



JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NÚM. 4 DE BARCELONA

PA 134/16 E

SENTENCIA Nº [REDACTED]/16

En Barcelona, a 16 de diciembre de 2016

Vistos por mí, ROSA MARIA MUÑOZ RODON, Magistrado - Juez titular del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 4 de Barcelona, los presentes autos de PROCEDIMIENTO ABREVIADO, instados por D^a [REDACTED] representada y defendida por el Letrado D. Jorge Graupera Expósito, siendo demandada la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por la Abogacía del Estado, en el ejercicio de la función jurisdiccional que me confieren la Constitución y las leyes, en nombre de S.M. el Rey, he dictado la presente sentencia con arreglo a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En fecha 22 de abril de 2016 se presentó demanda interponiendo recurso contencioso administrativo contra la resolución que se dirá. Admitida que fue, se dio curso al proceso por el trámite del procedimiento abreviado, reclamándose el expediente administrativo a la Administración demandada, quien lo aportó y compareció en forma, tras lo cual se señaló día para la vista.

Segundo.- La vista se celebró el día 14 de diciembre de 2016 en la Sala de vistas de este Juzgado, habiendo comparecido las partes. Abierta la vista, fue conferida la palabra a la parte actora, ésta se ratificó en su demanda, contestando la Administración para oponerse y recibándose a prueba el recurso con el resultado que consta en autos. Tras la formulación de las conclusiones por la demandante y demandada, quedaron los autos conclusos para Sentencia.

Tercero.- En la tramitación de este procedimiento se han cumplido todos los trámites legales.





FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La parte actora impugna la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Barcelona de fecha 11 de abril de 2016 que desestima el recurso de alzada interpuesto contra la de 2 de diciembre de 2015 que denegó la tarjeta de residencia permanente de familiar de ciudadano de la Unión Europea por no quedar suficientemente acreditado el mantenimiento del derecho de residencia conforme a lo previsto en el art. 9 bis del RD 240/2007, añadido por el RD 1192/2012, de 3 de agosto, en concordancia con la existencia de alguna de las circunstancias previstas en el art. 7.1 del precitado RD 240/2007, modificado por RD Ley 1/29012, de 20 de abril de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, que demuestren la posesión de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España durante el período de residencia.

La recurrente solicita en su escrito de demanda la estimación del recurso, así como la anulación de las resoluciones impugnadas, solicitando asimismo que se declare su derecho a la obtención de la tarjeta de residencia permanente de familiar de ciudadano de la Unión Europea, supuesto general residente en España, con yge con residencia continuada en España durante 5 años.

La parte demandada se opone a las pretensiones de la actora.

SEGUNDO.- La recurrente, nacional de ██████████ solicitó en fecha 16 de octubre de 2015 tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea, al ser cónyuge de ciudadano español.

Aporta certificación de inscripción de matrimonio donde en nota marginal consta el cambio de nombre de la recurrente al suyo actual en fecha 19 de agosto de 2014. Ello acredita, pues, que la recurrente se halla casada con ciudadano español.

La institución matrimonial constituye una presunción iuris tantum de convivencia entre los cónyuges. Cualquier afirmación relativa a la inexistencia del vínculo o a la separación entre cónyuges, a los efectos del contenido del art. 9 del RD 557/2011, debe ser probada por la Administración, a quien corresponde el onus probandi, conforme a lo dispuesto en el art. 217 LEC.

La hoy recurrente fue requerida a los efectos de aportación de documentos, en





concreto a fin de acreditar que se encuentra en alguno de los supuestos del art. 3 de la Orden PRE/1490/2012, 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. Dicho art. 3 -cuyo contenido no especifica el requerimiento, efectuando una genérica mención a la norma- hace referencia a la documentación acreditativa a acompañar con la solicitud.

También fue requerida para acreditar el vínculo de parentesco, consistente en la inscripción del matrimonio, actualizado de menos de tres meses.

La actora presentó certificación de matrimonio expedida en 20 de octubre de 2015 y póliza de seguro médico (folio 14), así como saldo de cuenta abierta en entidad bancaria.

Por resolución de 2 de diciembre de 2015 fue denegada la solicitud formulada en su día, teniendo en cuenta que la recurrente tenía ya tarjeta de residencia anterior como familiar de ciudadano de la Unión, con fecha final de validez el 19 de octubre de 2015, siendo el familiar que otorgaba el derecho su marido, ciudadano español.

