



Recibido 11/11/2016

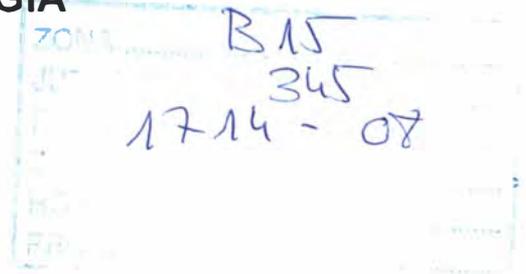
**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
Nº 5 DE BILBAO
BILBOKO ADMINISTRAZIOAREKIKO AUZIEN 5
ZK.KO EPAITEGIA**

BARROETA ALDAMAR 10-5ªPLANTA - C.P./PK: 48001

Tel.: 94-4016706
Fax: 94-4016987

N.I.G. P.V./ IZO EAE: 48.04.3-16/002036
N.I.G. CGPJ / IZO BJKN :48020.45.3-2016/0002036

Proced.abreviado / Prozedura laburtua 313/2016 - L



Demandante / Demandatzailea:

Representante / Ordezkaría: EDURNE GONZALEZ ALONSO

- Pl. Vitoria, 1 - Buz. Debe. Bilbao

Administración demandada / Administrazio demandatua: SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN BIZKAIA

Representante / Ordezkaría:

ACTUACION RECURRIDA / ERREKURRITUTAKO JARDUNA:

RESOLUCION DE 03/08/2016 DE LA SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN BIZKAIA
DESESTIMATORIA DEL RECURSO INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCION
DENEGATORIA DE LA SOLICITUD DE RESIDENCIA DE FAMILIAR DE CIUDADANO DE LA
UE

D./D^a. AINOA YURREBASO SANTAMARÍA, Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 5 de Bilbao.

CERTIFICO: Que en el recurso contencioso - administrativo número 313/2016, se ha dictado sentencia del siguiente contenido literal:

SENTENCIA Nº 199/2016

En BILBAO (BIZKAIA), a veinticinco de noviembre de dos mil dieciséis.

El/La Sr/a. D/ña. FERMINA PITA RASILLA, MAGISTRADO del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 5 de BILBAO (BIZKAIA) ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 313/2016 y seguido por el procedimiento abreviado, en el que se impugna: RESOLUCION DE 03/08/2016 DE LA SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN BIZKAIA DESESTIMATORIA DEL RECURSO INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCION DENEGATORIA DE LA SOLICITUD DE RESIDENCIA DE FAMILIAR DE CIUDADANO DE LA UE.

Son partes en dicho recurso: como recurrente N y
, representado y dirigido por el letrado EDURNE GONZALEZ ALONSO ; como demandada SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN BIZKAIA, representado y dirigido

por el letrado ABOGADO DEL ESTADO .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente mencionado anteriormente se presentó escrito de demanda de Procedimiento Abreviado, contra la resolución administrativa mencionada en el que tras exponer los Hechos y Fundamentos de derecho que estimo pertinentes en apoyo de su pretensión terminó suplicando al Juzgado dictase una Sentencia estimatoria del recurso contencioso administrativo interpuesto.

SEGUNDO.-Admitida a trámite por proveído, se acordó su sustanciación por los trámites del procedimiento abreviado, y habiendo solicitado la demandante conforme al art 78.3 de la LJCA se dicte resolución sin necesidad de vista, sin haberse opuesto la Administración demandada, presentando escrito de contestación a la demanda por la Administración del Estado. Posteriormente y conforme al art 57.1 se declararon los autos conclusos para sentencia.

TERCERO.- En este procedimiento se han observado las prescripciones legales en vigor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por medio del presente recurso contencioso-administrativo se impugna la Resolución de del Subdelegado del Gobierno en Bizkaia de fecha 3 de agosto de 2016 por la que se desestima el recurso interpuesto contra la resolución que deniega la Tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión solicitada por la demandante .

