



JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 1
SANTANDER

SENTENCIA: 00176/2008

LETRADO ANDRÉS DE CEBALLOS
CABRILLO

PROCEDIMIENTO ABREVIADO NÚMERO 511/07.
OBJETO DEL PROCEDIMIENTO: EXTRANJERIA.

DEMANDANTE: ~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~
LETRADO SR. DE CEBALLOS CABRILLO.

DEMANDADO: DELEGACIÓN DEL GOBIERNO.
LETRADO: SR. LOMA OSORIO, ABOGADO DEL ESTADO.

En la ciudad de Santander a treinta de junio del año dos mil ocho.

La Ilma. Doña Catalina Pérez Noriega, Magistrada-Juez Sustituta del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número Uno de Santander, habiendo visto los presentes autos registrados como Procedimiento Abreviado número 511/2007, promovidos a instancia de ~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~, representado procesalmente y defendido por el Letrado Sr. De Ceballos Cabrillo contra la DELEGACIÓN DEL GOBIERNO representado y defendido por el Letrada Sr. Loma Osorio, Abogado del Estado, derivados del recurso interpuesto inicialmente, contra la Resolución de fecha 19/07/07 por la que se deniega la solicitud presentada de Tarjeta de Residente comunitario.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Letrado Sr. De Ceballos Cabrillo en nombre y representación de D^a. ~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~ presentó recurso contencioso-administrativo contra la resolución ya referida, que fue turnada a este Juzgado conforme a las reglas de reparto.

SEGUNDO.- Admitido a trámite la demanda se reclamó el expediente administrativo que una vez recibido fue remitido al actor y se convocó a las partes a la celebración de juicio, practicándose conforme a los principios legales, se abrió periodo de prueba con el resultado obrante en autos, emitiéndose el correspondiente tramite de conclusiones y quedando los autos vistos para sentencia.

TERCERO.- En la sustanciación de este juicio se han observado todos los términos y prescripciones legales, excepto el plazo para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso, la resolución dictada por la delegación de Gobierno de fecha 19 de julio de 2007 por la que se deniega la tarjeta de residencia de familiar comunitario, por no vivir la actora a expensas de su hijo menor, y, por tanto, no cumple con el requisito establecido en el art. 2 c) del RD 178/2003 de 14 de febrero sobre entrada y permanencia en España de nacionales d estados

miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el espacio Económico Europeo.

Se fundamenta la demanda en que la obtención de la tarjeta solicitada se debe a razones excepcionales cuales como son el que la actora es madre de un menor nacido en España, con la que tiene derecho a vivir conforme dispone el art. 154 del Código Civil y el art. 111.2 de la Ley 1/96 de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, con apoyo en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de octubre de 2004 ; sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 10 de enero de 2006, sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2006 y Dictamen del Consejo del Estado, referencia 1829/2006, La Abogacía del Estado, se opuso a la demanda, solicitando su desestimación por ser la resolución impugnada conforme a derecho.

SEGUNDO.- Cabe recordar que la solicitud que se deduce se efectúa al amparo del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, por el que se fijan los requisitos necesarios para la obtención de la tarjeta comunitaria, tanto para los ciudadanos comunitarios como para sus familiares . En dicho Real Decreto se regulan las formalidades par el ejercicio de los derechos de entrada y permanencia en España por parte de nacionales de los estados miembros de la Unión Europea, así como de otros estados parte en el Acuerdo sobre el espacio económico Europeo y en esta normativa se establece la obligación de solicitar la tarjeta de residencia comunitaria, para la que se deberá aportar la documentación a que se alude en el art. 11 por los titulares de los derechos en que se refiere la normativa, en los supuestos y en la forma prevista por la misma, documentación esta consistente en:

A) El documento que acredite el vínculo de parentesco con el familiar residente en España.

B) La documentación acreditativa de que su familiar reside en España, y, en los supuestos previstos en el artículo 2 b) y c) de este Real Decreto, de que el solicitante vive a expensas de aquél.

C) El visado de residencia en el pasaporte, o solicitud de exención de éste, que deberá presentarse conjuntamente con la solicitud de tarjeta de residencia.

De la documentación obrante en el expediente administrativo parece que la recurrente nacional de Brasil, forma una unión de hecho con un ciudadano español , registrada en el Registro Municipal del Ayuntamiento de Cartes, como consecuencia de la relación de pareja con el español que convive, y sin antecedentes penales, tiene un hijo en común, respecto del que se solicita la tarjeta, llamado [REDACTED] [REDACTED] nacida en Torrelavega (Cantabria) el 28-12- 2006,), constituyen los tres una unidad familiar y conviviendo en el domicilio sito en Cartes.

