

RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO num: 60/2003  
Ponente Excmo. Sr. D. Agustín Puente Prieto  
Secretario Sr./Sra.:Núñez Ispa

SENTENCIA  
TRIBUNAL SUPREMO  
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO  
SECCION: SEXTA

Excmos. Sres.:  
Presidente:  
D.Ramón Trillo Torres

Magistrados:  
D.José Manuel Sieira Miguez  
D.Enrique Lecumberri Martí  
D.Agustín Puente Prieto  
D.Santiago Martínez Varsa-García  
D.Francisco González Navarro

En la Villa de Madrid, a diez de junio de dos mil cuatro.

Visto por la Sección sexta, de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, compuesta por los Magistrados expresados al margen, el Recurso contencioso administrativo nº 60/03 promovido por el Procurador de los Tribunales D. Agustín San Arroyo, actuando en nombre y representación de Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes Andalucía Acoge contra el real Decreto 178/03 de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Comparece como parte recurrida la Administración General del estado.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En Escrito de 1 de abril de 2003 el Procurador de los Tribunales D. Agustín Sanz Arroyo, actuando en nombre y representación de Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes Andalucía Acoge procedió a interponer el presente Recurso Contencioso Administrativo contra el Real Decreto 178/03 de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

**SEGUNDO.-** Admitido a trámite el recurso contencioso-administrativo y reclamado el expediente administrativo, en escrito de 22 de octubre de 2003, se procedió a formalizar

la demanda, en la que la parte actora, tras alegar los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho que consideró oportuno, solicita a la Sala “procede a declarar ilegal y anular el mismo en el artículo 2, en los incisos indicados, y en el 11 nº 3, apartado C, y subsidiariamente respecto de éste último en los incisos indicados del mismo apartado C, y en los números 4 y 9 del mismo. En otrosí solicita proceda a suspender la vigencia de los artículos mencionados del Real Decreto impugnado”.

**TERCERO.-** En escrito de 20 de noviembre de 2003, el Abogado del Estado, presentó escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la parte recurrente, solicitando a la Sala “dicte sentencia por la que sea declarado inadmisibile el recurso interpuesto por la Federación de Asociaciones Pro-Inmigrantes Andalucía Acoge contra determinados preceptos del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo; en su defecto y subsidiariamente, sentencia por la que sea el mismo íntegramente desestimado al ser conformes a Derecho los preceptos objeto de impugnación. En otrosí solicita el recibimiento a prueba del recurso”.

**CUARTO.-** Por Auto de fecha 2 de diciembre de 2003 dictado en la pieza separada de medidas cautelares se acordó no haber lugar a la petición de suspensión solicitada por la recurrente salvo en lo que se refiere en el inciso “en España” del artículo 11.3.c) 4 del Real decreto 178/03.

**QUINTO.-** Por Auto de fecha 2 de diciembre de 2003 se acordó fijar la cuantía del recurso como indeterminada y no haber lugar a recibir el pleito a prueba, acordándose conceder al representante procesal del actor el plazo de diez días a fin de formalizar su escrito de conclusiones, lo que realizó en escrito de 30 de diciembre de 2003, dando por reproducidos los pedimentos de su escrito de demanda.

**SEXTO.-** En escrito de 30 de enero de 2004, el Abogado del Estado procedió a evacuar el trámite de conclusiones, estándose a lo solicitado en su escrito de contestación a la demanda, acompañando a dicho escrito de conclusiones documentos cuya incorporación a las actuaciones fue rechazada por providencia de 12 de marzo de 2004 al haber sido denegado el recibimiento a prueba por Auto de 2 de diciembre de 2003.

