeslas a nombre de la recurrente (folios 63 y ss).

El recurso de alzada fue desestimado por la Resolución de 17 de mayo de 2018, en cuyos fundamentos de Derecho quinto y sexto se señala (folio 87):

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

"QUINTO: La exigencia de dicha documentación, a aportar por el/la solicitante de la tarjeta de residencia, no es una exigencia gratuita o inútil. Solicitada la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión hay que estar a lo que establece el artículo 8 del Real Decreto 240/2007, siendo la interesada en el procedimiento en quien recae la carga de acreditar la concurrencia de los requisitos para la solicitud de tarjeta de residencia presentada, pues es un procedimiento a instancia de parte; aportando esas documentales en plazo, para que la Oficina de Extranjería valorara la petición formulada, debiendo soportar, en su caso, las consecuencias de no haber cumplimentado el requerimiento efectuado.

SEXTO: Examinadas las alegaciones formuladas en el recurso, y puestas éstas en relación con la documentación obrante en el expediente, las mismas no desvirtúan el contenido de la resolución recurrida que conduzca a la concesión de la tarjeta solicitada."

Segundo.- Posición de las partes.

La parte recurrente alega que no era necesaria la aportación del seguro de salud privado que fue requerido a la Sra. Machado por ser no ser exigible según el RD 240/200, toda vez que su pareja tenía contrato laboral y alta en la Seguridad Social. Alega, igualmente, que la solicitud había sido autorizada por silencio administrativo positivo, dado que se efectuó el requerimiento cuando ya había transcurrido el plazo de tres meses que establece el artículo 8.4 del citado RD, lo que no podía ser desconocido por la Administración. Aduce que el acto impugnado no cuenta con motivación suficiente y que incurrió en incongruencia omisiva. Solicita se anule la resolución y se acuerde la concesión de la tarjeta. En el acto de la vista ha reiterado su posición, insistiendo en lo expresado en el escrito de demanda respecto al sentido del silencio y al cumplimiento de los requisitos para la obtención de la tarjeta solicitada.

La Administración demandada se opone a la estimación del recurso alegando que el objeto del litigio se refiere al archivo del procedimiento por no haber sido atendidos los requerimientos en plazo, sin que quepa, como pretende el recurrente, entrar en el fondo del asunto, pues el mismo no ha sido examinado por la Administración. Señala que el carácter revisor de esta jurisdicción impide una pretensión como la articulada de contrario, por lo que solicita que se desestime el recurso. Niega, igualmente, que se produjera silencio estimatorio con arreglo a doctrina de la Sala de lo Contencioso Administrativo de nuestro Tribunal Superior de Justicia.

Tercero.- Resolución de la controversia.

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

1. Respecto al sentido del silencio en este tipo de solicitudes, es oportuna la cita de la Sentencia 495/2019, de 31 de octubre de 2019, de la Sala de lo Contencioso-administrativo de nuestro Tribunal Superior de Justicia, en la que se sostiene lo siguiente:

"TERCERO: Sin embargo la Sentencia del TJUE de 28 de Junio de 2018 (ECLI:EU:C:2018:499) que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado del Reino de Bélgica actuando como Tribunal Supremo de lo Contencioso, en torno a la interpretación del artículo 10- apartado 1 de la Directiva 2004/38/CE, nos conduce a un resultado muy distinto del expuesto, resultado que debemos seguir y respetar de conformidad a la supremacía del Derecho comunitario sobre el derecho patrio.

Dispone el artículo 10-1 de la Directiva 2004/38/CE:

1. El derecho de residencia de los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro será reconocido mediante la expedición de un documento denominado «tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión» a más tardar en los seis meses siguientes a la presentación de la solicitud. Se entregará inmediatamente un resguardo de la presentación de la solicitud de una tarjeta de residencia.

En España ya hemos dicho que el plazo para resolver esas solicitudes es sólo de tres meses conforme al artículo 8-4 del RD 240/2007, normativa que transpone a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/38/CE.

La Sentencia del TJUE citada, declara en primer lugar que, las Autoridades administrativas de los Estados miembros vienen obligados a tramitar, resolver y notificar esas solicitudes en el plazo establecido en la legislación, en nuestro caso, tres meses. Pero adentrándose en si la falta de respuesta en el plazo indicado comporta que el silencio opere de forma positiva y el extranjero solicitante obtuviere esa tarjeta de residencia de familiar comunitario, como ocurriría con arreglo a lo expuesto en el fundamento jurídico anterior, el Tribunal responde que el silencio no ha de tener el carácter de positivo si no concurren en el extranjero solicitante los requisitos necesarios para poder obtener la tarjeta de residencia. Así señala el TJUE:

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

48 Pues bien, como se desprende de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la entrega de un permiso de residencia, como el previsto en el artículo 10, apartado 1, de la Directiva 2004/38, a un nacional de un Estado tercero, no debe considerarse un acto constitutivo de derechos, sino un acto de reconocimiento, por parte de un Estado miembro, de la situación individual de un nacional de un Estado tercero en relación con las disposiciones del Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de julio de 2011 (TJCE 2011, 220), Dias, C-325/09, EU:C:2011:498, apartado 48, y de 12 de marzo de 2014 (TJCE 2014, 90), O. y B., C-456/12, EU:C:2014:135, apartado 60).

