



Roj: STSJ GAL 8528/2014 - ECLI:ES:TSJGAL:2014:8528
Id Cendoj: 15030330012014100605

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso

Sede: Coruña (A)

Sección: 1

Nº de Recurso: 267/2014

Nº de Resolución: 614/2014

Procedimiento: Recurso de Apelación

Ponente: FERNANDO SEOANE PESQUEIRA

Tipo de Resolución: Sentencia

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.1

A CORUÑA

SENTENCIA: 00614/2014

PONENTE: D. FERNANDO SEOANE PESQUEIRA

RECURSO DE APELACION NÚMERO 267/2014

APELANTE: D. Prudencio

APELADA: SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN PONTEVEDRA

EN NOMBRE DEL REY

La Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la

SENTENCIA

Ilmos./as. Sres./as. D./D^a.

FERNANDO SEOANE PESQUEIRA.- Pte.

JULIO CESAR DIAZ CASALES

MARIA DOLORES GALINDO GIL

A CORUÑA , veintinueve de octubre de dos mil catorce.

En el RECURSO DE APELACION 267/14 pendiente de resolución ante esta Sala, interpuesto por D. Prudencio , representado por la Procuradora D^a. NOELIA NUÑEZ LOPEZ, dirigido por el Letrado D. MARIO BONMATI DEL PESO, contra la SENTENCIA nº 106/14, de fecha 16-06-14 dictada en el procedimiento abreviado nº 197/13 por el JDO. DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Núm. UNO de los de PONTEVEDRA , sobre extranjería. Es parte apelada la SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN PONTEVEDRA, representada y dirigida por el SR. ABOGADO DE ESTADO.

Es Ponente el Ilmo. Sr. D. FERNANDO SEOANE PESQUEIRA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice que se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por D. Prudencio contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Pontevedra, de fecha 09-05-13, por la que se acuerda denegar la tarjeta de residencia temporal de familiar de la UE al ciudadano extranjero D. Prudencio , con imposición de las costas a la parte actora.

SEGUNDO.- Notificada la misma, se interpuso recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que obra en el procedimiento, habiéndose acordado dar traslado de las actuaciones al ponente para resolver por el turno que corresponda.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

NO SE ACEPTAN los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida, y

PRIMERO .- Habiendo interpuesto en su día el ciudadano de Sierra Leona don Prudencio recurso contencioso-administrativo contra la resolución de 9 de mayo de 2013 del Jefe de la oficina de extranjeros de la Subdelegación del Gobierno en Pontevedra, por la que se deniega la tarjeta de residencia temporal de familiar de ciudadano de la Unión Europea, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Pontevedra lo desestimó, contra cuya sentencia interpone el demandante el presente recurso de apelación.

SEGUNDO .- La Administración denegó la tarjeta de residencia temporal de familiar de ciudadano de la Unión Europea, por falta del requisito esencial, recogido en el artículo 4, en relación con el 3.2, de la Orden de 9 de julio de 2012, por la que se dictan normas para la aplicación del 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, de realizar actividad laboral por cuenta ajena o propia y/o contar con recursos suficientes para su sostenimiento en España, para no convertirse en una carga para la asistencia social durante su período de residencia, debido a que aporta como recursos económicos una ayuda, en concepto de renta de integración social de Galicia, que percibe su pareja doña Milagros, por importe de 439'03 euros, concedida del 1 de junio de 2012 al 1 de junio de 2013, no constando ninguna otra fuente de ingresos en la pareja.

La sentencia de primera instancia desestimó el recurso contencioso-administrativo con fundamento en que la situación económica del recurrente y su pareja española no acredita suficiencia de medios económicos, tal como exige el artículo 3.2 de la Orden de 9 de julio de 2012.

Frente a dicha sentencia se alza el demandante, argumentando que los ingresos de la unidad familiar no se limitan a la suma de 439'03 euros, sino que a ella hay que añadir los 461'11 euros que percibe doña Silvia, hija de la señora Milagros, y que convive con el actor y con su madre, por lo que entiende que el total de 900'14 euros es suficiente para el sostenimiento del recurrente en España.

TERCERO .- La normativa invocada por la Administración para denegar la tarjeta de familiar de ciudadano comunitario resulta inaplicable al caso presente, por lo que la ausencia de dicho amparo normativo impide que la resolución administrativa impugnada supere esta fiscalización jurisdiccional.

En efecto, tal como figura en su enunciado, la Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio, ha sido dictada para la aplicación del 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. El citado artículo 7 del RD 240/2007 alude a la autorización de residencia de ciudadanos de la Unión Europea, no españoles, que persiguen establecerse por más de tres meses en nuestro país.

Resulta evidente que ese no es el caso del recurrente, que es ciudadano no comunitario que pretende que se le expida la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano comunitario, en base a que figura inscrito como pareja de hecho de ciudadana española y se halla en el supuesto del artículo 2.c del RD 240/2007.

Por tanto, al igual que había sucedido en la resolución administrativa impugnada, en la sentencia apelada se produce un error en la aplicación objetiva y subjetiva de la Orden de 9 de julio de 2012, al referirse a supuestos de solicitud inscripción de ciudadanos de la Unión Europea y no al supuesto estudiado. Desde el punto de vista subjetivo la Orden se refiere a los ciudadanos de la Unión, no a sus familiares, que deseen inscribirse en el registro general de extranjeros. Desde el punto de vista objetivo o de la materia regulada, no es lo mismo la denegación de una solicitud de inscripción que la denegación de una solicitud de tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión Europea.