TERCERO.- La Administración para denegar la solicitud ha aplicado literalmente, una norma cual es el art. 2 c) del RD 1278/2003, que exige para la obtención de la tarjeta de familiar comunitario que, dicho familiar , viva a expensas del comunitario residente, lo que, ya desde el principio es imposible que se dé cuando este familiar es un menor, hijo de la actora, y nacido en España, y como tal consta inscrita en el Registro Civil, de tal forma, que, en principio la consecuencia, es que debe abandonar obligatoriamente el país, y dada su situación irregular, puede verse sometida a un expediente de expulsión, y tanto la salida obligatoria como la expulsión, supondría la separación de madre e hija, conculcándose con ello, lo establecido en el artículo 39 de nuestra Constitución, orden de expulsión que se anularía en los Tribunales en virtud de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y, como ejemplo la sentencia de 26 de enero de 2005 , en la que se anula la orden de expulsión de una ciudadana brasileña para evitar la separación de su hijo menor español, diciendo el Tribunal que « la orden de expulsión ... provocaría la separación de su hijo , violando así los preceptos constitucionales reguladores de la protección a



la familia y a la infancia ... La existencia de ese hijo es fundamental para la resolución del presente procedimiento , si se tienen en cuenta las siguientes ideas:

1.ª La Constitución española establece como principios rectores de la política social el de la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1), así como el de la protección integral no sólo de los hijos , sino también de las madres (artículo 39.2)... »

Es cierto, que la normativa no puede contemplar toda la casuística que la realidad suministra, y que el Juez no puede dejar de fallar, so pretexto de obscuridad de la Ley o lagunas legales ateniéndose al sistema de fuentes establecido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.7 del Código Civil ..., por lo que, la cuestión estriba en determinar si el ordenamiento jurídico, como un todo, permite dar una respuesta al tema planteado, desde la perspectiva del sentido común jurídico, desde la perspectiva de una interpretación del ordenamiento más favorable al ejercicio de los derechos, en este caso, del derecho a la protección jurídica y exigencia de respeto a la familia establecido en el art. 39 de la Constitución Española, y desde la perspectiva de las fuentes del Derecho que, además de la Ley, están las normas jurídicas contenidas en Tratados Internacionales, los principios generales del Derecho, complementando el ordenamiento jurídico, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a la que hay que añadir la del Tribunal Constitucional, como la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y del Tribunal de Derechos Humanos.

El artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como se dice en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2004 , en su fundamento de derecho segundo: El artículo 8 de del Tratado de la Unión Europea reconoce el derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y a residir libremente en los territorios de los estados miembros, conforme a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación. De ello resulta que los límites impuestos a la circulación y residencia de los ciudadanos europeos serán los establecidos por el ordenamiento comunitario o, dicho de otra forma, que el ordenamiento propio del Estado miembro no podrá imponer límites y condiciones no previstas en el Tratado y en esas disposiciones.

Entre las disposiciones de Derecho Comunitario cabe citar los artículos 10 a 12 del Reglamento 1612/68 que regulan el derecho de determinadas personas familiares, independientemente de su nacionalidad, a instalarse con el trabajador nacional de un Estado miembro empleado en el territorio de otro Estado, extendiendo este régimen al cónyuge y descendientes menores de 21 años a su cargo, así como a los ascendientes del trabajador y de su cónyuge que estén a su cargo. El apartado 2 de dicha norma dispone que "que los Estados miembros favorecerán la admisión de cualquier miembro de la familia que no se beneficie de lo dispuesto en el apartado 1 si se encontrasen a cargo o viviese en el país de origen con el trabajador antes mencionado"

el RD 178/2003 sólo recoge la condición de que el reagrupado esté a cargo del reagrupante, pero no prevé la posibilidad de que sólo viva con él como recoge el apartado 2 anteriormente transcrito.

Por otro lado, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en Sentencia de 17 de septiembre de 2002 ha declarado que de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, es preciso interpretar el Reglamento n.º 1612/68 a la luz de la exigencia de respeto de su vida familiar previsto en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, respeto que, según se afirma en dicha sentencia, forma parte de los derechos fundamentales que, conforme a reiterada jurisprudencia, están reconocidos en el Derecho comunitario. Y si ese

reconocimiento es como derecho fundamental, es de aplicación directa de conformidad con nuestra Constitución.

