



Jd 1140152

1/4

## Jutjat Contenciós Administratiu 1 Girona (UPSD Cont, Administratiu 1)

Plaça de Josep Maria Lidón Corbí, 1  
17001 Girona

**REFERÈNCIA:** Procediment abreujat 216/2014

**Part recurrent.**

**Part demandada:** SUBDELEGACIÓ DEL GOVERN A GIRONA

### SENTENCIA N° 199/14

Girona, 29 de setembre de 2014

Vistos por mí, *[Nombre]*, Magistrada Juez titular del Juzgado Contencioso Administrativo nº 1 de los de Girona y su Provincia, los presentes autos de Procedimiento Abreviado número 216/2014 en el que han sido partes, como demandante *[Nombre]* y *[Nombre]*, asistido del Letrado Sr. Masó Frauco, y como demandada la Subdelación de Gobierno de Girona, representada y asistida por la Abogado del Estado, procede dictar la presente Sentencia sobre la base de los siguientes

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por don *[Nombre]* se interpuso demanda sobre la base de los hechos que alegaba, y respecto de los que invocó los fundamentos jurídicos que estimó oportunos, terminando con la solicitud de que se admitiera la demanda; se recabara el expediente administrativo; se emplazara al demandado; se tramitara el correspondiente juicio y se dictase sentencia en la que, estimando el recurso en todas sus partes, se anulara la resolución impugnada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma a la Administración demandada, recabándose al propio tiempo el expediente administrativo, que tras ser remitido se puso de manifiesto a la demandante, y citándose a las partes a la oportuna vista.

En la vista comparació el demandante, que ratificó la demanda y solicitó el recibimiento a prueba, admitiéndose documental, y presentando instructa la demandada, quedando los autos vistos para sentencia.

TERCERO. En la sustanciación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. De acuerdo con el escrito de interposición del recurso es objeto del mismo la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Girona de 11 de abril de 2014 que declaró extinguida la vigencia de la tarjeta de residencia temporal familiar de ciudadano de la Unión Europea por falta de convivencia entre los cónyuges.

SEGUNDO. Lo primero que ha de señalarse es que en la resolución recurrida consta que la misma no pone fin a la vía administrativa. En el acto de la vista, el Letrado de la actora manifiesta que esta indicación es errónea y que de hecho la parte demandada, si bien no comparece en la vista, aporta instrucción en la que no alega causa de inadmisibilidad sinó que se opone al fondo del asunto.

El fundamento de derecho cuarto de la resolución recurrida expresa que "para la materialización deducida debe mediar resolución motivada con respecto a los trámites previstos en el Real Decreto 1778/1994, de 5 de agosto".

En dicho Real Decreto, por el que se adecuan a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, las normas reguladoras de los Procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones, señala en su artículo 3. 3 que las resoluciones pondrán fin a la vía administrativa, excepto en los supuestos determinados en las normas correspondientes.

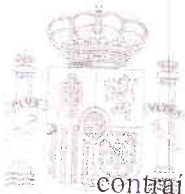
De lo expuesto se concluye que la resolución recurrida ha puesto fin a la vía administrativa y así lo han entendido ambas partes.

TERCERO. El actor recurre la resolución que declara extinguida su tarjeta de residencia como familiar de la Unión Europea que le fue concedida el 25 de abril de 2012 y con vigencia hasta el 24 de abril de 2017. La resolución recurrida fundamenta la extinción en la falta de convivencia entre los cónyuges dado que el actor reside en Ceuta y la esposa en Saus, habiendo esta manifestado que la relación finalizó a los tres meses y que no ha realizado trámites legales de separación por problemas económicos.

En la resolución recurrida se dice que el art. 14.2 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, condiciones la vigencia de la tarjeta al hecho de que el titular continúe encontrándose en alguno de los supuestos que dan derecho a su obtención y que en aplicación de la disposición adicional primera del Real Decreto citado, en relación con lo dispuesto en el artículo 9 bis, los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo Económico Europeo y los miembros de sus familias gozarán del derecho de residencia establecido en los artículos 7, 8, 9 mientras cumplan las condiciones en ellos previstas y ello ya no concurre por no existir convivencia entre los cónyuges.

El actor sostiene que el art. 2 a) del Real Decreto 240/2007 se refiere al cónyuge, siempre que no hubiera recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal y no consta que su matrimonio haya sido anulado o disuelto, no siendo exigible la convivencia, además de no quedar acreditado por el atestado la veracidad de su contenido, máxime cuando consta certificado de empadronamiento de ambos cónyuges en el mismo domicilio.

Al actor se le concedió tarjeta de residencia temporal como consecuencia del matrimonio



contraído con una ciudadana española, por concurrir el supuesto previsto en el Real Decreto 240/2007, artículo 2.a) a tenor del cual "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".

Como se ha dicho la resolución impugnada se basa en el art. 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 la falta de convivencia de los cónyuges.

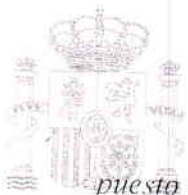
Si bien parecen razonables las alegaciones de la demandada, lo cierto es que no se ajustan a las previsiones normativas. En este sentido debe citarse la STSJ de Andalucía (sede Sevilla) Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 2ª, S 24-10-2013 que en un caso similar al presente dice: *"De lo dispuesto 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"*.

Y sigue diciendo; *"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 estas 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 Berlin) 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".

En el caso que nos ocupa se considera acreditada la falta de convivencia entre el actor y la Sra. Domínguez siendo insuficiente el certificado de empadronamiento aportado para desvirtuar el contenido de la documentación obrante en el expediente. Por otra parte, hubiera sido extremadamente sencillo acreditar la convivencia con la testifical de la Sra. Domínguez.

Sin embargo, y por las consideraciones expuestas en la sentencia parcialmente transcrita, no siendo bastante para extinguir la tarjeta de residencia temporal la falta de convivencia entre los cónyuges (circunstancia que se considera plenamente probada) y no habiéndose acreditado que el vínculo matrimonial haya sido declarado nulo o se haya disuelto por divorcio, procede la estimación del recurso.

CUARTO. No se hace especial condena en costas dadas las dudas de derecho que genera la resolución del asunto.

VISTOS los preceptos legales de general y pertinente aplicación,

### FALLO

Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. [Nombre] contra la Resolución de 11 de abril de 2014 dictada por la Subdelagación del Gobierno de Girona, anulando la misma.

No se hace expresa condena en costas.

Contra esta resolución puede interponerse recurso de apelación en el término de quince días, que sólo se admitirá previa constitución de un depósito de 50,00 euros, que se ingresará en la cuenta de este Juzgado 1685 0000 94 0199 14, con la advertencia que, de no constituirlo, se dictará auto que ponga fin a la tramitación del recurso, quedando firme la resolución impugnada, todo ello de acuerdo con la Disposición Adicional Quinceava de la LO 1/1985, del Poder Judicial, según la redacción dada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Así por esta mi sentencia, juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

La magistrada juez