**SÉPTIMO.-** Concluidas las actuaciones, se procedió a señalar para su votación y fallo la audiencia del día 9 de junio de 2004, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. A GUSTÍN PUENTE PRIETO, Magistrado de esta Sala.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Se impugna en el presente recurso determinado inciso del artículo 2 así como el artículo 11 nº 3 apartado C y, subsidiariamente respecto a este último, los incisos que

precisa el recurrente del mismo apartado C y los números 4 y 9 del mismo, todos ellos del Real Decreto 178/2003 de 14 de febrero sobre Entrada y Permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

Alega la representación de la Administración del Estado la inadmisión del recurso fundada en lo dispuesto en el artículo 89 b) de la Ley de la Jurisdicción en relación con el 19.1.b) de la misma Ley por entender que la Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes Andalucía Acoge en su condición de recurrente carece de legitimación activa ya que, sin negar el Abogado del estado la legitimación de dicha Asociación en relación con la defensa estatutaria de los inmigrantes, entiende que en el presente caso tal legitimación no puede ser invocada dado el contenido del Real Decreto impugnado referido a ciudadanos de la Unión Europea, nacionales de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y nacionales de la Confederación Helvética los cuales, según afirma , ni pueden ser tenidos ni ser calificados de inmigrantes.

La inadmisión pretendida ha de ser rechazada teniendo en cuenta que los preceptos e incisos cuya nulidad se pretende del Real Decreto 178/2003 de 14 de febrero, se refieren todos ellos precisamente a ciudadanos extranjeros familiares de españoles o ciudadanos de la Unión Europea o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo; por tanto, la legitimación, implícitamente reconocida por el Abogado del Estado a la Asociación recurrente en relación con los inmigrantes, excluye la posibilidad de apreciar la falta de legitimación denunciada, puesto que los preceptos recurridos en los incisos a que la demanda se refiere hacen referencia, precisamente, a auténticos extranjeros nacionales de terceros estados, al margen de los nacionales de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

**SEGUNDO.-** Entrando a resolver la concreta impugnación que realiza la recurrente del texto del Real Decreto, la primera se refiere al inciso “y siempre que mantengan un vínculo de convivencia estable y permanente con éstos”, contenido en el artículo 2 que regula el ámbito de aplicación del Real Decreto con el siguiente tenor literal: “Ámbito de aplicación: El presente Real Decreto se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que a continuación se mencionan, y siempre que mantengan un vínculo de convivencia estable y permanente con éstos a) A su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho. b) A sus descendientes y a los de su cónyuge, siempre que no estén separados de derechos, menores de veintiún años o mayores de dicha edad que convivan a sus expensas. c) A sus ascendientes y a los de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, que vivan a sus expensas con la excepción de los ascendientes de los estudiantes y de sus cónyuges.”

Ante todo ha de ponerse de relieve que, como la recurrente destaca

en su demanda, el precepto impugnado se refiere no solamente a familiares de nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea, y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo en los términos que precisan sino también a los familiares de los españoles, cuya extensión a dichas personas obedece sin duda a la necesaria igualdad de trato, en función de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución en relación con el 19 de la misma, que ha de darse tanto a los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo así como a los españoles, como pone de manifiesto en su dictamen el Consejo de Estado. De ello se deduce que la solución aplicable a los familiares de los nacionales de otros Estados a los que se extiende el ámbito de aplicación del precepto impugnado ha de ser la misma que la aplicable a los familiares, nacionales de terceros Estados, de los ciudadanos españoles, como prevé el Real Decreto.

Entiende el recurrente que el precepto, en el inciso impugnado, ha vulnerado la Constitución Española en los términos que recoge en su demanda, así como el Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, El tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 25 de marzo de 1957 y la Directiva del Consejo de 25 de junio de 1990 relativa al derecho de residencia.