49 El carácter declarativo de las tarjetas de residencia implica que estas reconocen un derecho de residencia preexistente del interesado (sentencias de 25 de julio de 2008, M. y otros, C-127/08 (JUR 2008, 376651), EU:C:2008:449, apartado 52, y de 21 de julio de 2011 (TJCE 2011, 220), Dias, C-325/09, EU:C:2011:498, apartado 54).

50 Por lo tanto, el artículo 10, apartado 1, de la Directiva 2004/38se opone a que la tarjeta de residencia de miembro de la familia de un ciudadano de la Unión se expida a un nacional de un Estado tercero que no reúna los requisitos establecidos por ella para su otorgamiento.

51 En estas circunstancias, aunque nada impide que una normativa nacional establezca que el silencio de la administración competente durante un período de seis meses a contar desde la presentación de la solicitud equivalga a una decisión denegatoria, los propios términos de la Directiva 2004/38 se oponen, en cambio, a que equivalga a una decisión de aceptación.

52 Sin embargo, en el presente asunto, por una parte, se desprende de los autos presentados al Tribunal de Justicia que el demandante no puede invocar la condición de «ascendiente directo a cargo» del ciudadano de la Unión de que se trata, en el sentido del artículo 2, punto 2, letra d), de la Directiva 2004/38y del artículo 4, apartado 2, letra a), de la Directiva 2003/86, de manera que no puede considerarse un «miembro de la familia» en el sentido de dichas disposiciones (véase, en este sentido, la sentencia de 8 de noviembre de 2012 (JUR 2012, 351105), I., C-40/11, EU:C:2012:691, apartado 54).

53 Pues bien, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la Directiva 2004/38 no reconoce derechos de entrada

y de residencia en un Estado miembro a todos los nacionales de terceros países, sino únicamente a aquellos que son «miembros de la familia», en el sentido del artículo 2, punto 2, de esta Directiva, de un ciudadano de la Unión que haya ejercido su derecho de libre circulación estableciéndose en un Estado miembro distinto del de su nacionalidad (sentencia de 8 de noviembre de 2012 (JUR 2012, 351105), I., C-40/11, EU:C:2012:691, apartado 51).

54 Por otra parte, se desprende de los autos remitidos al Tribunal de Justicia, así como de las precisiones hechas por el Gobierno belga en la vista, que la normativa nacional controvertida en el litigio principal establece la expedición automática de tarjetas de residencia de miembro de la familia de un ciudadano de la Unión en virtud de la cual la autoridad nacional competente debe expedir de oficio tales tarjetas a los solicitantes cuando se sobrepasa el plazo de seis meses del artículo 10, apartado 1, de la Directiva 2004/38.

55 Tal sistema, al permitir la expedición de la tarjeta de residencia a una persona que no reúne los requisitos para obtenerla, es contrario a los objetivos de la Directiva 2004/38.

56 Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la quinta cuestión prejudicial que la Directiva 2004/38 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que obliga a las autoridades nacionales competentes a expedir de oficio una tarjeta de residencia de miembro de la familia de un ciudadano de la Unión al interesado, si se sobrepasa el plazo de seis meses establecido en el artículo 10, apartado 1, de la Directiva 2004/38, sin comprobar previamente si el interesado reúne efectivamente los requisitos para residir en el Estado miembro de acogida de conformidad con el Derecho de la Unión.

Y de esta forma en el fallo declara la sentencia:

"La Directiva 2004/38 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que obliga a las autoridades nacionales competentes a expedir de oficio una tarjeta de residencia de miembro de la familia de un ciudadano de la Unión al interesado, si se sobrepasa el plazo de seis meses establecido en el artículo 10, apartado 1, de la Directiva 2004/38, sin comprobar previamente si el interesado reúne efectivamente los

requisitos para residir en el Estado miembro de acogida de conformidad con el Derecho de la Unión".

Por lo tanto, es claro que el silencio y falta de respuesta de la petición planteada en los supuestos del artículo 8-4 del Real Decreto 240/2007 es negativo cuando el extranjero no reúne los requisitos para residir en España.

Como fuere que la Administración demandada consideró que el recurrente apelante no justificó "estar a cargo" de su hija nacional española, la conclusión es que el silencio de la Administración que no ha resuelto en el plazo de los tres meses de que disponía para ello, incluso descontado el plazo de subsanación que se ofreció a la parte, tuvo el carácter de silencio negativo.

En cuanto a la falta de justificación de estar a cargo de su hija viene concordada por el Juez de instancia, y en apelación el recurrente no ha hecho ni siquiera mención alguna de ese extremo tendente a desvirtuar la tesis sobre este punto.

