

KOPIADA
ES COPIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN N° 1058/09

SENTENCIA NUMERO 556/2011

ILMOS. SRES.
PRESIDENTE:
DON ÁNGEL RUIZ RUIZ

MAGISTRADOS:
DON JOSÉ ANTONIO ALBERDI LARIZGOITIA
DON LUIS VILLARES NAVEIRA

En la Villa de Bilbao, a dos de septiembre de dos mil once.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra la sentencia dictada el veinticinco de Febrero de dos mil nueve por el Jdo. de lo Contencioso Administrativo n° 4 de Bilbao en el recurso contencioso-administrativo número 381/08.

Son parte:

- APELANTE: representado y asistido por el Letrado D. JUAN LUIS BAÑEZA HERNÁNDEZ.
- APELADO: ADMINISTRACION DEL ESTADO -MINISTERIO DEL INTERIOR-.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. LUIS VILLARES NAVEIRA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Jdo. de lo Contencioso Administrativo nº 4 de Bilbao se dictó el veinticinco de Febrero de dos mil nueve sentencia desestimando el recurso contencioso-administrativo número 381/08 promovido por contra la Resolución del Subdelegado del Gobierno en Bizkaia de 20/2/2008 por la que se deniega al recurrente la tarjeta de familiar de residente comunitario o de la Unión Europea, siendo parte demandada la SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN VIZCAYA, DEPENDENCIA PROVINCIAL DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso por recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia por la que se estime el recurso de apelación interpuesto, anulando la sentencia recurrida y en su virtud se acuerde la concesión al apelante de la tarjeta de residente de familiar comunitario solicitada.

TERCERO.- El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación.

CUARTO.- Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 19 de julio de 2011, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

QUINTO.- Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Objeto del recurso. Posiciones de la parte recurrente y la Administración demandada.

Es objeto de recurso la Sentencia nº 57/2009, dictada en fecha 25/2/2009 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 4 de Bilbao en el Recurso contencioso-Administrativo nº 381/2008, por el que se impugna

la Resolución del Subdelegado del Gobierno en Bizkaia de 20/2/2008 por la que se deniega al recurrente la tarjeta de familiar de residente comunitario o de la Unión Europea.

La sentencia de instancia desestima la demanda porque rechaza los argumentos presentados sobre la ilegalidad del reglamento de extranjería RD 2393/2004 en los que se funda la resolución administrativa para realizar el informe policial negativo que sirve de base a la denegación. Entiende en todo caso que cualquiera que fuese la normativa en vigor, incluido el RD 178/2003, debería denegarse la tarjeta.

Contra la sentencia recurre el interesado en apelación exponiendo los siguientes motivos:

a. Entiende el recurrente que es discriminatorio que para familiares de ciudadanos comunitarios no españoles sea de aplicación el RD 240/2007 y para los familiares de españoles lo sea el RD 2393/2004, cuando el primero establece requisitos menos rigurosos que el segundo, lo que crea una situación injusta, por lo que reclama la aplicación del primero y no del segundo, como ha hecho el juez a quo;

b. Invoca la aplicación del art. 16.1. del RD 178/2003 que establece que sólo se puede denegar la tarjeta de residente a familiar de español no comunitario por razones de seguridad nacional u orden público, por lo que tener un antecedente penal por sí sólo, como ha declarado la jurisprudencia, no es causa de denegación;

c. Sostiene que se ha vulnerado con esta resolución y esta normativa el principio rector de protección de la familia reconocido constitucionalmente en el art. 39 CE.

La Abogacía del Estado no se opone a las pretensiones de la apelación a pesar de estar correctamente notificada del recurso.

Segundo-. Régimen legal de la obtención de la tarjeta de residencia para un ciudadano no comunitario familiar de un ciudadano español tras la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 1/6/2010 dictada en el Recurso Contencioso-Administrativo nº 114/2007.

El régimen legal al que queda sometida la regulación de la obtención de la tarjeta de residencia para un ciudadano no comunitario familiar de un ciudadano español ha sido objeto de una notable modificación operada por la STS de 1/6/2010, dictada en el Rec. 114/2007, en el que se resolvía un recurso directo contra el Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los estados miembros de la Unión Europea y de

otros estados parte en el Acuerdo del Espacio Económico Europeo, que a transpuso la Directiva Comunitaria 2004/38/CE del Parlamento y del Consejo.