Por su parte, el Sr. Abogado del estado alega que la exigencia de vínculo de convivencia estable y permanente no contraviene los derechos garantizados en el seno de la Unión Europea, respecto el derecho a fundar una familia y a la unidad familiar, sino que persigue acotar la definición del término "miembro de la familia" y evitar las consecuencias no deseadas de fenómenos de creciente, y es obvio, preocupante expansión, como los matrimonios de conveniencia o que éstos se celebren en fraude de Ley; es decir, que el matrimonio se formalice únicamente para que la persona interesada pueda entrar y residir en un Estado miembro, lo que aconseja en todo caso mantener el requisito de la existencia de una convivencia estable y permanente con el ciudadano comunitario. Aparece así, -sigue diciendo el Abogado del estado-este requisito como presupuesto fáctico del derecho a disfrutar del beneficio que supone, de modo incuestionable, la aplicación del Real Decreto recurrido en lugar del régimen general en materia de extranjería. Continúa argumentando el Sr. Abogado del Estado acerca de la inexistencia de infracción del artículo 13.1 de la Constitución Española y de la Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984 de 23 de noviembre, que el recurrente invoca.

Es necesario comenzar poniendo de manifiesto que la redacción del inciso impugnado no constaba en los textos correspondientes a la primitiva redacción del proyecto del Real Decreto, sino que fue introducida en su redacción definitiva después del Dictamen del Consejo de Estado.

Efectivamente, como consta en la redacción del texto remitida a dictamen, se preveía que los familiares de los beneficiarios, (sean o no nacionales de Estados miembros de la Unión) se ampararán en la norma siempre que "acompañen al titular del derecho o se reúnan posteriormente". El Consejo de Estado entendió que la expresión era sumamente indeterminada y puede ser mejor aplicada si se aclara que se trata de beneficiar a quienes, siendo familiares, mantienen un vínculo de convivencia estable y permanente con los

beneficiarios.

La sustitución del texto en principio propuesto por la que se deriva del definitivo realizado en función del Dictamen del Consejo de estado se basó en atribuir a la situación de convivencia el carácter de causa determinante de la especial regulación que en la norma se contiene y para evitar, como entendió en su dictamen el Consejo de estado, con consecuencias no deseadas de los denominados matrimonios de conveniencia y situaciones parejas.

Ha de destacarse igualmente que la regulación de un régimen especial ajeno a la Ley de Extranjería se produjo ya inicialmente a raíz de la integración de España en la Comunidad Económica Europea con el Real Decreto 1099/1986 que fue posteriormente sustituido por Real Decreto 766/1992 de 26 de junio, en el cual no constaba exigencia alguna de convivencia para su aplicación a los familiares extranjeros de españoles y de nacionales de otros Estados miembros de las Comunidades Europeas, aún cuando se incluían a los cónyuges que no estén separados de hecho o de derecho. El texto contenido en el artículo 2 del Real Decreto 766/1992 fue modificado por el Real Decreto 737/1995 de 5 de mayo, en el que se hace constar en su exposición de motivos que “se ha procedido a modificar determinados aspecto del Real Decreto 766/1992 de conformidad con las observaciones formuladas al mismo por la Comisión Europea al objeto de adecuarlo a la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (asunto 267/83, DIATTA contra LAN D Berlín).

Sigue diciendo la exposición de motivos del citado Real Decreto que el Tribunal de Justicia de las Comunidades ha señalado que el artículo 10. del Reglamento 1612/88/CEE autoriza al cónyuge del trabajador nacional de un Estado miembro, empleado en el territorio de otro estado miembro distinto del que es nacional, a instalarse en él, aunque ambos estén separados de hecho. A este respecto, dicho Tribunal ha dejado bien claro en su jurisprudencia que sólo puede impedirse la residencia cuando exista una separación de derecho de los cónyuges.

Por su parte, el Real Decreto vigente hasta la entrada en vigor del que es objeto de impugnación número 1710/1997 de 14 de noviembre, hace igualmente referencia en su exposición de motivos a la reforma introducida en su día por la aplicación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto antes mencionado.