Por ello, desestimamos la apelación en cuanto al carácter del silencio y concordamos el carácter negativo del silencio que acoge la sentencia, aunque por fundamentación jurídica distinta de la expuesta por el Juez de instancia.

CUARTO: Ocurre no obstante que la sentencia del TJUE es de 28 de Junio de 2018, y por lo tanto posterior al dictado del acto administrativo impugnado que aquí revisamos. Por ello cabe preguntarse si debe surtir efecto la interpretación del artículo 10-1 de la Directiva 2004/38/CE efectuada en esa sentencia por el Tribunal europeo al supuesto que analizamos. Y la respuesta debe ser afirmativa, basándonos en el principio de primacía del derecho comunitario (plasmado entre otras en la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2012), y a la posición del juez nacional de asumir en sus sentencias una interpretación conforme al Derecho comunitario cuando se trata de aplicar el Derecho nacional. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del TSJ de Galicia 264/2016 de 27 de abril (ECLI:ES:TSJGAL:2016:2252)".

En consecuencia, aplicando la doctrina de la que es muestra a larga cita que acabamos de transcribir, ha de llegarse a la conclusión de que no se había producido silencio estimatorio cuando la Administración resolvió archivar la solicitud el 1 de febrero de 2018.

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

2. Pese a que, como apunta el Abogado del Estado, el objeto del litigio se limite a acto que decidió el archivo del procedimiento por no haberse cumplimentado los requerimientos documentales practicados en el mismo, en el presente caso el recurso ha de ser estimado por las razones que seguidamente se explicarán:

- El requerimiento que figura en el folio 28 del expediente se refería a la aportación de seguro de enfermedad público o privado y a declaración de los interesados en la que constase que convivían como pareja estable, según modelo que se adjuntaba. Ante ese requerimiento, la interesada alegó que ya se había aportado documentación en ese sentido y aportó una serie de fotografías de la red social Facebook.

- La resolución que acordó el archivo aludía, única y exclusivamente, a la cuestión del seguro de enfermedad, ya que no se había cumplimentado el requerimiento formulado al respecto. De ello cabe deducir que sí se consideraba cumplimentado el otro extremo y que era esta cuestión -la del seguro de enfermedad- la única que quedaba sin resolver. Y de ahí el archivo (folio 38).

- Acto seguido, junto al recurso de alzada, además de las mismas fotografías, se aportó copia del seguro suscrito con la entidad Adeslas, cuya fecha de validez era 1 de febrero de 2018 (folio 66). La realidad es que, con independencia de si era o no precisa la presentación de ese documento, éste fue presentado y constaba ya ante la Administración que debió resolver otorgando la tarjeta solicitada, por cuanto no quedaba ya ningún requisito que cumplimentar, a tenor de la propia actuación de la Administración (esto es, el requerimiento formulado en su día).

- Téngase en cuenta que el acto impugnado en el presente procedimiento es la desestimación del recurso de alzada, lo que quiere decir que, aunque en un primer momento parezca que únicamente ha de versar sobre si era o no procedente el archivo, la realidad es que, llegado a la conclusión de que no era procedente y observado que en el expediente figuraban ya todos los datos y documentos requeridos por la Administración, procedía- como procede ahora por economía procesal- otorgar la autorización solicitada, pues no existía motivo alguno para su denegación. Y ello es lo que ha de declararse ahora, con la estimación del recurso y anulación del acto impugnado.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

- El carácter revisor de esta jurisdicción, sobradamente conocido, no impide que, obrando ya en autos toda la información -como es el caso- y siguiendo cabalmente el iter argumental de la Administración, no pueda resolverse en plena jurisdicción, cuando constan ya en esta sede todos los datos y estamos ante cuestión puramente formal o adjetiva. No tendría sentido la simple retroacción del procedimiento en un supuesto como éste.

Cumple, por tanto, la estimación del recurso, anulándose los actos impugnados y declarándose el derecho de la recurrente a la obtención de la tarjeta de residencia de familiar comunitario en los términos solicitados.

Cuarto.- Costas procesales.

Pese a la estimación del recurso, no se considera procedente la imposición de costas a ninguna de las partes, dadas las dudas de derecho existentes, conforme al artículo 139 de la LJCA.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de Sm el Rey,

FALLO

Que **ESTIMO** el recurso contencioso-administrativo **PA 300/2018**, formulado por **Dª. A.A**, contra el acto mencionado en el encabezamiento, que se anula, por incurrir en infracción del ordenamiento jurídico, declarándose el derecho de la recurrente a la obtención de la tarjeta de residencia de familiar comunitario en los términos solicitados.

Sin costas.

Contra esta Sentencia cabe interponer recurso de apelación ante este Juzgado para la Ilma. Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia en el plazo de quince días, a contar a partir del siguiente a la notificación, mediante escrito razonado que deberá contener las alegaciones en que se fundamente el recurso.

Así lo acuerda, manda y firma Pedro Antonio Mas Cladera, Magistrado titular del Juzgado Contencioso-Administrativo nº 3 de Palma de Mallorca.

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.