

Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Décima C/ Génova, 10 , Planta 2 - 28004
33010310
NIG: 28.079.00.3-2018/0020567

Recurso de Apelación 775/2019

Recurrente: D./Dña.
PROCURADOR D./Dña. IGNACIO SANCHEZ DIAZ
Recurrido: DELEGACION DEL GOBIERNO EN MADRID
Sr. ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA Nº 75/2020

Presidente:
D./Dña. M^a DEL CAMINO VÁZQUEZ CASTELLANOS

Magistrados:
D./Dña. FRANCISCA ROSAS CARRION
D./Dña. MIGUEL ANGEL GARCÍA ALONSO
D./Dña. RAFAEL VILLAFANEZ GALLEGO
D./Dña. GUILLERMINA YANGUAS MONTERO

En Madrid a 30 de enero de 2020.

Visto el presente recurso de apelación, seguido ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, contra la Sentencia de fecha 29 de abril de 2019, dictada en el procedimiento abreviado 390/2018, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 01 de Madrid, en el que ha sido parte apelante

representado por el Procurador D. IGNACIO SÁNCHEZ DIAZ, y parte apelada, LA ADMINSTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, DELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN MADRID, turnándose la ponencia a la Ilma. Sra. Dña. GUILLERMINA YANGUAS MONTERO, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Contra la Sentencia referida *ut supra* se interpuso recurso de apelación mediante escrito presentado en plazo en mérito a las alegaciones que en tal escrito se contienen y que son dadas aquí por reproducidas en aras de la brevedad. Admitido el mismo, se dio a los autos legal curso en sede de Instancia, con traslado a la demandada.

SEGUNDO.- Por Diligencia de Ordenación se acordó remitir las actuaciones a esta Sala.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso de apelación se han observado todas las prescripciones legales; habiéndose señalado para votación y fallo el día 29 de enero de 2020, en el que, efectivamente, se ha deliberado, votado y fallado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de apelación se interpone contra la Sentencia nº 150/2019, de 29 de abril de 2019, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Madrid, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

FALLO

*Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por
contra la desestimación por silencio administrativo del recurso de alzada
interpuesto en fecha 3-5-2018, contra la resolución de la OFICINA DE EXTRANJEROS DE
MADRID de fecha 7-3-2018, por la que se denegó la solicitud de residencia de larga duración
en España por familiar de ciudadano de la Unión Europea, resoluciones administrativas que
confirmamos por considerarlas ajustadas a Derecho.*

Se recurre en el pleito principal la resolución, inicialmente presunta, y posteriormente expresa, dictada el 4 de septiembre de 2018, por el Delegado del Gobierno en Madrid, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto en fecha 4 de mayo de 2018, contra la resolución de la Delegación del Gobierno por la que se deniega la solicitud de la tarjeta de familiar de ciudadano

Recaída sentencia desestimatoria en los términos anteriormente apuntados, por la representación procesal de D. se formula recurso de apelación solicitando que se declare la resolución recurrida nula por no ser conforme a Derecho y en su lugar acuerde, la concesión a la parte apelante, de la expedición de la RENOVACIÓN de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la UE.

Basa su pretensión, fundamentalmente, en que se ha producido un error en la valoración de las pruebas en cuanto a la convivencia acreditada oficialmente y el certificado de matrimonio contraído en 2002 sin existencia de divorcio, nulidad matrimonial y tan siquiera ni separación judicial o de hecho. Considera que incurre la sentencia, al pretender la aplicación literal el citado artículo 7 del RD 240/2007 en cuanto a la convivencia absolutamente ininterrumpida de los cónyuges casados desde 2002, en contrariar lo establecido el RD 240/2007 y distintas Directivas. Invoca la infracción del principio de legalidad y del Derecho de residencia permanente de los nacionales de terceros países miembros de la familia de un ciudadano de la UE. Aduce la falta de aplicación del artículo 16 de la Directiva 2004/38 y la infracción del principio de protección de la familia de CE y de la reagrupación familiar contenida en la Directiva 2003/86, así como del artículo 10.1 del RD 270/2007, cuya falta de aplicación al caso de autos ha desembocado en una denegación infundada, subjetiva, discrecional y contraria al Legislador, constituyendo éste el segundo motivo de impugnación. Denuncia, asimismo, la infracción del art. 42.1 de la Ley 30/92, del art. 139.1 de la Ley 29/98 modificada por la Ley 37/11 y de la doctrina del Tribunal Constitucional, en cuanto a la imposición de las costas impuestas en esta primera instancia al hoy recurrente cuando consta en autos que el recurso contencioso administrativo se interpuso contra la desestimación tácita del recurso de alzada formulado contra la resolución administrativa denegatoria. Finalmente, se refiere a las conclusiones del abogado general de la UE, sobre el derecho a residencia permanente de los cónyuges de ciudadanos de la UE, aun cuando se haya separado para convivir con otras parejas.