SEGUNDO.- La parte demandante suplica se dicte sentencia por la que estimando íntegramente es recurso se proceda a anular la resolución recurrida de fecha 3 de agosto de 2016 , que confirmaba la resolución de fecha 6 de junio de 2016 que denegaba la tarjeta de residencia temporal de familiar de Ciudadano de la Unión , por no ser conforme a derecho y se conceda la autorización de residencia temporal de familiar de Ciudadano de la Unión a favor de doña [REDACTED] condenando en costas a la Administración. Fundamenta su pretensión alegando que la denegación de la concesión de la autorización de residencia a una persona del Estado donde viven miembros próximos de su familia , como ocurre en este caso puede constituir una violación del derecho al respeto a la vida familiar grantizado por el art 8 del Convenio para Protección de Derechos Humanos , señalándose para la autoridad que estima odesestima la petición de una autorización de residencia y

trabajo ha de efectuar una justa ponderación entre los intereses en juego , el derecho al respeto de la vida familiar por un lado y la necesidad de la medada para el Estado. Exigir en este tipo de supuestos solvencia económica denegando la autorización de residencia por carecer de medios económicos conllevaría a privar5 a la ciudadana española de su legítimo derecho a vivir junto a su hija que está a su cargo obligando a la recurrente a retornar a su país donde ya no tiene arraigo. . La presente solicitud no la realiza un nacional comunitario de un tercer país para el ejercicio de su derecho a la libre circulación y residencia en el territorio del estado miembro sino una ciudadana no comunitaria descendiente a cargo de una ciudadana española, esto es, familiar perteneciente a la familia nuclear de la misma que solicita le sea expedida la tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano español para residir en España y por tanto sometido al derecho interno español resultando indebida la aplicación del Real Decreto 240/2007 debiendo aplicar el derecho interno regulado en el C.civil. Esta cuestión ha sido analizada y cuestionada por nuestros Tribunales respecto al contenido del art 7 del RD 240/2007 en relación con su aplicación o no al supuesto enjuiciado y con el contenido de la sentencia del TS de 1 de junio de 2010 ,concluyendo que este art 7 no resulta de aplicación.

TERCERO.- Examinando la resolución recurrida se confirma denegación de la tarjeta de residencia inicial de familiar ciudadano de la Unión en que no cumple lo establecido establecidos en el art 7.2 ya que no acredita medios de vida propios ya que la ciudadana comunitaria ni hija a su cargo proveniente buena parte de ayuda social otorgada por Lambide.. lo que supone una carga para la asistencia social en el estado español.

La fundamentación del presente recurso expuesta por el demandante ha de ser acogida y ello siguiendo el criterio mantenido en sentencias dictadas en el Juzgado de lo Contencioso numero 2 de Bilbao, entre otras la numero 114/ 2016 de fecha 8 de julio de 2016, PAB 278/2015

Que en sus fundamentos se establece :” TERCERO.- Y es que esta Sra. Magistrado tiene criterio concorde al mantenido, entre otros Tribunales, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Comunidad Autónoma de Cantabria, cuya Sentencia de fecha 10 de diciembre de 2015, recaída en el recurso de apelación nº 185/2015, dictada y votada por el Pleno y, motiva la fundamentación que se transcribe a continuación:

“*PRIMERO:*

La Administración denegó la tarjeta de residencia temporal de familiar de ciudadano de la Unión Europea al entender que no se puede considerar que el recurrente viva a cargo de su cónyuge, de nacionalidad española, que no ha ejercitado su derecho a la libre

circulación. El juzgador de instancia estima el recurso al aplicar el criterio de la Sala sentado en la Sentencia de 26-12-2013 que a su vez descansa en la del TS de 6-6-2010, por considerar que el artículo 7 del RD 240/2007, no se aplica a españoles.

Por la Abogacía del Estado se considera que el criterio mantenido en la Sentencia de la Sala aplicada por la juzgador a quo ha sido corregido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo expresada en la Sentencia de 27 de abril de 2012, que aplica el Real Decreto 240/2007 (a partir de ahora RD) y sus requisitos a las tarjetas de residencia de familiares de ciudadano de la Unión cuando éste es un español.