Es evidente que el artículo 19 de la Constitución reconoce solamente a los españoles a elegir libremente su residencia, a la libre circulación por el territorio nacional y a entrar y salir libremente de España en los términos que la Ley establezca y sin que este derecho pueda ser limitado por motivos políticos o ideológicos, con lo que quedan excluidos los extranjeros, en principio, de dichos derechos, exclusión que ha de ser matizada aplicando la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de marzo de 1993 confirme a la cual el citado precepto “no es el único que

debe ser considerado; junto a él es preciso tener en cuenta otros preceptos que determinan la posición jurídica de los extranjeros en España, entre los que destaca el artículo 13 de la Constitución. Su apartado 1º dispone que los extranjeros gozan en España de las libertades públicas que garantiza el Título Primero de la Constitución, aunque sea en los términos que se establezcan en los Tratados y la Ley, como se dijo en las Sentencias del Tribunal Constitucional 107/1984, 99/1985 y 115/1987. Y el apartado 2 de ese artículo 13 solamente reserva a los españoles la titularidad de los derechos reconocidos en el artículo 23 de la Constitución con el alcance que precisamos en la declaración de 1 de julio de 1992. Por consiguiente, resulta claro que los extranjeros pueden ser titulares de los derechos fundamentales a residir y desplazarse libremente que recoge la Constitución en su artículo 19”.

Y es que en realidad esos derechos están modulados por leyes y tratados pues, como afirma el Tribunal Constitucional en Sentencia de 22 de marzo de 1993, la libertad del legislador al configurar los derechos de los nacionales de los distintos Estados, en cuanto a su entrada y permanencia en España, es sin duda alguna amplia. Pero no es en modo alguno absoluta. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 que - a diferencia el Cuarto Protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos - se encuentra ratificado por España, no puede ser ignorado a la hora de interpretar los artículos 12 y 13 de la Constitución, por imperativo de su artículo 10.2. Las Leyes y tratados que regulan la circulación de extranjeros en España deben respetar el grado, limitado pero cierto, de la libertad que reconocen los artículos 12 y 13 del Pacto Internacional a todas las personas que se hallan legalmente en el territorio del Estado.

El artículo 8 del Tratado de la Unión Europea reconoce el derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en los territorios de los Estados miembros, conforme a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación. De ello resulta que los límites impuestos a la circulación y residencia de los ciudadanos europeos serán los establecidos por el ordenamiento comunitario o, dicho de otra forma, que el ordenamiento propio del Estado miembro no podrá imponer límites y condiciones no previstas en el Tratado y en esas disposiciones.

Entre las disposiciones de Derecho Comunitario cabe citar los artículos 10 a 12 del Reglamento 1.612/88 que regulan el derecho de determinadas personas, familiares, independientemente de su nacionalidad, a instalarse con el trabajador nacional de un Estado miembro empleado en el territorio de otro Estado, atendiendo este régimen al cónyuge y descendientes menores de 21 años o a su cargo, así como a los ascendientes del trabajador y de su cónyuge que estén a su cargo. El apartado 2 de dicha norma dispone que “los Estados miembros favorecerán la admisión de cualquier miembro de la familia que no se beneficie de lo dispuesto en el

apartado 1 si se encontrasen a cargo o viviesen en el país de origen con el trabajador antes mencionado”. Y añade en el apartado 3 que “a los efectos de los apartados 1 y 2, el trabajador deberá disponer de una vivienda para su familia considerada normal para los trabajadores nacionales en la región donde esté empleado, sin que esta disposición pueda ocasionar discriminación entre los trabajadores nacionales y los trabajadores provenientes de otros estados miembros”.

