



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA (Sede en Sevilla)**

*Sentencia 717/2017, de 29 de junio de 2017*

*Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 2.ª)*

*Rec. n.º 382/2017*

**SUMARIO:**

**Extranjería. Tarjeta de residencia familiar. Requisitos.** Siendo indiscutida la concurrencia de los requisitos expuestos al tiempo de otorgarse la tarjeta de residencia temporal (como ponen de relieve el matrimonio del actor con ciudadana española en la República Dominicana y su traslado a España donde ambos han convivido juntos), el debate se centra en si el hecho sobrevenido de haber dejado de convivir el actor con esa ciudadana española constante la vigencia de la tarjeta habilita a la Administración para la extinción de aquélla. 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. Nos encontramos ante un supuesto de separación de hecho, por lo que el matrimonio sigue aún vigente, circunstancia que conlleva a concluir que aún tiene derecho a residir con carácter permanente. Si el derecho a residir y trabajar en España del cónyuge de un ciudadano español no puede restringirse por la separación legal del matrimonio, es evidente que tampoco podría ser impedido en su efectividad por la sola circunstancia de la separación de hecho.

**PRECEPTOS:**

RD 240/2007 (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) arts. 1, 2, 8.1, 10 y 14.

Directiva 2004/38/CE (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), arts. 1 y 3.1.

**PONENTE:**

*Don Luis Gonzaga Arenas Ibáñez.*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA**

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SEVILLA

**SENTENCIA**

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

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

En la ciudad de Sevilla, a veintinueve de junio de dos mil diecisiete.

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 382/2017 interpuesto por la SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN SEVILLA , representada por el Abogado del Estado, contra la Sentencia de 7 de diciembre de 2016 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número uno de Sevilla dictada en Procedimiento Abreviado num. 160/2015, siendo parte apelada D. Leandro , representado por el Letrado Sr. Castillo Fontalba.

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

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

##### **Primero.**

Con fecha 7 de diciembre de 2016 la Ilmta. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número uno de Sevilla dictó Sentencia en el proceso indicado cuyo Fallo es del siguiente tenor: " Que debo estimar y estimo parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución indicada en el antecedente de hecho primero de esta resolución, cuya anulación procede por no ser ajustada a Derecho ". El acto administrativo impugnado, y anulado por virtud de esa resolución judicial, consiste en la " resolución de la Subdelegación del Gobierno en Sevilla de fecha 18/12/2014 dictada en el Expte: NUM000 que desestima el recurso de alzada contra la de fecha 29/10/2014 que acuerda extinguir la tarjeta de residencia temporal de familiar de ciudadano de la Unión Europea ".

##### **Segundo.**

Contra dicha Sentencia se presentó en tiempo y forma recurso de apelación por la parte demandada, dándose traslado del mismo a la parte demandante, que no lo evacuó.

##### **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.**

Alega la parte apelante que conforme al artículo 14 del Real Decreto 240/2007 la vigencia de las tarjetas de residencia está condicionada a que su titular continúe



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

encontrándose en alguno de los derechos que dan derecho a su obtención, y que conforme a los artículos 2 y 8.1 de dicho Real Decreto y a la jurisprudencia comunitaria que cita la concesión de esa tarjeta presupone el requisito de convivencia entre el beneficiario de la misma y el ciudadano de la Unión Europea que da derecho a ella, debiendo prevalecer la interpretación del Tribunal de la Unión Europea en esta materia de Derecho comunitario sobre la del Tribunal Supremo. Destaca que en este caso la esposa del recurrente comunicó a la Administración la existencia de malos tratos familiares y el cese de la convivencia conyugal, el cuál se ha producido a partir del 10 de agosto de 2014 según admite el propio recurrente; y que sobre esta base la actuación de la Administración extinguiendo la tarjeta se ajustó a Derecho al dejar de existir la convivencia y la dependencia económica entre ambos, y ello aunque formalmente subsistiera el matrimonio.

### **Segundo.**

Las alegaciones de la parte apelante no desvirtúan los acertados razonamientos de la resolución judicial que impugna, debidamente ajustados a la normativa y jurisprudencia de aplicación y a las circunstancias concurrentes en el caso de autos; razonamientos que por tanto esta Sala hace suyos y da por reproducidos para evitar reiteraciones innecesarias.

Los antecedentes del caso se consignan en el Fundamento de Derecho primero de la Sentencia de instancia, a saber :

D. Leandro contrajo matrimonio en fecha 2-12-2008 en República Dominicana con la ciudadana de nacionalidad española Dña. Aurelia .

Con fecha 10-10-2013 el Sr. Leandro solicitó tarjeta de residencia temporal de ciudadano de la Unión Europea al amparo del Real Decreto 240/2007 por matrimonio con nacional española, la cuál le fue concedida con fecha 29-10-2013. Consta el empadronamiento de ambos en el mismo domicilio, causando alta el actor en fecha 27-9-2013.

Con fecha 11-8-2014 la Sra. Aurelia remitió escrito a la Oficina de Extranjeros poniendo en su conocimiento haber finalizado la convivencia (alegaba estar con otra persona) y solicitando que se le retirara al Sr. Leandro la tarjeta comunitaria.

