

21 104/14

## JDO. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 6 DE MÁLAGA

C/ Fiscal Luis Portero García s/n

Tel.: (Genérico): 951939076

Fax: 951939176

N.I.G.: 2906745020120004294

Procedimiento: Procedimiento abreviado 585/2012. Negociado: 5

Recurrente:

Letrado: MARTA VAZQUEZ TRUJILLO

Procurador:

Demandado/os: SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN MALAGA

Representante: ABOGADO DEL ESTADO

Letrados: ABOGADO DEL ESTADO

Procuradores:

Codemandado/s:

Letrados:

Procuradores:

Acto recurrido: Desestimación presunta del recurso de reposición frente la resolución de 21 de agosto de 2012 de la Subdelegación del Gobierno en Málaga dictada en exp. 290020120006355 denegatorio de la expedición de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la unión.// Ampliado a la resolución expresa de 30-10-2012 desestimatoria.

### SENTENCIA Nº 99/14

En Málaga, a treinta y uno de marzo de dos mil catorce

Vistos por mí, D. Jorge Del Valle Gálvez, Magistrado Juez sustituto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número SEIS de los de Málaga, el recurso Contencioso-Administrativo número 585/2012 tramitado por las normas de Procedimiento Abreviado, y que se formula mediante demanda interpuesta por la Letrada Dña Marta Vázquez Trujillo en la asistencia y representación de D. . . . . y que se formula contra la Resolución de fecha 30-10-2012 dictada por la Subdelegación del Gobierno en Málaga, siendo parte demandada dicha Administración, representada y asistida por el Sr. Abogado del Estado D. ' . . . . y la cuantía del recurso indeterminada, dicto la presente en base a los siguientes antecedentes y fundamentos

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por la representación del Sr. . . . . se formuló demanda contenciosa administrativa contra la Resolución de 30-10-2012 dictada por la Subdelegación del Gobierno en Málaga, acto que desestimaba el recurso de reposición interpuesto contra la

resolución de 21-8--2012 dictada por el mismo órgano que acordaba denegar la expedición de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión.

**SEGUNDO** .- Una vez admitida a trámite la demanda se dio traslado de la misma y de los documentos acompañados a la administración demandada reclamándole el expediente, ordenando que se emplazara a los posibles interesados y citando a las partes para la celebración de la vista.

**TERCERO**.- Recibido el expediente administrativo se exhibió a la recurrente para que pudiera hacer las alegaciones que estimara pertinentes en el acto de la vista.

**CUARTO**.- Celebrada la vista en el día y hora señalados comparecieron ambas partes, ratificándose la actora en la demanda presentada, oponiéndose la demandada, y solicitado el recibimiento del pleito a prueba se acordó por su S.Sª y practicadas las pruebas admitidas tras el trámite de conclusiones se acordó traer los autos a la vista para Sentencia.

**QUINTO**.- Que en la tramitación de este procedimiento se han observado las exigencias legales.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO**.- Solicita la parte demandante se revoque la resolución recurrida por no ser conforme a derecho y en su virtud se conceda al recurrente la tarjeta de residencia temporal de familiar de ciudadano de la UE, alegando en síntesis que al contrario de lo considerado por la Administración, el interesado ha cumplido rigurosamente con todos los requisitos reglamentarios, recordando en cuanto a los ingresos económicos que se exigen al familiar comunitario que un Reglamento nunca puede estar por encima y en contra de los intereses del administrado, de la Ley Orgánica sin que sea de recibo exigir ingresos económicos a la ciudadana española casada con el solicitante, manifestando que incluso se aportó documental acreditativa del cumplimiento del referido requisito, cumpliendo por tanto todos requisitos establecidos en los Art 2 y 7 del RD 240/2007, alegando también la vulneración del Art 13 de la Constitución, invocando que en todo caso que se ha producido el silencio positivo.