Por su parte, la Directiva del Consejo de 28 de junio de 1990 nº 180/1990, aplicable para regular el derecho de residencia a los nacionales de los Estados miembros que no disfrutaban de dicho derecho en virtud de otras disposiciones del Derecho Comunitario, así como a los miembros de su familia tal como se definen en el apartado 2, determina el derecho a instalarse en otro Estado con el titular del derecho de residencia, y cualquiera que sea su nacionalidad, tanto al cónyuge y sus descendientes a su cargo como a los ascendientes del titular del derecho de residencia y de su cónyuge que estén a su cargo.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en Sentencia de 17 de septiembre de 2002 ha declarado que de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, es preciso interpretar el Reglamento nº 1612/88 a la luz de la exigencia de respeto de su vida familiar previsto en el artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, respeto que, según se afirma en dicha sentencia, forma parte de los derechos fundamentales que, conforme a reiterada jurisprudencia, están reconocidos en el Derecho comunitario.

El criterio no es sino una reiteración del que se contiene en la Sentencia tomada en consideración para la modificación de lo dispuesto en el Reglamento antes citado de 1992 cuando en 1995 se hizo referencia a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto Diata contra Land Berlin.

En el apartado 18 de dicha Sentencia se declaró que “el artículo 10 del Reglamento antes citado al prever que el miembro de la familia del trabajador emigrante tiene derecho a instalarse con el trabajador no exige que el miembro de la familia de que se trata viva con él permanentemente, sino que sólo exige, tal como indica el apartado 3 de dicho artículo, que la vivienda de que disponga el trabajador pueda ser considerada como normal para acoger a su familia” sin que la exigencia de unidad de vivienda familiar permanente pueda ser admitida implícitamente exponiendo, en definitiva, la citada Sentencia que los miembros de la familia de un trabajador emigrante en el sentido del artículo 10 del Reglamento 1612/88 no deben necesariamente habitar en permanencia con él para ser titulares de un derecho de residencia en virtud de esta disposición.

El citado criterio ha sido reiterado en la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 23 de septiembre de 2003, en el asunto nº 1108/2001 en cuyo punto 39 se declara que excluir a una persona de un país en el que viven sus parientes próximos puede constituir una injerencia en el derecho al respecto de la vida familiar protegido en el artículo 8, apartado 1 del Convenio. Todo ello sin perjuicio de que el artículo 10 del Reglamento no es aplicable si el nacional de un Estado miembro y el nacional de un país tercero han celebrado un matrimonio de conveniencia para eludir las disposiciones relativas a la entrada y a la residencia de los nacionales de países terceros.

A la luz de los indicados preceptos comunitarios y de su interpretación por el Tribunal Europeo, cabe pues resolver el recurso partiendo de la base de que la expresión relativa a la exigencia de “un vínculo de convivencia estable y permanente” alude, en opinión de la Sala sin lugar a dudas, a la unidad de alojamiento como exigible a los miembros de la familia para la aplicación de las disposiciones del Real Decreto recurrido. Por ello el precepto recurrido resulta disconforme con el ordenamiento comunitario que no exige dicha unidad de convivencia en los términos de estabilidad y permanencia a que se refiere el inciso del artículo 2 objeto de impugnación que por ello ha de ser anulado. Y ello sin necesidad de planteamiento de la cuestión prejudicial a que se refiere el artículo 177 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, hoy 234 según el cuadro de equivalencias contemplado en el artículo 12 del Tratado de Ámsterdam, pues, como hechos dicho, en la sentencia de 4 de junio de 2001 los párrafos 2 y 3 del citado artículo 234 TCEE, versión consolidada, distinguen la facultad de plantear cuestiones al Tribunal de Justicia que corresponde a cualquier órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros y la “obligatoriedad” de plantear la cuestión y efectuar la remisión al Tribunal de Justicia cuando se trata del “órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho Interno”. En este caso, para garantizar la unidad y aplicabilidad del Derecho comunitario, teniendo en cuenta, además el valor de jurisprudencia nacional que tienen las resoluciones de dicho órgano jurisdiccional supremo, se impone la obligación de plantear, antes de decidir el litigio, la cuestión prejudicial. Ahora bien, ello no supone negar un margen de apreciación del Juez de última instancia o supremo Juez nacional para determinar la “pertinencia” o efectuar el “juicio de relevancia” para el planteamiento de las cuestiones. Y así puede entenderse que resulta justificada la exclusión del planteamiento de la cuestión prejudicial cuando no condicione el sentido del fallo (irrelevancia de la cuestión), de manera que, cualquiera que sea la respuesta del TJCE, ésta no tendría ninguna influencia en la decisión del proceso en que la cuestión se suscita (SS TJCE de 22 de noviembre de 1978, Matheus y 18 de diciembre de 1981, Foglia/Novallo, entre otras); cuando puede afirmarse la evidencia de la respuesta porque no existe duda razonable y fundada relativa a la interpretación y/o validez de la disposición