Mediante Resolución de 29-10-2014 de la Jefa de la Oficina de Extranjeros de la Subdelegación del Gobierno en Sevilla se acordó extinguir la tarjeta de residencia temporal de familiar de ciudadano de la Unión Europea concedida a D. Leandro atendiendo a que no existe convivencia ni dependencia económica entre ambos contrayentes. Decisión confirmada en alzada mediante la Resolución de 18-12-2014 de la Subdelegada del Gobierno en Sevilla objeto de autos, en la que se incide en la falta de convivencia de los cónyuges.

### **Tercero.**

El artículo 2 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 (que incorpora al ordenamiento jurídico español el contenido de la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se regula, entre otros, el derecho de entrada y salida del territorio de un Estado miembro, el derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias, y los trámites administrativos que deben realizar ante las Autoridades de los Estados miembros), prevé que dicho Real Decreto se aplica "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



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

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 .".

Por su parte, el artículo 14.2 del mismo cuerpo normativo dispone que: " 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 tarjeta de residencia permanente, respectivamente, estará condicionada al hecho de que 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 residen o, en su defecto, a la Comisaría de Policía correspondiente."

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

Siendo indiscutida la concurrencia de los requisitos expuestos al tiempo de otorgarse la tarjeta de residencia temporal (como ponen de relieve el matrimonio del actor con ciudadana española en la República Dominicana y su traslado a España donde ambos han convivido juntos), el debate se centra en si el hecho sobrevenido de haber dejado de convivir el actor con esa ciudadana española constante la vigencia de la tarjeta 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 ).



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

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".

Esta posición (recogida ya en nuestra Sentencia de 24 de octubre de 2013 recaída en recurso de apelación número 384/2013) coincide por lo demás con la manifestada por otras Secciones de esta misma Sala en Sentencias a las que inmediatamente nos referiremos a título enunciativo.

Así, en la Sentencia de la Sección 3ª de núm. 875/2015 de 15 octubre, dictada en recurso de apelación núm. 415/2015, se razona lo que sigue: "Pues bien, en nuestro caso, consideramos que el apelante, de nacionalidad marroquí, residente en España con Tarjeta de Residencia temporal de Familiar de Ciudadano de la Unión Europea, tiene derecho a renovarla y obtenerla con carácter permanente, ello habida cuenta que ha acreditado su residencia legal durante cinco años y el matrimonio con la ciudadana española no ha sido disuelto por sentencia de nulidad o divorcio, entendiéndose que la convivencia entre solicitante y familiar comunitario no es necesaria para la obtención de dicha tarjeta de residencia. En efecto, el Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/38 /CE ( LCEur 2004, 2226 y LCEur 2007, 1364) 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) Nº 1612/68, y como hemos visto, en su emplea la expresión "que le acompañen o se reúnan con él", por lo que no exige la convivencia entre el ciudadano extranjero y el comunitario, pero además la citada expresión viene referida a las autorizaciones iniciales (art. 8.1), sin que el art. 10 que regula el derecho a residir con carácter permanente contemple este requisito, que por otra parte declara que este derecho no estará sujeto a las condiciones previstas en el capítulo III, condiciones como pueden ser el seguro de enfermedad o la suficiencia de recursos.

Además de lo expuesto, debemos citar la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010 ( RJ 2010, 5470 ), recaída en el recurso 114/2007, que anula la expresión "separación legal" del citado art. 2, y en este caso ni siquiera existe separación legal sino separación de hecho. Por su parte, en el ámbito de la Directiva 2004/38, el Tribunal de Justicia dictó sentencia de 10 de julio de 2014 C-244/13, en la que interpretó, el concepto de «residencia legal continuada con el ciudadano de la Unión» establecido en el artículo 16, apartado 2, de aquella. En este asunto, el Tribunal de Justicia estimó que procede considerar que ha adquirido el derecho de residencia permanente contemplado en la Directiva 2004/38 un nacional de un tercer país que ha residido en un Estado miembro, durante un período continuado de cinco años anterior a la fecha de transposición de la Directiva, como cónyuge de





[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

un ciudadano de la Unión que trabajaba en ese Estado miembro, aunque en el transcurso de dicho período los esposos hayan decidido separarse y comenzado a vivir con otras parejas.

En definitiva, nos encontramos ante un supuesto de separación de hecho, por lo que el matrimonio sigue aún vigente, circunstancia que conlleva a concluir que el peticionario tiene derecho a residir con carácter permanente."

Estos fundamentos se reproducen en Sentencias de esa Sección 3ª núm. 909/2016 de 6 octubre (recurso de apelación núm. 522/2016 ) o núm. 907/2016 de 29 septiembre. (recurso de apelación núm. 572/2016 ), y en la de la Sección 4ª núm. 121/2016 de 2 febrero (recurso de apelación núm. 33/2015 ).