SEGUNDO: El argumento esgrimido por la Abogacía del Estado no puede acogerse, al menos en los estrictos términos en que se esgrime en el recurso y se insiste en la apelación. Primero, porque ni en la Sentencia del Tribunal Supremo citada como base del recurso, ni en otras dictadas por el Alto Tribunal, se afirma que el supuesto de hecho específico (familiar extracomunitario de nacional español que no ha ejercitado su derecho de libre circulación) quede dentro del ámbito de aplicación de la Directiva. Expresamente se dice y se insiste en que se efectúa una «interpretación analógica». Segundo, porque la interpretación extensiva del RD la lleva a cabo a los efectos de considerar un requisito distinto, cual es el previsto en el artículo 2, precepto que fue el afectado por la sentencia del TS de 1 de junio de 2010 referido al familiar extracomunitario. Para determinados familiares este precepto, al igual que lo hiciera la Directiva que traspone, requiere que vivan «a cargo» del ciudadano de la unión (en este caso nacional español) reagrupante. Y lo hace conforme ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sin embargo, el referido artículo 2 del RD no precisa esta exigencia en el supuesto de los cónyuges de un ciudadano de la Unión. Así, el artículo 2.a) 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, establece:

«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.*

- b) *A la pareja...*
- c) *A sus descendientes directos... menores de veintiún años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo, o incapaces.*
- d) *A sus ascendientes directos... **que vivan a su cargo...**».*

Como claramente puede observarse, la exigencia de vivir a cargo del reagrupante, que es el extremo resuelto por el Tribunal Supremo, no media para el cónyuge.

TERCERO: Dicho lo anterior, el argumento central del recurso lo constituye la interpretación llevada a cabo por la Administración, al requerir a una ciudadana española, quien permanece en el país de su nacionalidad, cuente con recursos económicos suficientes al amparo del artículo 7 del RD si quiere vivir con su marido y su hija. Extremo éste en el que, a raíz de la **Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 5ª, 1-6-2010, rec. 114/2007**, ha de reconocerse ha sido resuelto de forma dispar por los distintos Tribunales.

El preámbulo del RD 240/2007, de 16 de febrero, exponía de forma clara el régimen aplicable en cada uno de los supuestos de familiares (extranjeros de terceros países) de un ciudadano europeo.

*«Igualmente, el derecho a la reagrupación familiar se determina como un derecho inherente al ciudadano de un Estado miembro, pero **asociado necesariamente al ejercicio de su derecho de libre circulación** y residencia en el territorio de los otros Estados miembros, todo ello de conformidad con la normativa comunitaria y con la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En este sentido, **para regular la reagrupación familiar de ciudadanos españoles que no han ejercido el derecho de libre circulación**, se introduce una **Disposición final tercera** que, a su vez, introduce dos nuevas Disposiciones adicionales, decimonovena y vigésima, en el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre. Estas Disposiciones **protegen especialmente al cónyuge o pareja de ciudadano español** y a sus descendientes menores de veintiún años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo, o incapaces».*

La aludida sentencia, origen de los problemas interpretativos, extendió la aplicación del RD 240/07 a los familiares de españoles que ejercitaron su derecho de libertad de circulación en la UE. Y lo hacía, no hay que olvidar, en el marco de su confrontación con la

Directiva que se incorporaba a nuestro ordenamiento vía reglamentaria. Como se indica en el fundamento jurídico primero:

«La sentencia trata, pues, de un control jurisdiccional de una norma interna española, analizada -fundamentalmente- desde la perspectiva del Derecho Comunitario europeo, y sin que, a juicio de la Sala, concurren las circunstancias exigidas para el planteamiento de Cuestión Prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de conformidad con la doctrina jurisprudencial comunitaria del "acto claro"».

Como se indicaba en el fundamento jurídico segundo de la citada resolución, la cuestión se concretaba, en lo que a este recurso atañe, a la **expresión "otro Estado miembro"** del artículo 2 del RD, porque excluía de su aplicación al familiar del español a diferencia de la Directiva. A estos se les aplicaba **el régimen general de extranjería contenido en el Reglamento de extranjería 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"».*

El Tribunal Supremo consideró que la exclusión de los familiares de españoles que habían ejercitado su derecho de libre circulación comunitaria, **contravenía el artículo 3 de la Directiva** que venía a trasponer. Literalmente sostuvo:

«La impugnación ha de prosperar, ya que el artículo 3 de la Directiva 2004/38/CEE contempla -como ámbito subjetivo de la misma- la situación de "cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia"; expresión con la que no se excluye a la familia del español -cualquier que sea su nacionalidad- residente con el mismo (posiblemente por la vía de la reagrupación familiar) en otro Estado de la Unión Europea, en el supuesto de regreso, desde ese otro Estado miembro, al Estado de su nacionalidad, esto es, a España. Exclusión que sí se produce con la expresión impugnada del artículo 2, apartado primero, del Real