TERCERO.- Atendidos los anteriores hechos, se está aplicando a la persona extranjera casada con español residente en España el mismo régimen que al extranjero casado con extranjero nacional de Estado miembro de la UE y residente en España, por cuanto se requiere a la recurrente la documentación establecida en virtud de los requisitos previstos en el art. 7 del RD 240/2007, en la redacción dada por el RD - Ley 16/2012 de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud, amén de requerirle que pruebe una situación relativa a su estado civil que queda probada mediante la certificación de inscripción de matrimonio.

La recurrente, en este caso, ha acreditado tener un seguro sanitario en el que es asegurada.

Se plantea pues si al cónyuge de español puede serle requerido para obtener permiso de residencia en España -derivado de su convivencia familiar con el marido, en este caso- lo que al cónyuge de extranjero comunitario residente en España.

La respuesta, que parte de un vacío legal, ha de ser necesariamente negativa, al prevalecer para el ciudadano español el derecho constitucional a vivir en familia sobre la necesidad de disponer de recursos suficientes.

La Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 3 de San Sebastián, de 28 de junio de 2013, aborda un caso prácticamente idéntico al presente con los siguientes razonamientos, que se asumen por este órgano jurisdiccional:





“2.1.- Sin perjuicio de la mala técnica legislativa que supone la utilización de un decreto-ley para modificar un precepto reglamentario como el que nos ocupa, la consecuencia de la transposición de la Directiva Comunitaria lleva a consecuencias no previstas - en el mejor de los casos- o a restricciones pensadas - lo cual nos podría en el camino de lo que Georges RIPERT calificó como *déclin du droit*- en orden a alterar, retringir o limitar el 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 una familia concreta formada por la actora y su esposo.

2.2.- La protección constitucional no se refiere- cual garantía institucional- a la institución, sino a esta familia en concreto, a la integrada por la actora y su esposo.

3.- En efecto la directiva que se transpone con la reforma del artículo 7 del RD 240/2007 es la DIRECTIVA 2004/38/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) N° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE.

4.- En el caso que nos ocupa, no se trata, como vemos del ejercicio de un nacional comunitario de un tercer país del ejercicio de su derecho a circular y residir libremente en el territorio de los estados miembros, sino el caso de un ciudadana no comunitaria casada con un nacional del hogar Reino de España que solicita le sea expedida la tarjeta de residencia por familiar de un ciudadano español, y por ende, y por ahora, comunitario.

4.1.- En el supuesto analizado el ciudadano español - el esposo de la actora- no ha traspasado las fronteras de su estado - - el Reino de España- por lo que, *prima facie*, estaría sometido al derecho interno del Estado (STJCE de 28 de enero de 1992, SSTJCE de 21 de septiembre de 1999 -Asunto C-378/97, y de 2 de octubre de 2003- asunto c-148/02, Carlos García Abelló c. Estado belga, STJCE de 27 de octubre de 1982- asuntos c-35 y 36/82-; STJUE de 5 de junio de 1997 - asuntos C-64 y 65/96).

4.2.- Como queda indicado el objeto de la directiva no es otro que establecer: a) las condiciones de ejercicio del derecho de libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros de los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia; b) el derecho de residencia permanente en el territorio de los Estados miembros de los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia; c) las limitaciones a los derechos establecidos en las letras a) y b) por razones de orden público, seguridad pública o salud pública.

5.- Según el artículo 2 de **DIRECTIVA 2004/38/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 29 de abril de 2004** la misma se aplicará “a cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia, tal como se definen en el punto 2 del artículo 2, que le acompañen o se reúnan con él 2. Sin perjuicio del derecho personal de los interesados a la libre circulación y a la residencia, el Estado miembro de acogida facilitará, de conformidad con su legislación nacional, la entrada y la residencia de las siguientes personas: a) cualquier otro miembro de la familia, sea cual fuere su nacionalidad, que no entre en la definición del punto 2 del artículo 2 que, en el país de procedencia, esté a cargo o viva con el ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia con carácter principal, o en caso de que, por motivos graves de salud, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia; b) la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada. El Estado miembro de acogida estudiará detenidamente las circunstancias personales y justificará toda denegación de entrada o residencia a dichas personas El derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, para que pueda ejercerse en condiciones objetivas de libertad y dignidad, debe serle reconocido también a los miembros de su familia, cualquiera que sea su nacionalidad. A los efectos de la presente Directiva, la definición de miembro de la familia debe incluir también la pareja registrada si la legislación del Estado miembro de acogida equipara la unión registrada al matrimonio.