La representación de la Administración demandada se opuso a la demanda por los motivos obrantes en las resoluciones recurridas, observando en primer término que por la actora se retiró en el trámite de comparecencia la fundamentación sobre el silencio administrativo,

reiterando que el silencio no es positivo sino negativo. Y por lo que se refiere al objeto de debate, como es la aplicación del RD 240/2007 para la acreditación de medios económicos por parte de la persona con la cual se reúne el extranjero no comunitario, señala que el tenor literal del Art.7.2 es claro en el sentido que quien tiene que justificar esos medios económicos es la ciudadana comunitaria, no justificándose este requisito en el supuesto de autos, como acreditan los documentos obrantes en el expediente administrativo folios 28,27,29, 13 a 15 relativa a anteriores relaciones labores de la esposa del solicitante, aportándose libreta bancaria con escaso movimiento de ingresos, ingresos que no llegan ni a la mitad del IPREM, no superando en ningún caso los 300 Euros, y si a ello se suma que él recurrente manifestó que su esposa no podía trabajar por estar en situación de embarazo, ello no es óbice para que pudiera estar de baja maternal o fuera beneficiaria de cualquier subsidio, no justificándose la solvencia económica, concluyendo que no se reúnen los requisitos para la expedición de la tarjeta de residencia solicitada..

**SEGUNDO.-** Una vez delimitados los términos del debate, en definitiva la resolución recurrida desestima la solicitud de residencia temporal de familiar de ciudadano de la UE por entender que en el expediente no queda acreditado el cumplimiento de las condiciones contempladas en las letras a),b), o c) del apartado 1 del Art 7 del RD 240/2007, y ello en relación con lo establecido en su apartado 2º.. Este precepto establece que “2º. 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 de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo 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 apartado 1.” Y este apartado 1º dispone que todo ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo tiene derecho de residencia en el territorio del Estado Español por un período superior a tres meses si: a) Es un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en España, o b) Dispone, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España, o c) Está matriculado en un centro público o privado, reconocido o financiado por la administración

educativa competente con arreglo a la legislación aplicable, con la finalidad principal de cursar estudios, inclusive de formación profesional; y cuenta con un seguro de enfermedad que cubre todos los riesgos en España y garantiza a la autoridad nacional competente, mediante una declaración o por cualquier otro medio equivalente de su elección, que posee recursos suficientes para sí y los miembros de su familia para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado español durante su período de residencia. Considerando en definitiva, vistos los hechos alegados por la Administración en el acto de la vista que el motivo considerado por la resolución denegatoria se centra en el incumplimiento del apartado b) por el ciudadano de la Unión, esto es no acreditar disponer para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España

Y examinado el resultado arrojado por toda la prueba practicada, la primera consideración que debe realizar esta instancia es la cualidad de extranjero comunitario presente en el Sr

al constar su matrimonio con la ciudadana española Dña [redacted] matrimonio de fecha 18-4-2012 como aparece de la certificación del Registro Civil obrante al folio 20 del expediente. Igualmente consta certificado de nacimiento de un hijo nacido en fecha 23-8-2012 del citado matrimonio las actuaciones, certificado aportado en la fase de prueba. Por consiguiente al actor, como cónyuge no separado de derecho de ciudadano de Estado miembro de la CE (en este caso española) le es aplicable la normativa sobre entrada, permanencia y trabajo en España de tales ciudadanos.

Por consiguiente, deben extraerse previamente del expediente determinados hechos que sin duda conformaran el supuesto y las circunstancias del extranjero: que éste ha constituido una familia en España, donde ha contraído matrimonio de modo que se fomentan las circunstancias precisas y excepcionales de arraigo en territorio español y reagrupación e integración familiar por las que debiérase admitir su solicitud de Tarjeta Familiar de Residente Comunitario, no constando acreditada una patente y extrema insuficiencia económica en la cónyuge comunitaria del solicitante, la Sra [redacted], pues consta aportado un certificado de empresa en el que se indica como categoría del trabajador la de auxiliar de enfermería con un periodo cotizado durante 2008, así como estar en situación activa de

búsqueda de trabajo, aportando nota informativa del Registro de la Propiedad de Baena en la que consta que si aparecen titularidades vigentes a su favor. Constando del volante de empadronamiento que el matrimonio conformado por el actor y la Sra I. [redacted] convive en el mismo domicilio con D. [redacted], constando al folio 46 del expediente ingresos realizado por el mismo a la Sra [redacted] por lo que percibe ayuda del mismo. Por lo que procede estimar que los requisitos determinados reglamentariamente se cumplimentan en el presente supuesto. No acreditándose por la Administración demandada en todo caso y de manera fehaciente que la Sra [redacted] supone una carga para la asistencia social en España durante el período de residencia del actor.