Decreto citado, ya que, a estos familiares del ciudadano español -que, obviamente, no cuentan con la nacionalidad española- se les somete a un régimen de derechos diferente, cual es el previsto en la Disposición Transitoria Vigésima para el Reglamento aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

En síntesis, la vuelta o regreso de un ciudadano español a su país de origen, desde otro Estado miembro de la Unión Europea con su familia -de nacionalidad extraeuropea-, no puede afectar al régimen europeo de la misma familia del que ya disfrutaba en el ese otro Estado miembro, por cuanto dicho estatuto comunitario, que la Directiva 2004/38/CE proyecta y regula, no puede verse limitado o menoscabado por una regulación interna de uno de los Estados miembros. La introducción, en el precepto impugnado, de la expresión en la que la impugnación se concreta ("de otro Estado miembro") implica una limitación subjetiva del ámbito comunitario y una interpretación restrictiva de la Directiva que debe de ser rechazada».

La supresión de la referencia a otro Estado miembro se efectuaba para permitir no restringir el ámbito de aplicación de la Directiva cuando los ciudadanos de la Unión Europea (incluidos los españoles) **habían hecho uso de su libertad de circulación.**

CUARTO: El problema surgió consecuencia de la nulidad parcial de la Disposición Final Tercera, en su apartado dos. La Sala concluyó al final de la citada sentencia, en el fundamento jurídico undécimo, lo siguiente:

«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 2º 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)».

Esta Disposición Adicional Vigésima del Real Decreto 2393/2004, el entonces Reglamento de Extranjería, se suprimió con la Sentencia disponía:

Disposición Final Tercera. Dos. Se introduce una disposición adicional vigésima:

«Disposición adicional vigésima. 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.

1. 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 sobre el Espacio Económico Europeo, será de aplicación, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de ciudadano español, cuando le acompañen o se reúnan con él, y estén incluidos en una de las siguientes categorías:

a) A su cónyuge...

b) A la pareja con la que mantenga una unión análoga...

c) A sus descendientes... mayores... que vivan a su cargo...

d) A sus ascendientes... que vivan a su cargo...

2. La reagrupación familiar de ascendientes directos de ciudadano español, o de su cónyuge, se regirá por lo previsto en la sección 2.ª del capítulo I del título IV del presente reglamento».

Aun cuando la Sentencia estaba pensando en la extensión del ámbito del RD a los familiares de españoles, cuando éstos ejercitaban su libertad de circulación comunitaria, la nulidad de esta disposición hacía desaparecer el régimen jurídico previsto para el legislador para otorgar esa especial protección que se decía dispensaba a los familiares (extranjeros de terceros Estados, especificación que se da por reproducida a lo largo de la sentencia) de españoles que no habían ejercido ese derecho.

QUINTO: Posteriores sentencias del Tribunal Supremo se han hecho eco del problema creado para los familiares de españoles que permanecen en el país de su nacionalidad, los que no pueden hacerse de peor condición que los de ciudadanos europeos que ejercitan su derecho de libre circulación. Así la Sentencia del **Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 3ª, 20-10-2011, rec. 1470/2009**. Tras resumir la Sentencia anulatoria de 2010, en el fundamento jurídico sexto, efectúa una **interpretación analógica** de la normativa comunitaria a familiares extranjeros de español aunque no haya salido de España.

«Integración analógica que, además, responde a un orden de lógica y razonabilidad. Si por efecto de esta Directiva 2004/38 se abre la puerta, y en términos tan amplios (mucho más, como veremos infra, que en el supuesto del reagrupante extranjero residente legal en España), a la reagrupación familiar de ascendientes de un español nacionalizado que fija su residencia en otro Estado de la Unión Europea, con el mismo o mayor fundamento habrá que contemplar la reagrupación cuando el ciudadano español (nacionalizado) permanece en el mismo Estado cuya nacionalidad ha obtenido».

Para llegar a esta conclusión, el fundamento jurídico séptimo analiza el marco normativo de aplicación, que concluye es el del RD, si bien con las matizaciones que expone. A efectos ilustrativos se incorpora su argumentación básica:

«Este Real Decreto se aprobó con el objetivo de incorporar al Ordenamiento español la Directiva 2004/38 / CE de 29 de abril de 2004 (...) la directiva comunitaria que ahora glosamos considera miembros de la familia del ciudadano de la Unión, entre otros, a "los ascendientes directos a cargo" del ciudadano de la Unión (...) habiendo interpretado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ese concepto jurídico indeterminado (miembro de la familia "a cargo")...