El caso de autos está incluido en el artículo 8 del RD 240/2007, referido a la residencia superior a tres meses con tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, una vez que la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010 ha aclarado que lo relativo a familiar de comunitario debe extenderse a los familiares de ciudadanos españoles, para adaptarlo al artículo 3 de la Directiva 2004/38/CEE. Por el contrario, no lo está en el artículo 7 de la misma disposición, que regula la residencia superior a tres meses de ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Por tanto, no le puede ser aplicable la Orden de 9 de julio de 2012, que se ha dictado para la aplicación del artículo 7 RD 240/2007.

Esta misma Sala y Sección ya había alcanzado la misma conclusión en sus sentencias de 9 de octubre de 2013 (rollo de apelación 273/2013) y 11 de diciembre de 2013 (rollo de apelación 328/2013), que en casos de no comunitarios inscritos como parejas de hecho de ciudadanos españoles, estimó aplicable el artículo 8 RD 240/2007 , y no el artículo 7, por lo que se confirmaron sentencias que acogieron los respectivos recursos contencioso-administrativos planteados en que se solicitaba la tarjeta de familiar de ciudadano comunitario, razonando:

"... la cuestión a debatir en esta litis, queda constreñida a un mero juicio de interpretación normativa que no tiene otro objeto que discernir si al supuesto enjuiciado ha de serle aplicable lo establecido en el artículo 7 (tesis de la Administración) o, por el contrario, el artículo 8 (postura de la demandante y de la sentencia apelada), ambos 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 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

El primero de los artículos citados alude a la autorización de residencia de ciudadanos de la Unión Europea, no españoles, que persiguen establecerse por más de tres meses en nuestro país. El segundo de los indicados preceptos se refiere a la autorización de residencia de familiares de ciudadanos europeos que tratan de reunirse con éstos y residir en España por tiempo superior a tres meses.

Este último es el precepto aplicable al supuesto que nos ocupa, 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 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 ".

En definitiva, cuando el ciudadano europeo que se halla residiendo legalmente en España es un nacional español, no se le pueden exigir, para seguir residiendo en España, los requisitos de solvencia económica del artículo 7 RD 240/2007 . Y tampoco, por la misma razón, a los familiares directos (definidos en el artículo 2 del propio RD 240/2007) que pretendan convivir con él.

En ese sentido, la sentencia de la sala 3ª del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010 (casación 114/2007) no extiende los condicionantes establecidos en su artículo 7 para el primer supuesto al otro supuesto del artículo 8. Cada uno de ellos tiene su propio régimen normativo, autónoma y claramente diferenciado en el mencionado reglamento. No cabe realizar una interpretación extensiva de los requisitos del artículo 7 para aplicárselos a la autorización, distinta y diferenciada, contemplada en el artículo 8.

La referida Sentencia del Tribunal Supremo se dirigía precisamente a lo contrario, entre otras cuestiones, a garantizar que las ventajas atribuidas a los familiares extracomunitarios de los ciudadanos comunitarios en la Directiva 2004/38/CE también se le aplicasen en España a dichos familiares sin las restricciones más severas entonces reguladas en el Real Decreto 2393/2004 entonces vigente. Buena muestra de ello lo constituye el hecho significativo de que, tras la referida sentencia del Tribunal Supremo, se modificó el Reglamento del Real Decreto 240/2007 por el posterior Real Decreto 1710/2011, de 18 de noviembre, y se mantuvo el régimen claramente diferenciado de ambos regímenes, sin extenderse los requisitos de la autorización del artículo 7 al supuesto previsto en el artículo 8.

Desde el momento en que decae el motivo por el que había sido denegada la tarjeta de familiar de ciudadano de la UE, y aparecen acreditados los presupuestos a que se refiere el artículo 8 RD 240/2007 , procede la revocación de la sentencia de primera instancia, y en su lugar, ha de estimarse el recurso contencioso- administrativo y reconocer al demandante el derecho a que le sea otorgada la tarjeta de residencia de familiar de comunitario.

Por todo lo cual procede la estimación del recurso de apelación.

CUARTO .- Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa , al acogerse el recurso de apelación no se hará especial pronunciamiento sobre costas de esta

segunda instancia, y tampoco se hará respecto a los de primera instancia, pues la discrepancia de criterio con la sentencia del Juzgado revela las dudas de derecho a que se refiere el artículo 139.1 LJ .

VISTOS los artículos citados y demás preceptos de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

que con acogimiento del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 1 de Pontevedra de 16 de junio de 2014 , **DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS** la misma, y en su lugar, **estimamos** el recurso contencioso-administrativo deducido por **DON Prudencio** contra la resolución de 9 de mayo de 2013 del Jefe de la oficina de extranjeros de la Subdelegación del Gobierno en Pontevedra, por la que se deniega la tarjeta de residencia temporal de familiar de ciudadano de la Unión Europea, y, en consecuencia, **anulamos** dicha resolución, y **reconocemos el derecho** de que se otorgue a dicho demandante la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano comunitario solicitada, sin hacer pronunciamiento especial sobre las costas de ambas instancias.

Notifíquese a las partes y entréguese copia al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que la misma es firme, y que contra ella las personas y entidades a que se refiere el art. 100 de la Ley 29/1998, de 13 julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, podrán interponer el recurso de casación en interés de Ley del artículo citado, dentro del plazo de los tres meses siguientes a su notificación. Asimismo, podrán interponer contra ella cualquier otro recurso que estimen adecuado a la defensa de sus intereses. Para admitir a trámite el recurso, al interponerse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal (1570-0000-85-0267-14-24), el depósito al que se refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre (BOE núm. 266 de 4/11/09); y, en su momento, devuélvase el expediente administrativo a su procedencia, con certificación de esta resolución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- La sentencia anterior ha sido leída y publicada el mismo día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. FERNANDO SEOANE PESQUEIRA, al estar celebrando audiencia pública la Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Doy fe. A CORUÑA, veintinueve de octubre de dos mil catorce.