6.- Como ha sido señalado en el caso que nos ocupa, esposa de ciudadano español y por ende con estatuto de ciudadano de la Unión según el artículo 20 del TFUE, la resolución impugnada materialmente priva a un nacional español del disfrute efectivo de la esencia de los





derechos conferidos por su condición de nacional español así como la correspondiente a ciudadano de la unión (Vide STJCE de 8 de marzo de 2011, asunto C-34/09, asunto ██████████ STJCE de 5 de mayo de 2011, asunto C-439/09).

6.1.- O dicho de otro modo si en este caso el cónyuge de un ciudadano español puede invocar determinadas normas nacionales y comunitarias para obtener el derecho a residir con su cónyuge en el Estado miembro de origen de éste, que es el Reino de España, y si, en su caso, la restricción y prohibición de residencia - *de facto*- cabe deducir un derecho de residencia a favor del cónyuge como consecuencia de la aplicación del ordenamiento nacional y de la Unión, y si en su caso infringe el artículo 8 del Convenio EDH cual es una de las condiciones del ejercicio de una libertad fundamental del marido como consecuencia de los obstáculos que se ponen en su país de origen a la entrada y residencia de su cónyuge, de modo que la restricción introducida en el Reglamento por una transposición de una directiva cuya finalidad es la regulación de la libre circulación, afecte a los derechos indicados, y que por tanto entra en contradicción con el artículo 49 TUE (el vigente artículo 56 del TFUE), de modo que debe interpretarse de manera diversa a como es aplicado en la resolución que nos ocupa.

7.- En efecto la resolución invocada aplica lo dispuesto en el artículo 7 del RD 240/2007 de 16 de febrero.

7.1.- La distorsión se produce desde el momento en que se contempla el ámbito subjetivo y objetivo de la norma fijado en el artículo 1 y 2 del Reglamento de 2007. Señala el artículo 1 que la disposición se aplica a los "*ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión europea y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el EEE, así como las limitaciones a los derechos anteriores por razones de orden público, seguridad pública o salud pública*".

7.2.- En efecto la nueva redacción del artículo 7 deriva de la modificación realizada por el RD Ley de 2012 antes indicado. Señala la norma que

Disposición final quinta. *Modificación 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 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 queda modificado en los siguientes términos:

«Artículo 7. 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.

1. 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, o

d) Es un miembro de la familia que acompaña a un ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o va a reunirse con él, y que cumple las condiciones contempladas en las letras a), b) o c).

2. 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.





3. A los efectos de la letra a) del apartado 1, el ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que ya no ejerza ninguna actividad por cuenta ajena o por cuenta propia mantendrá la condición de trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en los siguientes casos:

- a) Si sufre una incapacidad temporal resultante de una enfermedad o accidente;
- b) Si, habiendo quedado en paro involuntario debidamente acreditado, tras haber estado empleado durante más de un año, se ha inscrito en el servicio de empleo competente con el fin de encontrar un trabajo;
- c) Si, habiendo quedado en paro involuntario debidamente acreditado tras concluir un contrato de trabajo de duración determinada inferior a un año o habiendo quedado en paro involuntario durante los primeros doce meses, se ha inscrito en el servicio de empleo competente con el fin de encontrar un trabajo. En este caso, la condición de trabajador se mantendrá durante un período que no podrá ser inferior a seis meses;
- d) Si sigue una formación profesional. Salvo que se encuentre en situación de paro involuntario, el mantenimiento de la condición de trabajador exigirá que la formación guarde relación con el empleo previo.

4. No obstante lo dispuesto en la letra d) del apartado 1 y en el apartado 2, únicamente el cónyuge o persona a la que se refiere el apartado b) del artículo 2 y los hijos a cargo tendrán el derecho de residencia como miembros de la familia de un ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que cumple los requisitos de la letra c) del apartado 1 anterior.

5. Los nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo estarán obligados a solicitar personalmente ante la oficina de extranjería de la provincia donde pretendan permanecer o fijar su residencia o, en su defecto, ante la Comisaría de Policía correspondiente, su inscripción en el Registro Central de Extranjeros. Dicha solicitud deberá presentarse en el plazo de tres meses contados desde la fecha de entrada en España, siéndole expedido de forma inmediata un certificado de registro en el que constará el nombre, nacionalidad y domicilio de la persona registrada, su número de identidad de extranjero, y la fecha de registro.