Y cita en concreto dos sentencias del TJUE, de 19 de octubre de 2004, asunto C-200/02 y la STJUE de 9 de enero de 2007, asunto C-1/05, transcribiendo parcialmente el contenido de esta última. Continúa desarrollando este extremo:

«[estar] a su cargo» significa que los miembros de la familia de un ciudadano comunitario, establecido en otro Estado miembro al amparo del artículo 43 CE, necesitan el apoyo material de este ciudadano o de su cónyuge para subvenir a sus necesidades básicas en el Estado de origen o de procedencia de dichos miembros de la familia en el momento en que éstos solicitan establecerse con ese ciudadano" Interesa resaltar este dato, porque del mismo fluye con evidencia la conclusión apuntada de que la posibilidad de reagrupación de ascendientes abierta por la Directiva 2004/38 tantas veces mencionada no es incondicionada ni automática, es decir, no viene dada por el solo hecho de la relación de parentesco (...) no se nos oculta que a tenor de cuanto acabamos de apuntar surge una duda a la hora de proyectar su aplicación al caso que ahora resolvemos, cual es que dicha Directiva se refiere a los ciudadanos de la Unión que se desplazan a otro Estado de la Unión distinto de aquel del que son nacionales, mientras que en el presente caso

consideramos un supuesto distinto, en cuanto concerniente a un extranjero que ha obtenido la nacionalidad española, que sigue residiendo en España (no se ha desplazado por ende a otro estado de la Unión Europea), y que desea reagrupar con él en España a sus ascendientes extranjeros (nacionales del país de origen del reagrupante). Dicho sea de otro modo, no hay en el presente recurso ningún tercer Estado de la Unión implicado en la reagrupación, por lo que, desde esta perspectiva, pudiera decirse que la Directiva 2004/38/CE no resulta de aplicación al caso, habida cuenta que su finalidad y ámbito de aplicación es otro, y en ella no se contempla la situación de los nacionales de un Estado que residen en ese mismo Estado y desean ejercer desde él el derecho a la reagrupación de sus familiares. Más aún, a tenor de esta constatación inicial, apurando dialécticamente el planteamiento, la duda apuntada parece -en principio- extenderse asimismo al Real Decreto 240/2007, que, como proclama su preámbulo y ya hemos resaltado, tuvo por objeto incorporar al Ordenamiento español esa Directiva (cuya aplicación a este caso resulta al menos forzada), y en su redacción original no previó la inclusión de casos como el ahora analizado dentro de su ámbito de regulación».

Cierto es que, tras la interpretación analógica de la Directiva y vigente el antiguo artículo 7 que no exigía requisito alguno al ciudadano de la Unión, por lo que la asimilación era posible al nacional español que no ejercitaba su libertad de circulación también expresó que:

«desde el punto de vista del Derecho interno español, aquí las dudas se disipan definitivamente, desde el momento que tras la sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010, y atendiendo a la redacción de los preceptos del RD 240/2007 resultante de dicha sentencia, sólo cabe concluir que a falta de una norma específica sobre este peculiar ámbito (que no la hay), dicho Real Decreto ha pasado a regular también el caso aquí examinado, de reagrupación de ascendientes extranjeros por españoles nacionalizados residentes en España; dado que a tenor de lo dispuesto en el artículo 2 en la redacción derivada de la sentencia, el régimen jurídico contemplado en esta norma es de aplicación, sin distinciones entre españoles y miembros de otros estados de la Unión, a -sic- "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:...d) a sus ascendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada que vivan a su cargo..."».

En esas circunstancias y con la normativa entonces vigente, la Administración asumió la asimilación, constatándolo la propia Sentencia mencionada:

«Que esto es, efectivamente, así, lo ha asumido con carácter general la misma Administración española, cuya Dirección General de Inmigración, a la vista de la sentencia de 1 de junio de 2010, aprobó con fecha 4 de noviembre de 2010 la Instrucción DGI/SGRJ/03/2010, que comienza reconociendo y constatando que dicha sentencia determina, entre otros extremos, "la aplicación del régimen comunitario de extranjería a los ascendientes de ciudadano español o de su cónyuge o pareja registrada"; añadiendo más adelante que "a partir de la sentencia, los ascendientes directos de ciudadano español, así como los de su cónyuge o pareja registrada, que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 2 del Real Decreto 240/2007, serán beneficiarios del régimen comunitario de extranjería"».