La sentencia anula una serie de preceptos porque el Reglamento español altera o cambia el ámbito subjetivo de la Directiva Comunitaria. Así, la Directiva que se transpone tiene como objeto la situación de cualquier ciudadano de la UE que resida en un Estado miembro distinto del de su nacionalidad, así como a los miembros de su familia, es decir, la Directiva no excluye a la familia del ciudadano español (cualquiera que sea la nacionalidad del familiar). Sin embargo, el Reglamento español recurrido sí excluye de su ámbito subjetivo de aplicación a los familiares del ciudadano español que -teniendo otra nacionalidad, que no sea la española- se les somete a otro régimen de derechos diferente (concretamente al régimen más general de extranjeros del RD 2393/2004, de 30 de diciembre). Se razona por el TS que la vuelta o regreso de un ciudadano español con su familia a su país de origen, no puede afectar al régimen europeo que ya disfrutaba en otro Estado europeo, por cuanto el estatuto comunitario que le otorga la Directiva 2004/38/CE no puede verse limitado o menoscabado por la regulación interna española. Se anulan los preceptos del reglamento que implican una limitación subjetiva del ámbito comunitario, haciendo una interpretación restrictiva.

En el ámbito que interesa al objeto del presente recurso de apelación, nos hacemos eco de los fundamentos jurídicos que motivan la anulación de las disposiciones que fueron tenidas en cuenta por la administración y la sentencia de instancia para resolver el procedimiento, y que en consecuencia determinarán la revocación de la resolución recurrida.

Establece la STS de 1/6/2010 que:

"DECIMO PRIMERO.- A través de la Disposición Final Tercera del Real Decreto aquí impugnado se introducen en el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, sus nuevas Disposición Adicional Decimonovena y Disposición Adicional Vigésima que, justamente, van a regular, sucesiva y respectivamente, la entrada y residencia de los familiares de un Estado miembro de la Unión Europea "no incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto 240/2007", y, van a establecer la "Normativa aplicable a miembros de la familia de un ciudadano español que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo".

(..)

B) Resta, por último, el examen de la impugnación de la Disposición Adicional Vigésima del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, que, como sabemos, fue introducida en el mismo a través de la Disposición Final Tercera, 2, del Real Decreto impugnado 240/2007, y que, en concreto regula la "Normativa aplicable a miembros de la familia de ciudadano español que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo".

Para la adecuada comprensión del sentido y ámbito con el que cuenta esta Disposición Adicional Vigésima, hemos de realizar una distinción de regímenes jurídicos que se comprendían en el Real Decreto 240/2007 impugnado:

1°. El régimen general de los ciudadanos de otros Estados de la Unión Europea y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Es el régimen general aplicable en España a los ciudadanos de dichos Estados, y es el contenido general del Real Decreto (artículo 1° del Real Decreto).

2°. El régimen de los familiares de dichos ciudadanos a los que se refiere el artículo 2° del Real Decreto (cónyuge con matrimonio en vigor, pareja de hecho registrada, descendientes directos ---o del cónyuge o pareja--- y ascendientes directos ---o del cónyuge o pareja---, pero (y esto era lo significativo) sin incluir a los familiares del ciudadano europeo español. La inclusión en el artículo 2, párrafo 1, del Real Decreto de la expresión "de otro Estado miembro", así lo implicaba. A estos familiares ---de ciudadanos europeos no españoles--- se les aplicaba, también, el régimen general del Real Decreto, con algunas matizaciones.

3°. Fruto de dicha matización o delimitación reglamentaria era necesario establecer un régimen específico para dichos familiares del ciudadano español (si se quiere, europeo y español), que, como acabamos de ver, se excluían, con la expresión de referencia, del artículo 2° del Real Decreto. Pues bien, este régimen es el que ahora se impugna, y que se contiene en la Disposición Adicional Vigésima del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, que, como sabemos, fue introducida en el mismo a través de la Disposición Final Tercera, 2, del Real Decreto impugnado 240/2007, que regula, según expresa la Disposición Adicional, la "Normativa aplicable a miembros de la familia de ciudadano español que no tengan la nacionalidad

de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo".