comunitaria aplicable, teniendo en cuenta, como ha puesto de relieve el TJCE, tanto el contexto como el conjunto normativo al que pertenezca la norma a interpretar (sentido claro); y cuando se encuentra “aclarada” la duda objeto del litigio, dada la identidad de la cuestión con un litigio resuelto por el TJCE, de manera que pueda invocarse la doctrina del precedente o, incluso, de la jurisprudencia comunitaria, como señaló ya la STJCE de 27 de marzo de 1983, Da Costa 25 a 30/82, y se acoge en el artículo 194.e del Reglamento de Procedimiento del propio Tribunal, de 19 de junio de 1981. En suma, con una formulación general, cabe afirmar que pesa la obligación de plantear la cuestión, ex artículo 234 TCEE, versión consolidada, cuando la Sala puede resolver por sí coherentemente el problema de interpretación y/o validez, suscitados en relación con la norma comunitaria, teniendo en cuenta, además que el juez nacional garante no solo de los principios estructurales básicos del Derecho comunitario que representan su efecto directo y su primacía, sino también, desde su posición de órgano cuyas decisiones crean jurisprudencia, de la unidad de aplicación del Derecho comunitario.

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 aún 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”.

En cuanto a la alegada necesidad a que se refiere el Abogado del Estado de evitar el fraude, a través de matrimonios de conveniencia, para impedir la ilegal entrada y estancia en España, en modo alguno, a la vista de lo expuesto, puede realizarse este control exigiendo un requisito de convivencia estable y permanente contrario a la normativa y jurisprudencia europea, sin perjuicio de que por parte de los órganos de la Administración se adopten las oportunas medidas de inspección y control en prevención y evitación del fraude alegado.

**TERCERO.-** En cuanto se refiere a la impugnación del apartado c) del número 3 del artículo 11 del Real Decreto objeto de impugnación, en relación con la exigencia de visado, basta con recordar que, conforme ha declarado la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 25 de

julio de 2002 (asunto 459/1999), con arreglo al propio tenor de los artículos 3, apartado 2, de la Directiva 65/380 y 3, apartado 2, de la directiva 73/145 como una autorización expedida por un Estado miembro o una decisión tomada por un estado miembro, exigida para entrar en su territorio.

Igualmente ha de recordarse que, como pone de manifiesto el Sr. Abogado del Estado, el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen ha eliminado los controles fronterizos entre los Estados miembros firmantes del mismo y ha armonizado los visados de entrada de corta duración y ha logrado la libre circulación de los nacionales de terceros Estados pero sólo en relación con una estancia no superior a tres meses en un periodo de seis meses, estableciendo en su artículo 18 que los visados por una estancia superior a tres meses serán visados nacionales expedidos por cada parte contratante con arreglo a su propia legislación. De ello se deduce la improcedencia de acceder a la genérica pretensión de anulación de lo dispuesto en el artículo 11 apartado c) del número 3.

**CUARTO.-** Con carácter subsidiario impugna la actora determinados incisos del artículo 11.3 del Real Decreto 178/03 y, en concreto, el inciso “siempre que no exista mala fe en el solicitante” del artículo 11.3.c) párrafo 2 argumentando que su redacción parece partir de una presunción contraria a la buena fe en el solicitante; más basta con observar la redacción del precepto para concluir que no se produce una alteración de la carga de la prueba en materia de buena fe y que será la Administración la que, habrá de probar la existencia de mala fe para la no autorización de exención de visado.