En este contexto llegamos a la Sentencia invocada por la Abogacía del Estado la **Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 3ª, 27-4-2012, rec. 6769/2010**. En ella se mantiene esta interpretación analógica respecto de los requisitos del artículo 2 (para la extensión a los familiares: cónyuge sin más, ascendientes y descendientes a su cargo) porque es más favorable al familiar este régimen que el de la Ley de extranjería. Y ello no suponía entonces problema alguno pues la transposición de la Directiva en la versión original del Real Decreto 240/2007 EDL 2007/5201, era muy beneficiosa para todos los ciudadanos comunitarios y sus familiares.

SEXO: Es con posterioridad a esta sentencia que el panorama normativo, hasta el momento pacífico, se modifica drásticamente como consecuencia de la nueva redacción el artículo 7 del Real Decreto 240/2007 que efectúa el Real **Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril**. Real Decreto Ley que se dicta, como su título indica, para *“garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones”*.

El nuevo precepto traspone el resto del artículo 7 de la Directiva, de tal forma que, a partir de él, los ciudadanos de la UE y sus familiares (tanto comunitarios como extracomunitarios) no podrán obtener el derecho a residir en España sin ingresos suficientes para no ser una carga para la asistencia social del Estado Español. Derecho a residir que el español tiene reconocido en la Constitución, artículo 19. La interpretación que la Administración hace de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sobrevenida con posterioridad la nueva redacción del artículo 7 del RD, conlleva que un español no puede

reagrupar a sus familiares no españoles, cónyuge e hijos menores, aplicándoles las limitaciones que el artículo 7 de la Directiva prevé para ciudadanos de la Unión Europea distintos del Estado de acogida.

En primer lugar, el propio Preámbulo del Real Decreto Ley 16/2012 daba una explicación a la reforma:

*«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 sobre el Espacio Económico Europeo no ha transpuesto el artículo 7 de la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, en sus términos literales. Esta circunstancia ha supuesto, y seguirá suponiendo si no se modifica, un grave perjuicio económico para España, especialmente en cuanto a la **imposibilidad de garantizar los retornos de los gastos ocasionados por la prestación de servicios sanitarios y sociales a ciudadanos europeos**».*

No se extiende este problema a los españoles residentes en su país natal, como es el caso.

En segundo lugar, la literalidad del artículo 7 del Real Decreto 240/2007 también se erigen como un obstáculo a dicha interpretación pues parte de regular el derecho de residencia en España del ciudadano de la Unión Europea, derecho que para él no es absoluto y que puede ser sometido a restricciones, a diferencia del derecho de residencia del español, que consagra y reconoce el artículo 19 de la Constitución: *«Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional»*. Reconocimiento que no llama a ningún condicionamiento legal, como sí sucede en el supuesto de entrada y salida del territorio nacional. Si se da lectura al propio precepto debatido, el artículo 7 del RD delimita el ámbito de exigencia referido al derecho de residencia de quien, en principio, no lo tiene si no cumple con determinados requisitos:

*«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** (...)»*

Obviamente, el derecho de residencia del español reconocido constitucionalmente no puede ser sometido a condicionamiento por un Real Decreto y, por tanto, los requisitos que a continuación establece no pueden ser exigidos al ciudadano español.

En tercer lugar, el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (por todas, ver **STJUE, 15-11-2011, c-256/11, Murat**), Rotundamente excluye de la Directiva 2004 a los familiares de un nacional que no ha ejercitado el derecho de libre circulación, desplazando en este caso el problema al art. 7 y 8 del CEDH si se prevén restricciones específicas en el ámbito interno, en cuanto podría afectar al derecho fundamental a la vida familiar del nacional.