6. Junto a la solicitud de inscripción, deberá presentarse el pasaporte o documento nacional de identidad válido y en vigor del solicitante, así como la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos exigibles para la inscripción establecidos en este artículo. En el supuesto de que el pasaporte o el documento nacional de identidad estén caducados, deberá aportarse copia de éstos y de la solicitud de renovación.

7. En lo que se refiere a medios económicos suficientes, no podrá establecerse un importe fijo, sino que habrá de tenerse en cuenta la situación personal de los nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. En cualquier caso, dicho importe no superará el nivel de recursos por debajo del cual se concede asistencia social a los españoles o el importe de la pensión mínima de Seguridad Social.»

CUARTO.- Bajo el título «Derecho al respeto a la vida privada y familiar», el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, «CEDH»), establece lo siguiente: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.»

QUINTO.- En el caso que nos ocupa, se trata de un ciudadano español casado con una ciudadana de [REDACTED]. La cuestión relevante deriva, entre otras cosas que el esposo de la actor no es un ciudadano de otro estado de la Unión Europea sino un nacional español casado con una ciudadana extracomunitaria, por lo que, según la doctrina comunitaria no puede negársele la residencia a un cónyuge (STJCE de 25 de julio de 2008, asunto C-127/08).





1.- La interpretación de la STJCE de 19 de octubre de 2004 (*asunto C-200/02 entre Manuel y Virgilio contra el Secretary of State for the Home Department del Reino Unido*), esto es, que la negativa a permitir que el progenitor extracomunitario resida con el menor español privaría de todo efecto útil tanto al derecho de residencia del menor en España como a su derecho a la intimidad familiar. Además, las consecuencias de la negativa a permitir que el progenitor extracomunitario resida con el menor español incluirían la vulneración del *artículo 14 CE*. De suerte que se crearía 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 económico (ingresos y seguro de enfermedad), sin perjuicio del sarcasmo que ofrece la realidad social de la crisis financiera y económica que asola al reino de España. (...)"

Cabe recordar, como también hace la Sentencia transcrita, que el RD 240/2007 introdujo una Disposición Adicional 20ª, que recogía la normativa aplicable a miembros de la familia de ciudadano español que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, en los siguientes términos:

1. 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, será de aplicación, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de ciudadano español, cuando le acompañen o se reúnan con él, y estén incluidos en una de las siguientes categorías:

a) A su cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal.

Dicha Disposición Adicional 20ª fue anulada por la STS de 10 de junio de 2010, por considerar que los familiares del propio ciudadano español, a tenor de la redacción del entonces vigente art. 2 del RD 240/2007, anulado en la propia Sentencia, quedaban excluidos del régimen establecido para los familiares de ciudadano miembro de un Estado de la UE, y remitidos al régimen general de extranjería contenido en el Reglamento de la Ley orgánica 4/2000.

A este respecto la Sentencia citada del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 3 de San Sebastián añade:

2. Las cuestiones, que pueden provocar plantear una cuestión de ilegalidad en relación con el artículo 7 del Reglamento de 2007 reformado en el año 2012, y que han sido suscitadas por la doctrina administrativa (ARRESE IRIONDO) son, básicamente las siguientes:

- Los destinatarios de la Directiva son aquellas personas que, siendo ciudadanas de la Unión, se establecen en el territorio de otro Estado miembro, así como sus familiares, con independencia de su nacionalidad.
- En un principio, el RD 240/2007 (transposición de la Directiva) era de aplicación únicamente a ciudadanos de la Unión (y sus familiares) nacionales de otro Estado miembro, por lo que los familiares extranjeros de español no entrarían en su ámbito de aplicación (quedaban bajo lo que estableciera la regulación interna, en principio, la normativa sobre extranjería).
- Sin embargo, el RD 240/2007 introdujo una disposición adicional en el Reglamento de Extranjería anterior (20ª), por el cual este RD sería de aplicación, cualquiera que fuera su nacionalidad, a los familiares de ciudadano español, cuando le acompañasen o se reuniesen con él (excepto los ascendientes). Con ello se equiparaba (con la excepción de los ascendientes) el





régimen respecto de ciudadanos de la Unión y españoles.