La Abogacía del Estado formula oposición al recurso de apelación y solicita que se declare ajustado a Derecho el fallo judicial impugnado con remisión a sus fundamentos de derecho, ya que tras la valoración de los hechos relevantes y de las testificales, en virtud de

se trata de un matrimonio simulado o de complacencia, por cuanto del examen de los hechos relevantes se llega a la conclusión de que no existe convivencia acreditada (art. 2 RD 240/2007) Esto es que, no existe dato alguno en ninguna base de la Administración para entender que exista una convivencia real de la pareja, en momento alguno señalándose, asimismo, que no se acredita una suficiencia de ingresos

SEGUNDO.- Con carácter previo al análisis de los términos del debate, conviene destacar que el recurso de apelación no puede considerarse como una reiteración de la primera instancia, cuyo objeto sea el acto administrativo impugnado en el proceso, sino como un proceso especial de impugnación cuyo objeto es la sentencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1998). No se trata de reabrir el debate sobre la adecuación jurídica del acto administrativo impugnado sino de revisar la sentencia que se pronuncia sobre ello, es decir, depurar el resultado procesal ya obtenido (sentencia de 15 de noviembre de 1999).

Tras la transcripción de la normativa legal aplicable, la *ratio decidendi* de la resolución de instancia se expone en su Fundamento de Derecho Segundo, según el cual:

“SEGUNDO.- El recurso ha de ser desestimado. Se alega por el recurrente que el matrimonio tiene convivencia y domicilio conyugal conjunto, y ambos cónyuges se encuentran empadronados en avenida [redacted] junto al hermano y la cuñada del recurrente, aunque la cónyuge de éste periódicamente se traslada a casa de su hermana por razones de salud, cumpliéndose en el presente asunto los requisitos establecidos en el Real Decreto 240/2007 para la concesión de la autorización solicitada por el recurrente, considerando que la denegación de la misma es infundada, subjetiva, discrecional y contraria a la ley, motivos de impugnación que no pueden ser acogidos.

Así, en el artículo 14.2 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, por el que se regula el régimen de 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, sobre la expedición y vigencia del certificado de registro y de la tarjeta de residencia, se establece lo siguiente: “2. En todo caso, la vigencia de los certificados de registro y tarjetas de residencia contemplados en el presente Real Decreto, y el reemplazo de éstos por un documento acreditativo de la residencia permanente o una

su titular continúe encontrándose en alguno de los supuestos que dan derecho a su obtención. Los interesados deberán comunicar los eventuales cambios de circunstancias referidos a su nacionalidad, estado civil o domicilio a la Oficina de Extranjeros de la provincia donde residan o, en su defecto, a la Comisaría de Policía correspondiente”.

Aplicando al presente asunto el precepto inmediatamente transcrito, debemos de considerar que era procedente la denegación de la tarjeta de residencia permanente de familiar de ciudadano de la Unión Europea, solicitada en fecha 27-10-2017 por _____
pues no resulta acreditado que continuara en dicha fecha viviendo conyugalmente con _____

A este respecto, hay que tener en cuenta el informe emitido en fecha 6-3-2018 por los funcionarios de la Policía Nacional del Grupo 3 de la OFICINA DE EXTRANJEROS DE MADRID (folios 70 y 72 del expediente administrativo), en el que se recoge lo siguiente:

“Que por parte de funcionarios adscritos a este Grupo 3 se ha comprobado el domicilio que los interesados han aportado sito en _____ Portal _____ (Madrid), donde se comprueba que ninguno de los interesados reside ni ha residido, viviendo en este domicilio el hermano de _____
residiendo verdaderamente _____ en el Apartahotel _____, sito en C/ de la _____
localidad de Alpedrete (Madrid); y _____ en C/ _____
de Alpedrete (Madrid), fijando el domicilio aportado en _____
a efectos de comunicaciones”. Asimismo, en dicho informe también se añade lo siguiente: “Que en referencia al delito de Malos Tratos en el Ámbito Familiar que le figura a _____ en 2016, se comunica que es con la madre de su hija de 10 años de edad, una persona diferente a _____

Las consideraciones que se recogen en el informe inmediatamente transcrito resultan corroboradas por varias circunstancias. Así, en el domicilio de avenida de _____ de El Boalo, tanto _____ como _____ se empadronaron el día 3-8-2016, por lo que ni tan siquiera con el padrón municipal puede considerarse acreditada una continuidad de la convivencia conyugal. También resulta especialmente relevante que _____ tuvo una hija extramatrimonial, nacida el día 29-2-2008, expidiéndose el correspondiente libro de familia de aquél con la madre de la menor referida, constando asimismo un delito de malos

tratos en el ámbito familiar del año 2016, cometido por el recurrente contra la madre de la menor, lo que pone de manifiesto que durante todo ese lapso temporal no existió convivencia conyugal con D^a

Igualmente es de relevancia el que en fecha 19-9-2017, por D [redacted] se abriera una cuenta bancaria, siendo él su único titular (folio 38 del expediente administrativo), cuando no consta que se hubieran otorgado capitulaciones matrimoniales sobre separación de bienes, siendo éste otro indicio de la inexistencia de convivencia matrimonial.

Todo lo anterior no podemos considerarlo desvirtuado con la prueba testifical practica en el la vista del presente proceso, consistente en las declaraciones de [redacted]

[redacted], pues las declaraciones de las mismas son contradictorias con las circunstancias antes descritas, apreciadas objetivamente. Con base en lo expuesto, hay que considerar que [redacted] no reunía los requisitos para que se le concediera la tarjeta de residencia permanente de familiar de ciudadano de la Unión Europea, pues las circunstancias que se tuvieron en cuenta en la concesión inicial de dicha tarjeta de residencia, no se mantenían al solicitar la misma con carácter permanente, dado que las circunstancias que finalmente se produjeron, podían considerarse como indicios de un matrimonio simulado o de conveniencia.

A la vista de lo anterior, solo cabe la confirmación de las resoluciones administrativas impugnadas, por ser las mismas conforme a Derecho.

Y ello sin perjuicio de que el recurrente pueda solicitar cualquier otra autorización de residencia, conforme a la normativa de extranjería.

Por todo ello, el recurso ha de ser desestimado.”

TERCERO.- Según consta en el expediente administrativo y en la documentación aportada, el interesado, natural de Marruecos, contrajo matrimonio con fecha 8 de noviembre de 2002, con la ciudadana de nacionalidad española [redacted] constando el alta de empadronamiento de ambos cónyuges en la Avda. [redacted] con fecha de alta de 3 de agosto de 2016. En este mismo domicilio, se encuentran empadronados

el hermano del actor (desde el 21 de noviembre de 2000) y su cuñada (desde el 20 de marzo de 2015).

Consta, asimismo, que el actor es padre de una menor de edad que reside en Málaga, junto a su madre, también ciudadana española, haciéndose referencia en el expediente a un delito de malos tratos en el ámbito familiar del año 2016 con la madre de su hija.

Se ha aportado contrato de trabajo indefinido, como mensajero y la documentación acreditativa de la apertura de una cuenta corriente a su nombre.

Tras habérsele requerido documentación adicional, el actor y su esposa fueron requeridos para comparecer en las dependencias de la policía, lo que tuvo lugar el 5 de marzo de 2018, con el resultado que consta en el informe que obra a los folios 70 y siguientes del expediente administrativo, en el que se indica que tras dicha comparecencia no se encontró ninguna irregularidad, si bien, continúa el informe señalando, lo siguiente, que es precisamente el motivo en el que se basa la denegación de la autorización de residencia solicitada:

"(...)Que por parte de funcionarios adscritos al Grupo 3 se ha comprobado el domicilio que los interesados han aportado sito en [redacted] (Madrid) donde se comprueba que ninguno de los interesados reside ni ha residido, viviendo en este domicilio el hermano de [redacted] residiendo verdaderamente en el [redacted] sito en la C/ [redacted], de la localidad de Alpedrete (Madrid); y [redacted] en la C/ [redacted], de Alpedrete (Madrid), fijando el domicilio aportado en [redacted] a efectos de comunicaciones.