Por otro lado, en la Sentencia de Justicia Europea de 23 de septiembre de 2003 en el asunto n.º 109/2001, se declara que « excluir a una personas de un país en el que viven sus parientes próximos puede constituir una injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar protegido por el artículo 8, apartado 1, del Convenio ... »

QUINTO.- La sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de junio de 2004, recogida por el Consejo de Estado en su dictamen al proyecto de Real Decreto, hoy RD 240/07 (BOE 28-2-07), se dice, que valorar la progresiva ampliación de las implicaciones inherentes a la libertad de circulación, con independencia de que los beneficiarios ostenten o no la condición de ciudadanos de la UE, unida al principio de unidad familiar, se señala que « el artículo 18 CE y la directiva 90/354 confieren a un nacional menor de corta edad de un estado miembro, titular de un seguro de enfermedad adecuado, y que está a cargo de un progenitor que, a su vez, es nacional de un estado tercero y dispone de recursos suficientes para evitar que el primero se convierta en una carga para el erario del estado miembro de acogida, el derecho a residir por tiempo indefinido en el territorio de este último estado. En ese caso las misma disposiciones permiten que el progenitor que se encarga del cuidado efectivo de dicho nacional resida con él en el Estado miembro de acogida » .

En segundo lugar, el Tribunal Supremo en sentencia de 22 de noviembre de 2006, da validez, tras separación matrimonial de la tarjeta de familiar de residente comunitario, a efectos de acreditar la residencia legal para obtener la nacionalidad, en el que la recurrente tenía a su cargo a una hija española de origen de acuerdo con el art. 17.1 a) del Código Civil, y por tanto residente comunitarias, dice « ... Dicho Real Decreto (en referencia al 766/1992 de 26 de junio que regula la entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y otros estados parte en el Espacio Económico Europeo) en su artículo 2 al fijar el ámbito de aplicación, se refiere en su apartado a) a los cónyuges de nacionales españoles siempre que no estén separados de hecho o de derecho pero también el apartado c) a los ascendientes de ciudadanos españoles y aunque se exige el requisito de que vivan a sus expensas, lo cierto es que la Sra. (...) es madre de una ciudadana española menor de edad, afecta de una severísima minusvalía que le impide la movilidad propia, la que se ha concedido determinadas prestaciones según la legislación vigente y que tiene que convivir con su madre que es a quien judicialmente se le ha concedido la guardia y custodia de la misma » .

SEXTO.- Por lo expuesto, se puede concluir que la condición del apartado c) del art. 2, consistente en el que el familiar del residente comunitario viva a expensas de éste no es de aplicación, además de porque, no existe la posibilidad de que solamente viva, y que la jurisprudencia citada anteriormente contemplando el supuesto, como el que nos ocupa, de que el residente comunitario sea un menor y sea el ascendiente el que se haga cargo del mismo, salvaguardando el derecho comunitario a la unidad familiar , y descendiendo a que es aplicable la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo anteriormente indicada, y para el supuesto concreto de un menor nacional español, del que se ha de ocupar de él necesariamente un progenitor, que, además, conforme resulta del expediente, según el art. 2 del real Decreto 178/2003 en su letra D expone,

- El presente real decreto se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por este, a los familiares de ciudadano de otro estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando le acompañen o se reúnan con él, que a continuación se relaciona:

1. A sus ascendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada que vivan a su cargo, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja.

Así pues, el caso aquí recurrido no está contemplado de forma expresa en este precepto, ya que la madre no vive a expensas del menor, pero por lo anteriormente expuesto se ha de estimar la demanda.

SEPTIMO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción contenciosa administrativa no procede hacer condena en costas a las partes.

FALLO

Estimo el recurso interpuesto por el Letrado Sr. De Ceballos Cabrillo en representación de ~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~ y, en consecuencia, declaro no ajustada a Derecho y anulo la Resolución impugnada del Delegado de Gobierno de Cantabria **DECLARANDO EL DERECHO DE LA RECURRENTE A OBTENER LA TRAJETA DE RESIDENTE COMUNITARIO**, por considerar que la actora tiene arraigo familiar y ayuda económica.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas, con indicación de que no es firme, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 81 y 85 de la L.J.C.A. en el plazo de quince días siguientes al de su notificación.

Así por esta mi Sentencia la pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por la lma. Sra. Magistrado-Juez sustituta D^a CATALINA PEREZ NORIEGA que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Juzgado, de lo que yo el Secretario Judicial, DOY FE.