- Tras la STS de 1 de junio de 2010, se suprime la referencia a otro Estado miembro, por tanto, el RD240/2007 es de aplicación a familiares extranjeros de ciudadanos de la Unión y españoles (ello implica la anulación de la DA 20ª del Reglamento de Extranjería por innecesaria).
- El art. 7 de la Directiva exige, par que los familiares extranjeros de un ciudadano de la Unión puedan establecerse en el territorio de otro Estado miembro, que el ciudadano de la Unión acredite la disposición de recursos económicos suficientes.
- La regulación originaria del art. 7 del RD 240/2007 no exigía la acreditación de medios económicos suficientes. Bastaba con que se acreditase que ese era familiar par que se le expidiera la tarjeta d residencia.
- La nueva redacción del art. 7 del RD 240/2007 (Real Decreto-Ley 16/2012) es una transcripción literal del art. 7 de la Directiva 2004/38. Se trata de una exigencia dirigida al establecimiento en el territorio de otro Estado miembro distinto del de la nacionalidad del ciudadano de la Unión de sus familiares.

- ¿Puede el RD 240/2007 exigir a quien tiene la nacionalidad española el cumplimiento de los requisitos de la Directiva cuando se trata de hacer venir a sus familiares?

3. La primacía del derecho comunitario ha sido sancionada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en la acrisolada fórmula y brocardo reiterado de la STJCE de 9 de marzo de 1978 (Simmenthal) que obliga al juez nacional la obligación de dejar sin aplicación toda disposición contraria al Derecho Comunitario, y según su conocido dictum: [.] El juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del derecho Comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional.

4. Sin embargo en el caso que nos ocupa, la norma aplicada, que deriva de la transposición de la directiva se refiere única y exclusivamente al ciudadano comunitario que ejerce su derecho de libre circulación y está casado con una ciudadana o ciudadano extracomunitario, no puede aplicarse de modo coherente al caso que nos ocupa, en el que un nacional español casado con una ciudadana extranjera extracomunitaria, se le apliquen las limitaciones relativas al derecho de libre circulación cuando no ha sido ejercido por el nacional y residente en el Reino de España. Cuestión distinta sería las restricciones que las autoridades de otro país miembro estableciera, o no, en el caso de ejercer el derecho de libre circulación en los términos de la directiva.

5. Consecuentemente no puede entenderse aplicable al caso que nos ocupa el precepto indicado toda vez que está pensado y regula este género de restricciones cuando se ejerce el derecho de libre circulación por el espacio de la Unión Europea, pero no cuando un ciudadano español pretende que su esposa extracomunitaria resida con la unidad familiar en el hogar Reino de España. No es menester traer a colocación la doctrina constitucional y legal sobre la protección a la familia formada, en este caso, por la actora y su esposo nacional del Reino de España dado que la conocen las partes.

La remisión al derecho comunitario genera en su reenvío y transposición no solo una laguna jurídica, y sabido es el horror vacui en el mundo jurídico que ha de resolverse ahora interpretando la norma en el sentido indicado ora elevando una cuestión de ilegalidad ante el Tribunal Supremo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 123 y ss. de la LJCA en relación con el artículo 7 del Reglamento meritado.

A tenor de la anterior doctrina, que este Juzgado, como se ha dicho, comparte, procede la estimación del recurso.

CUARTO.- En materia de costas, a tenor del contenido del art. 139.1 LRJCA vigente al momento de la interposición del recurso, procede su imposición a la Administración demandada, con el límite total máximo de 300 Euros.

Vistos los preceptos citados y los demás de particular y general aplicación.





FALLO: QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO el presente recurso contencioso administrativo, anulando y dejando sin efecto las resoluciones impugnadas y reconociendo, como situación jurídica individualizada, el derecho de la recurrente a la obtención por parte de la Administración a la obtención de la autorización interesada en su día, condenando a la demandada a su expedición. Se imponen las costas a la Administración del Estado.

Contra esta Sentencia cabe interponer recurso de apelación en el plazo de quince días a tenor de lo dispuesto en el art. 81.1.a) LRJCA.

Así por esta mi sentencia, de la que se unirá certificación a los autos originales, la pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido pronunciada y publicada por la Magistrada que la dictó el mismo día de su fecha y en Audiencia pública, se incluye original de esta resolución en el libro de Sentencias, poniendo en los autos certificación literal de la misma y se notifica a cada una de las partes; Doy fe.



