

ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA
SEVILLA

SENTENCIA

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:
D. ANTONIO MORENO ANDRADE
D. JOSE SANTOS GOMEZ
D. LUIS G. ARENAS IBÁÑEZ

En la ciudad de Sevilla, a veinticuatro de octubre de dos mil trece.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo con sede en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se expresan, ha visto el **recurso de apelación número 384/2013** interpuesto por la **SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN SEVILLA**, representada por el Abogado del Estado, contra la Sentencia de 6 de marzo de 2013 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número siete de Sevilla dictada en Procedimiento Abreviado num. 173/2012, siendo parte apelada **D. _____** representado por el Letrado Sr. García Jiménez.

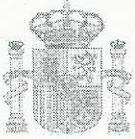
Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. **DON LUIS ARENAS IBAÑEZ**, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 6 de marzo de 2013 la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número siete de Sevilla dictó Sentencia en el proceso indicado -rectificada por Auto de 24 de mayo de 2013 en lo que a la imposición de costas respecta- por la que, estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por _____ n contra la Resolución de 29 de febrero de 2012 de la Subdelegación del Gobierno en Sevilla que decretó la extinción de la autorización de residencia temporal de familiar de ciudadano de la UE bajo el número de expediente 41.00.2009.000 _____, anulaba la citada resolución a la vez que declaraba el derecho del recurrente a obtener la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea solicitada.

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia se presentó en tiempo y forma recurso de apelación por el Abogado del Estado, dándose traslado del mismo a la parte actora que se opuso en los términos que constan.

TERCERO.- No se ha abierto la fase probatoria en esta instancia.



CUARTO.- Señalado día para votación y Fallo, tuvo éste lugar con arreglo a lo que a continuación se expresa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Argumenta la parte apelante que de acuerdo con lo previsto en el artículo 14.2 del Real Decreto 240/2007 la vigencia de la tarjeta está condicionada al hecho de que su titular continúe encontrándose en alguno de los supuestos que dan derecho a su obtención, lo que para nuestro caso implica de acuerdo con los artículos 1.2, 8.1 y 3.d) del mismo cuerpo normativo -que transcribe en este aspecto los artículos 3.1, 6.2 y 7.2 de la Directiva 2007/38/CE de 29 de abril de 2004- un vínculo matrimonial o asimilado y una convivencia efectiva entre ellos y el mantenimiento de la affectio maritales, lo que aquí no ocurre pues no existe convivencia ni vida matrimonial por estar el ciudadano extranjero realizando esa vida matrimonial con persona distinta.

La parte actora, tras aludir a los antecedentes del caso (contracción de matrimonio el 27-2-2009 con ciudadana española, separación del matrimonio, relación extramatrimonial del actor con ciudadana también nigeriana -residente legal según lo resuelto en Sentencias de 22 de marzo de 2011 y 28 de septiembre de 2012 de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo números seis y catorce de Sevilla respectivamente- de la que nace una hija en fecha 24 de abril de 2011, a la que la Administración deja en situación de irregularidad administrativa sobre la base de que su padre obtuvo su residencia de manera presuntamente fraudulenta, pese a lo cuál no se ha cursado denuncia contra ese presunto fraude ni instado la nulidad del matrimonio), razona que la posición de la apelante es contraria a lo resuelto por el Tribunal Supremo en Sentencia de 1 de junio de 2010 que declaró nulas varias expresiones contenidas en el articulado del Real Decreto 240/2007 respecto a la separación legal. A partir de estos antecedentes y jurisprudencia sostiene que sólo la extinción del vínculo conyugal puede dar al traste con su derecho a residir en España, y que aun así tampoco perdería su condición de residente legal pues se encuadraría dentro del artículo 9 del Real Decreto 240/2007 al llevar más de tres años casado con una ciudadana española, siendo la infidelidad matrimonial de la que nació la hija una cuestión moral, no de derecho, que debe quedar en el ámbito de la intimidad familiar. Solicita por último la imposición de costas a la apelante sin límite cuantitativo por su mala fe y temeridad.

SEGUNDO.- Las alegaciones del apelante no desvirtúan los acertados razonamientos expuestos por la Magistrada de instancia, debidamente adaptados a las circunstancias del caso y a la normativa y jurisprudencia aplicables, razonamientos que compartimos y damos por reproducidos para evitar innecesarias reiteraciones.

En efecto, se ha documentado con la demanda que mediante Resolución de 14 de agosto de 2009 de la Oficina de Extranjeros de la Subdelegación del Gobierno en Sevilla se concedió al actor -con amparo en lo previsto en el 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- tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión con valides desde el 18-5-2009 al 17-5-2014



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

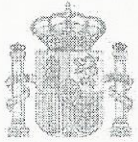
Dicha concesión traía causa del matrimonio contraído en fecha 20 de febrero de 2009 por el actor con la ciudadana española Dña. (se ha aportado Certificado literal de inscripción del matrimonio en el Registro Civil demostrativo de tal extremo). Se consideró por tanto entonces la aplicabilidad al actor del mencionado Real Decreto 240/2007 al concurrir en su caso el supuesto previsto en su artículo 2.a) a tenor del cuál "El presente real decreto se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de ciudadano 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 relacionan: a) A su cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial o divorcio."