Otros motivos abundan en dicha conclusión estimatoria. En este sentido, la consecuencia de la aplicación de los requisitos del ap.1 del Art 7 del RD 240/2007 es la posibilidad de que los familiares de los ciudadanos comunitarios pase a encontrarse en situación irregular en España si no acreditan sus cónyuges comunitarios, dichos requisitos y que se exigen para la residencia superior a tres meses, provocando con ello la existencia de una categoría de españoles ilícitamente discriminados por la circunstancia de que sus esposos/esposas no puedan residir legalmente en el Reino de España, mediante la introducción de restricciones como la que nos ocupa, de orden económicos (ingresos y seguro de enfermedad), sin perjuicio de la realidad social de crisis económica generalizada presente en España. Considerando igualmente que el **Defensor del Pueblo**, recientemente, ha emitido una importante 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.”*, concluyendo en definitiva que la equiparación de los cónyuges de español a la de los cónyuges de ciudadanos de otro Estado de la UE estaría vulnerando tanto el, como el derecho a la vida en familia del artículo

8 de Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales artículo 14 de la Constitución Española, por cuanto se estaría discriminando a los españoles casados con cónyuges extracomunitarios respecto a aquellos casados con cónyuge español o comunitario. Y todo ello partiendo del derecho personal de todo ciudadano español a constituir una familia según sus personales decisiones, y que la misma sea objeto de tutela, no en abstracto sino de modo concreto un familia concreta formada por la actora y su esposo.

Argumentos que avalan la estimación de la demanda, situándose un último motivo que refuerza la anterior conclusión como es que la denegación de la tarjeta de residencia solicitada le produciría al demandante unos perjuicios que afectarían a su esfera personal y por tanto deberá prevalecer el interés particular del mismo, estimando la situación de arraigo como determinante de la estimación de la demanda, en la medida en que cualesquiera que hayan sido las circunstancias previas, la no renovación de la residencia del recurrente supondría de facto la ruptura o imposibilidad de la relación paterno-filial por continuar el menor con su padre. La **tutela de los derechos de la menor** sólo puede lograrse si la Administración competente (o, en su caso, los órganos judiciales en el despliegue de sus funciones de control de legalidad de los acuerdos que dicte tal Administración) reconoce a su padre el derecho a permanecer, con tintes de legalidad, en territorio español. Y como, en cualquier caso, ha de primar la interpretación más favorable a la reagrupación familiar, procedente resulta la estimación de la pretensión actora.

**TERCERO.-** No se alzan motivos para un especial pronunciamiento sobre costas procesales. Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

### FALLO

**QUE ESTIMANDO** el presente recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por la representación de D. . procede declarar la nulidad de

las resoluciones impugnadas y que se identifican en el Antecedente de Hecho Primero de esta Sentencia, que deniegan la solicitud de tarjeta en régimen comunitario a que la presente litis se contrae, declarando no ser dicho acto ajustado a Derecho y al Ordenamiento jurídico, reconociendo como situación jurídica individualizada el derecho del actor a obtener la tarjeta de familiar de residente comunitario por él solicitada, condenando a la Administración demandada a estar y pasar por dicha declaración. Todo ello sin hacer expresa imposición de costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación en el plazo de quince días ante este Juzgado y para ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J.A. con sede en Málaga.

Librese Testimonio de esta Sentencia para su unión a los autos de su razón e inclúyase la misma en el Libro de su clase; y con testimonio de ella, en su caso, devuélvase el expediente administrativo al Centro de su procedencia.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo

**PUBLICACION.-** En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr./Sra. JUEZ SUSTITUTO que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

*“En relación a los datos de carácter personal, sobre su confidencialidad y prohibición de transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento, deberán ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia (ex Ley Orgánica 15/99, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal)”.*