4°. Régimen, por último, correspondiente a otros familiares del ciudadano de cualquier Estado miembro, no incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto impugnado; esto es, familiares distintos de los que se relacionan en el artículo 2° del Real Decreto. Pues bien, para estos, el régimen jurídico es el contenido en la Disposición Adicional Decimonovena del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, en el que fue introducida, como sabemos, por la Disposición Final Tercera, 2, del Real Decreto impugnado 240/2007. En dicha Disposición Adicional se regula la "Facilitación de la entrada y residencia de los familiares de ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, no incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero".

Expuesto lo anterior, lo que ahora nos ocuparía sería el régimen que hemos definido y concretado en el anterior apartado 3°; mas, de inmediato, hemos de añadir que la existencia de dicho régimen ---y la nulidad de la expresión que la sustentaba en el artículo 2°, primero ("de otro Estado miembro")--- la hemos dejado sin efecto en el Fundamento Jurídico Segundo de la presente sentencia.

Por tanto, desaparecido dicho régimen especial, y equiparados los familiares de ciudadanos europeos españoles a los familiares de ciudadanos europeos no españoles, que se sitúen en el ámbito subjetivo del artículo 2° Real Decreto 240/2007, debe, obviamente, y por las mismas razones allí expuestas, desaparecer el contenido de dicho régimen, que se contiene en la Disposición Final Tercera 2 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero (a la sazón Disposición Adicional Vigésima del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre)."

Debemos complementar este argumento con el ofrecido en el FJ 2° de la Sentencia, que justifica la anulación de la expresión "de otro Estado miembro" del contenido del art. 2° del RD 240/2007:

"SEGUNDO.- La primera impugnación se concreta en la expresión "otro Estado miembro" que se contiene en el artículo 2 (Aplicación a miembros de la familia del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo), párrafo primero, que dice así:

"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 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: ...". (Incluyendo al cónyuge, pareja registrada, descendientes directos propios y del cónyuge o pareja registrada, y ascendientes directos propios y del cónyuge o pareja registrada).

El Real Decreto parcialmente impugnado tiene por objeto, según expone en su artículo 1º, regular las condiciones para el ejercicio de los derechos de entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia, residencia de carácter permanente y trabajo 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". Sin embargo, en el artículo 2º, impugnado, se extiende dicho ámbito subjetivo de aplicación ---"cualquiera que sea su nacionalidad"--- a los "familiares de ciudadano de otro Estado miembro". Esto es, el derecho interno español (el Real Decreto impugnado) se va a imponer ---se va a extender a regular--- también la situación y los derechos de los familiares de los ciudadanos de otros Estados miembros, que ya han visto reconocida su situación en otro Estado miembro de la Unión europea como consecuencia de su vinculación familiar.

Mas ello, con una salvedad, cual es la de los familiares del propio ciudadano español, los cuales quedan excluidos al introducirse en el precepto la citada expresión "de otro Estado miembro". Esto es, el Real Decreto se va a aplicar solo a estos familiares y no a los familiares del propio ciudadano español, pues, estos no son "de otro Estado miembro", sino de "este" Estado miembro. A estos, a los familiares del ciudadano español les sería, pues, de aplicación, no el régimen de este Real Decreto, sino el régimen general de extranjería contenido en el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre; norma reglamentaria en la que ---a través de la Disposición Final Tercera del Real Decreto aquí impugnado--- se introducen las nuevas Disposición Adicional Decimonovena y Disposición Adicional Vigésima que, justamente, van a regular, sucesiva y respectivamente, la entrada y residencia de los familiares de un Estado miembro de la Unión Europea "no incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto 240/2007", y, van a establecer la "Normativa aplicable a miembros de la familia de un ciudadano español que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo".

La impugnación ha de prosperar, ya que el artículo 3 de la Directiva 2004/38/CEE contempla ---como ámbito subjetivo