En cuanto a la impugnación del inciso “siempre que concurren alguno de los siguientes supuestos”, no se aprecian tampoco razones determinantes de la anulación del precepto citado en función de la infracción del ordenamiento jurídico, pues tal infracción no puede, en ningún caso, derivar de lo dispuesto en el artículo 4º del Código Civil que permite la aplicación analógica de las normas cuando exista identidad de razón, ya que el carácter de excepción que tiene la exención de visado exige una interpretación restrictiva contraria a la interpretación analógica en el sentido que argumenta el recurrente.

En cuanto al inciso del artículo 11.3.c) 4º del Real Decreto referido a que “se acredite la convivencia en España al menos durante un año”, se aduce por el recurrente la reiterada doctrina de esta Sala dictada en relación con la exigencia de tres años de matrimonio previo, a que se refiere el artículo 2 de la Orden de 11 de abril de 1996 que regulaba las excepciones de visado, conforme a cuya jurisprudencia no resulta conforme a derecho la exigencia de un periodo previo de matrimonio.

Por su parte el Sr. Abogado del estado sostiene que el inciso cuestionado –cuya nulidad en cuanto se refiere al término en España, con redacción idéntica a la actual ha sido ya acordada, y ha de reiterarse, por la Sentencia de esta Sala de 20 de marzo de 2004- tiene cobertura legal, frente a lo que se argumenta de contrario, en lo dispuesto en el artículo 31.7 de la Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000, en lo que se refiere a la exigencia de una convivencia de un año, pues entiende que resulta exigible para evitar el fraude en la solicitud de este tipo de exenciones que deben ser valoradas en opinión del Sr. Abogado del Estado, con extremo cuidado por la Administración General del Estado dado su carácter excepcional, entendiéndose que, no habiéndose formulado por la Comisión de las Comunidades Europeas manifestación alguna en contrario, ha de entenderse que no existe vulneración de derecho comunitario.

Entiende la Sala que el precepto que se invoca por el defensor de la Administración, el artículo 31.7 de la Ley Orgánica 4/2000, no resulta de aplicación al presente caso porque conforme al mismo se establece literalmente que “excepcionalmente, por motivos humanitario o de colaboración con la justicia, podrá eximirse por el Ministerio del Interior de la obligación de obtener visado a los extranjeros que se encuentren en territorio español y que cumplan los requisitos para obtener un permiso de residencia. Cuando la exención se solicita como cónyuge de residente se deberá reunir las circunstancias de los artículos 17 y 18 y acreditar la convivencia al menos durante un año y que el cónyuge tenga autorización para residir al menos otro año”.

El precepto invocado como base y cobertura del impugnado parte del supuesto de referencia de que se trata de cónyuge de extranjero que se encuentra en territorio español gozando este último de derecho a obtención de permiso de residencia a cuyo efecto se le exige acreditar la convivencia al menos durante un año y que el cónyuge tenga autorización para residir al menos otro año. Pero esos requisitos no son aplicables en el caso presente donde se trata específicamente de cónyuge de nacional español o de nacional de un país de la Unión Europea o de un estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo a quien, según hemos visto y conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, no cabe exigirle más requisito que el de acreditar su vínculo de relación conyugal para permitirle la entrada en España puesto que, como declara la Sentencia de dicho Tribunal de 25 de julio de 2002 (asunto 459/1999), los artículos 3 de la Directiva 73/148 y 3 de la Directiva 73/148 así como el Reglamento nº 2317/95, considerados a la luz del principio de proporcionalidad, deben interpretarse en el sentido de que un Estado miembro no puede denegar, en la frontera, la entrada a un nacional de un país tercero, cónyuge de un nacional de un Estado miembro, que intente entrar en su territorio sin