Que en referencia a los medios económicos no se han observado indicios delictivos."

En el acto de la vista, tanto la ciudadana comunitaria, esposa del actor, como la cuñada del actor, declararon confirmando la convivencia, aunque reconociendo periodos de separación como consecuencia de la enfermedad de la ciudadana comunitaria.

CUARTO.- Según el artículo 2 del Real Decreto 240/2007, citado por la resolución que desestima el recurso de alzada, dicha normativa "se aplica también, cualquiera que sea

su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, 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 relacionan: a) A su cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal.”

La referencia a cuando le acompañen o se reúnan con él [el cónyuge] se reitera a propósito de la tarjeta de familiar, cuya denegación aquí se cuestiona, en el artículo 7.2 del Real Decreto 240/2007, que dispone “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.”

Por su parte, el apartado 1 de dicho artículo 7 previene,

“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)."

QUINTO.- Sentado lo anterior, la cuestión es que, a juicio de la Sala, la controversia se centra en determinar si, en este caso, puede concluirse, como hace la resolución recurrida, que *"el solicitante no se reúne ni acompaña a la ciudadana comunitaria"*.

Pues bien, en el caso que venimos analizando hemos de considerar insuficientes los datos existentes para afirmar, a los fines aquí analizados, la existencia de un supuesto matrimonio de conveniencia con la finalidad de obtener la renovación de una tarjeta de residencia como familiar de ciudadano de la Unión Europea, como la solicitada por el actor.

Enfrentando los datos a los que nos hemos referido se ha de concluir que aquéllos no reflejan una realidad que se pueda considerar indiciariamente contraria a la que se deriva de la certificación expedida por el Registro Civil acreditativa de la existencia de un matrimonio. Dicha certificación, por tanto, ha de desplegar los efectos que le son propios en tanto en cuanto no conste la declaración de falsedad o simulación del matrimonio contraído entre don Omar y doña Carmen. Dicha certificación existe y, como decimos, los datos incorporados al expediente, así como los datos incorporados al informe de la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras de Madrid de 6 de marzo de 2018, puestos en relación con la testifical practicada que no fue impugnada ni cuestionada por la Administración no permiten afirmar que exista base suficientemente contrastada que refleje una contradicción entre la realidad y la que publica el Registro Civil, registro en el que consta inscrito dicho matrimonio y de la que deriva la certificación oficial de matrimonio que, en consecuencia, despliega sus efectos.

En consecuencia, y dado que no se niega la concurrencia del resto de requisitos exigidos para obtención de la renovación solicitada, procede estimar el presente recurso de apelación con la consiguiente revocación de la Sentencia de instancia y de las resoluciones administrativas de las que trae causa, reconociendo el derecho del actor a la concesión de la tarjeta permanente de familiar de ciudadano de la Unión.

SEXTO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley 29/1998 reguladora de esta Jurisdicción, las costas procesales se impondrán al recurrente en la segunda instancia si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición.

En el presente caso, en atención al sentido estimatorio del fallo y las circunstancias del caso, no ha lugar a pronunciamiento impositivo de las costas causadas en ambas instancias.

Por lo expuesto, en nombre de S.M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución

FALLAMOS

PRIMERO.- ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia nº 150/2019, de 29 de abril de 2019, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Madrid, **QUE REVOCAMOS Y, EN SU LUGAR, ANULAMOS** las resoluciones administrativas de las que trae causa, **POR NO SER CONFORMES A DERECHO, Y RECONOCEMOS EL DERECHO** de a la concesión de la tarjeta permanente de familiar de ciudadano de la Unión.

SEGUNDO.- NO EFECTUAMOS pronunciamiento impositivo de las costas procesales devengadas en ambas instancias.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de **treinta días**, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente. Previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 4982-0000-85-0775-

19 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo **concepto** del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 4982-0000-85-0775-19 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

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