La Resolución aquí impugnada, de extinción de esa tarjeta, se funda normativamente en lo dispuesto en el artículo 14.2 ("En todo caso, la vigencia de... tarjetas de residencia contemplados en el presente real decreto..estará condicionada al hecho de que su titular continúe encontrándose en alguno de los supuestos que dan derecho a su obtención.") y tiene por presupuesto de hecho, como en ella se indica que "en este caso consta documentación acreditativa de la existencia de un hijo del interesado nacido en 2011, fruto de la relación de éste con un ciudadano de su misma nacionalidad, con la cuál convive".

Estimamos al igual que la Sentencia apelada que la razón aducida en la Resolución recurrida para declarar extinguida la tarjeta de residencia temporal de familiar de ciudadano de la UE no se ajusta a las previsiones normativas antes enunciadas. De lo dispuesto en los artículos 2.a) y 14.2 del Real Decreto que acabamos de transcribir se desprenden dos fases o momentos distintos. Uno primero en el que el ciudadano extranjero se reúne con el que da derecho a la obtención de la tarjeta o le acompaña, en cuyo caso si media matrimonio entre ellos ostenta aquél el derecho a obtener la tarjeta, a lo que se refiere el artículo 2.a). Y otro posterior a dicha concesión en el que durante la vigencia de la tarjeta se constata que ha dejado de cumplirse aquéllos requisitos que dieron lugar a aquélla concesión, situación que es la contemplada en el artículo 14.2

A partir de lo anterior debemos restar relevancia al hecho considerado en la resolución impugnada relativo a la convivencia del actor con ciudadana extranjera de su misma nacionalidad nigeriana -distinta por tanto a aquélla con quien contrajo matrimonio-, pues dicha situación ya existiría cuando se otorgó la tarjeta en agosto de 2009 según se desprende de los documentos aportados a la causa referidos al matrimonio contraído por el demandante con ciudadana española en febrero de 2009 y al empadronamiento del actor y de en el mismo domicilio de Sevilla (calle) desde el 7-5-2009 y el 29-6-2004, respectivamente. Sentado que es de suponer que la Administración demandada revisó, al tiempo de otorgar la tarjeta, la concurrencia de los requisitos normativamente establecidos para dicha concesión no hay por tanto en este particular un cambio de circunstancia sobrevenida posterior a la concesión de la tarjeta que habilite su decaimiento por la vía del artículo 14.2 del Real Decreto; y ello sin perjuicio de que, si dicha Administración estima que aquel acto de otorgamiento no era ajustado a Derecho, pudiera proceder a su revisión, cosa que no ha sucedido.

No siendo dable por lo expuesto cuestionar la concurrencia de los presupuestos necesarios para tener derecho a la tarjeta al tiempo de su concesión, el debate se centra en



si el hecho de no convivir el actor con la ciudadana española con la que contrajo matrimonio, y de haber tenido un hijo (en abril de 2011) fruto de una relación extramatrimonial, habilita a la Administración para la extinción de aquélla.

La posición de la apelante comportaría en suma asimilar una situación de separación de hecho a otras distintas explícitamente previstas en el artículo 2.a) del Real Decreto 240/2007 (al que se remite su artículo 14.2) relativas al acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial o divorcio, situaciones éstas que no acontecen en el caso de autos.

A este respecto debemos traer a colación la doctrina expuesta por el Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 5ª, de 1-6-2010, recurso 114/2007 que resuelve el recurso directo formulado frente a determinados preceptos del Real Decreto 240/2007 y anula entre otras la expresión "separación legal" que se contenía en el apartado a) de su artículo 2.

Como en ella se expresa, a la hora de razonar su decisión, es desaparecido definitivamente el vínculo conyugal cuando desaparece la consideración familiar del cónyuge, sin que la situación de "separación legal" (menos aún la separación de hecho en la que ni siquiera media proceso ni pronunciamiento judicial) conlleve una disolución definitiva del vínculo matrimonial, siendo sus efectos muy diferentes, por ejemplo, a los del divorcio. "En consecuencia", afirma el Tribunal Supremo "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 párrafo 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 EDJ2004/63814 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".

Resta por añadir en relación con otras consideraciones vertidas en la oposición a la apelación que sin perjuicio de lo expuesto en torno a la fecha del matrimonio del actor con ciudadana española, y a la convivencia de aquél con ciudadana extranjera desde poco meses después según se desprendería de los documentos de empadronamiento, la



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

posibilidad de fraude en la contracción de aquel matrimonio no se invoca en la resolución impugnada como causa o fundamento de la decisión que adopta; que tampoco las alegaciones y pruebas de las partes en este proceso versan sobre ese particular; y que del propio modo no nos consta la existencia de causa civil o penal en que pueda haberse suscitado esa cuestión relativa a la validez de aquel matrimonio.

TERCERO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción procede imponer a la parte apelante las costas causadas en esta segunda instancia.

No obstante esta Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 de ese artículo 139 de la LJCA, fija en 600 euros la cantidad máxima a repercutir en concepto de honorarios de Letrado de la parte actora, atendiendo a tal efecto a las circunstancias del asunto, y a su actividad procesal en esta instancia circunscrita a la formulación del escrito de oposición a la apelación

VISTOS los preceptos legales de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Con desestimación del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de 6 de marzo de 2013 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número siete de Sevilla a que se ha hecho referencia, debemos confirmarla y la confirmamos. Se imponen a la parte apelante las costas causadas en esta instancia en los términos señalados en el Fundamento de Derecho tercero de esta Sentencia.

Háganse las anotaciones pertinentes y devuélvanse los autos y el expediente administrativo al órgano remitente para su debido cumplimiento.

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