disponer de un documento de identidad o de un pasaporte válido o, en su caso, de un visado, cuando dicho cónyuge puede probar su identidad, así como el vínculo conyugal, y si no concurren circunstancias que permitan demostrar que representa un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la salud pública en el sentido de los artículos 10 de la Directiva 68/380 y 8 de la Directiva 73/148. Y para el supuesto de entrada ilegal sin visado, la misma Sentencia del Tribunal Europeo declaró que “los artículos 4 de la Directiva 68/380 y 8 de la Directiva 73/148 deben interpretarse en el sentido de que no autorizan a los Estados miembros a denegar su permiso de residencia ni a adoptar una orden de expulsión en contra de un nacional de un país tercero, que pueda aportar la prueba de su identidad y de su matrimonio con un nacional de un Estado miembro, por el único motivo de que haya entrado ilegalmente en el territorio del estado miembro de que se trate.

De todo ello se deduce que, teniendo como finalidad el precepto, que como hemos visto no encuentra fundamento legal en lo dispuesto en el artículo 31.7 de la Ley de Extranjería, evitar el fraude a través de matrimonios de conveniencia, es lo cierto que dicha finalidad no se acomoda a la única controlable a través del visado, innecesario para el cónyuge conforme a la indicada sentencia, y respecto al cual solamente se le puede denegar la entrada o la residencia si no concurren circunstancias que permitan demostrar que representa un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la salud pública, por lo que resulta improcedente la exigencia de la convivencia para la concesión de la exención de visado.

Por último y en lo que se refiere al inciso del artículo 11.3.c) 9º del Real Decreto 178/2003 acerca de que “reúna los requisitos necesarios para beneficiarse de la reagrupación familiar” entiende el recurrente que dichos requisitos son los establecidos en el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 4/2000 referidos a la residencia legal en España durante un año y a la autorización para residir al menos otro exigida al reagrupante por dicho precepto, sin tener en cuenta que los requisitos, recogidos en el inciso cuya nulidad se pretende, no están referidos al reagrupante sino al ascendiente de ciudadano español o de residencia legal que sea nacional de un estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico europeo y que el único requisito exigible a ese ascendiente es el de que el mismo esté a cargo del reagrupante y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España, al que se refiere el apartado d) del artículo 17.1 de la Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000, con lo que decae la argumentación del recurrente que, desde luego, no puede fundarse en las Sentencias que invoca del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ya que éstas contemplan solamente los supuestos de entrada y estancia de cónyuges de familiares de nacionales de la Unión Europea y no el concreto caso de la exención de visado del ascendiente cuya regulación corresponde al Estado Español de conformidad con lo dispuesto en el

artículo 25.2 de la Ley Orgánica 8/2000.

Procede, en consecuencia, estimar parcialmente el recurso y anular el inciso “y siempre que mantengan un vínculo de convivencia estable y permanente con éstos” del párrafo primero del artículo 2 del Real Decreto recurrido, así como el inciso “y se acredite la convivencia en España al menos durante un año”, del apartado 4º del artículo 11.3.c de dicho Real Decreto.

**QUINTO.-** En virtud de lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción, no se aprecian razones determinantes de una condena en costas.

### **FALLAMOS**

Que estimando en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de la Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes Andalucía Acoge contra el Real Decreto 178/03 de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, declaramos la nulidad del inciso “y siempre que mantengan un vínculo de convivencia estable y permanente con éstos” del párrafo primero del artículo 2 del Real Decreto recurrido, así como el inciso “y se acredite la convivencia en España al menos durante un año”, del apartado 4º del artículo 11.3.C de dicho Real Decreto, desestimando el recurso en relación con el resto de las pretensiones. Todo ello sin condena en costas.

El presente fallo se publicará en el Boletín Oficial del Estado.

Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIONES.-**Leída y publicada fue la anterior Sentencia, en audiencia pública, por el Excmo. Sr. D. Agustín Puente Prieto, Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como Secretario certifico.