De esta Sección 4ª destacamos en primer lugar la Sentencia núm. 1153/2015 de 18 diciembre (recurso de apelación núm. 341/2014 ) en la que se expone que " En cuanto a la necesidad de convivencia, la cuestión ya fue resuelta por el Tribunal Supremo en sentencia del Tribunal Supremo, Sección 5ª, de 1 de junio de 2010 (recurso contencioso- administrativo 114/2007 ), en la que expresamente se excluye de su articulado la expresión "separación legal" de los apartados a) c) y d) del artículo 2; y la expresión "cónyuge separado legalmente, del artículo 9.4 d). No se exige, por tanto la convivencia para mantener el derecho a residir. Y es argumento que usa el Tribunal Supremo el de que la separación siempre es reversible ". Y en segundo término, y especialmente, la Sentencia núm. 998/2016 de 2 noviembre (recurso de apelación núm. 109/2015), dado el análisis que efectúa sobre la materia a la luz de la normativa y jurisprudencia nacional y comunitaria. Razona dicha Sentencia -tras incidir en las previsiones del Real Decreto 240/2007 y en las consecuencias que sobre su contenido e interpretación se desprende de la reiterada Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010 -:

"CUARTO. Así las cosas, si el derecho a residir y trabajar en España del cónyuge de un ciudadano español no puede restringirse por la separación legal del matrimonio, es evidente que tampoco podría ser impedido en su efectividad por la sola circunstancia de la separación de hecho, lo que suscita inmediatamente la duda sobre la interpretación que ha de recibir la exigencia, impuesta también para estos casos, consistente en que los familiares del ciudadano de un Estado miembro de la Unión o parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo ".le acompañen o se reúnan con él.", recogida del artículo 3.1 de la Directiva 2004/38/CEE ( LCEur 2004, 2226 y LCEur 2007, 1364) .

Desde luego, consideradas las anteriores declaraciones judiciales en relación con el ámbito de dicha directiva, esa exigencia, de acompañar o reunirse con el ciudadano europeo, no puede identificarse con la convivencia con este, ya que, en definitiva, con ello se estaría excluyendo de la aplicación de la norma a los cónyuges separados legalmente, situación esta que, como es sabido, produce ".la suspensión de la vida común de los casados.." ( artículo 83 CC ( LEG 1889, 27 ) ), y que, según lo dicho, la jurisprudencia no considera determinante de aquella exclusión .

Tales términos, pues, deben recibir un diverso significado, como puede ser el que proporciona el marco en que se desenvuelve la norma europea, a la que vino a trasponer la española, de la efectividad de los derechos los ciudadanos europeos de entrada, salida, libre circulación, estancia, residencia y trabajo en el territorio de los Estados miembros y, en concreto, en España, por parte de los ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo ( artículos 1 de la Directiva 2004/38/CEE y del Real Decreto 240/2007 ( RCL 2007, 407 ) ), lo que conduce a entender aquellos términos en el sentido de acompañar al ciudadano o acudir con él al territorio de un determinado Estado, concretamente, al de aquel en el que reside su cónyuge, sin necesidad pues de llevar tales términos a exigir la convivencia.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Así lo dice, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de 16 de julio de 2015 (asunto C-218/2014), según el cual "...conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el requisito de que el nacional del tercer país deba acompañar al ciudadano de la Unión o reunirse con él no implica la obligación de que los esposos vivan juntos en la misma casa, sino la de que ambos habiten en el Estado miembro en el que el cónyuge ciudadano de la Unión ejerza su derecho a la libre circulación (véase, en este sentido, la sentencia Ogieriakhi, C-244/13 , EU:C:2014:2068 , apartado 39)..".

En definitiva, de acuerdo con todo lo dicho hasta ahora, la autorización en cuestión no podría denegarse por la mera separación legal o de hecho del ciudadano extranjero de su cónyuge español, aunque, como se dijo más arriba, esa denegación sí pueda producirse cuando de las circunstancias concurrentes se extraiga que esa denegación no afectaría a la libertad de circulación de aquel en el territorio europeo .".

Por lo expuesto, procede la desestimación del recurso de apelación.

#### **Cuarto.**

Conforme a lo dispuesto en el art. 139.2 de la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, procede imponer a la parte apelante las costas de esta instancia.

No obstante esta Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 de ese artículo 139 de la LJCA , fija en 150 euros la cantidad máxima a repercutir por todos los conceptos, atendiendo a tal efecto a las circunstancias del asunto, a la falta de formulación de escrito de oposición a la apelación por la parte actora, y a la limitación cuantitativa por costas establecida en la Sentencia apelada

VISTOS los preceptos legales de general y pertinente aplicación

#### **FALLAMOS**

Que debemos desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado contra la Sentencia de 7 de diciembre de 2016 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número uno de Sevilla dictada en Procedimiento Abreviado num. 160/2015. Se imponen a la parte apelante las costas procesales causadas en los términos señalados en el Fundamento de Derecho cuarto.

Hágase saber a las partes que contra esta sentencia puede haber recurso de casación a preparar ante esta Sala, si concurren los requisitos de los art. 86 y siguientes, en el plazo de treinta días siguientes a la notificación.

Háganse las anotaciones pertinentes y, firme que sea esta Sentencia, 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.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.