*«las Directivas 2003/86 y 2004/38 no son aplicables a los nacionales de terceros Estados que solicitan un derecho de residencia para reunirse con **ciudadanos de la Unión** miembros de su familia que nunca han ejercido su derecho de libre circulación y siempre han residido en el Estado miembro cuya nacionalidad poseen». (...) «En su calidad de **nacionales de un Estado miembro**, los miembros de las familias de los demandantes en los litigios principales gozan del estatuto de **ciudadano de la Unión en virtud del artículo 20 TFUE**, apartado 1, y, por lo tanto, pueden invocar, también frente al Estado miembro cuya nacionalidad poseen, los derechos correspondientes a tal estatuto» (...)*

Y tras reconocer que éste no es un derecho absoluto y que un Estado miembro puede limitarlo, recuerda que:

*«Ello no prejuzga ciertamente la cuestión de si existen otros fundamentos, en especial relacionados con el derecho a la **protección de la vida familiar**, que se oponen a que se deniegue al derecho de residencia. Esa cuestión, sin embargo, debe tratarse en el marco de las disposiciones referidas a la **protección de los derechos fundamentales y en función de su aplicabilidad respectiva**». (...) si «la situación de los demandantes en éstos está regida por el Derecho de la Unión, deberá examinar si la denegación del derecho de residencia de éstos vulnera el derecho al respeto de la vida privada y familiar previsto en el artículo 7 de la Carta. Si considerase, en cambio, que esa situación no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, deberá realizar ese examen a la luz del artículo 8, apartado 1, del CEDH».*

Conforme se deduce de la **STUE 18-12-2015, C-202/13, McCarthy**, el extranjero de un tercer Estado, familiar de un ciudadano de la Unión, tiene un derecho derivado del de éste. Como se indica en la misma, *«los derechos conferidos por esa Directiva a los miembros de la familia de un beneficiario de ésta no son derechos propios de esos*

miembros sino derechos derivados, adquiridos en su condición de miembros de la familia del beneficiario».

Por su parte, reitera esta que la Directiva 2004/38 no es aplicable nacional que reside en su país, tal y como se deriva del art. 3.1 de la Directiva, pues conforme a dicho precepto se aplica a *«cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad».*

El artículo 20 del TFUE contempla el estatuto del ciudadano de la Unión invocable en el interior de su propio Estado y se opone a medidas que tengan por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos derivados de dicho estatuto.

Por tanto, al ser el del ciudadano del tercer estado un derecho derivado, necesita un derecho originario del familiar ciudadano de la Unión. Lo que implica que, al ciudadano del tercer estado se le exigirán los requisitos que el RD contempla para él (básicamente en el artículo 2) y al titular del derecho originario, los que para él se precisen. De modo que si el titular de este derecho originario lo es de otro Estado de la Unión que ejerce su libertad de circulación (beneficiario de la Directiva conforme al artículo 3.1 de la misma), deben concurrir en éste los requisitos que contempla la Directiva al amparo de su artículo 7 y que traspuso el artículo 7 de nuestro RD. Pero si es nacional del Estado en que reside (español en España), no se le exigen requisitos para residir en su propio país.

Volviendo a la normativa generadora de la situación actual, con la regulación introducida en abril de 2012, el legislador perdió la oportunidad de establecer, si así lo consideraba, un régimen específico para los familiares de españoles a los que se extendía (por aplicación directa o analógica) la aplicación del RD 240/2007, obviamente sin imponer más restricciones que al resto de ciudadanos europeos y asimilados, régimen que no cabe cubrir a través de requisitos exigidos al propio español para residir en España.

Nótese que el Tribunal Supremo, en los casos en que analiza el artículo 2 para ascendientes y descendientes a los que se les exige vivan “a cargo” del reagrupante, tras analizar este requisito conforme a la jurisprudencia del TJUE, pasa a dilucidar la afectación del derecho fundamental a la protección de la vida familiar, tomando muy en consideración el grado de parentesco y el grado de voluntariedad en la situación creada, entre otras.

Por todo ello, la Sala concluye que los requisitos del artículo 7 del Real Decreto 240/2007, trasposición del artículo 7 de la Directiva 2004/38, no pueden ser exigidos a la

ciudadana española (quien reside en España junto con su cónyuge extranjero y su hija menor de edad) para residir en su país, al no estar sometidos los nacionales españoles a requisito alguno para residir en España. Y a su cónyuge sólo se le exigirán los requisitos específicamente previstos para él. De ahí la desestimación del recurso de apelación.””

CUARTO.- Y en este supuesto ahora enjuiciado debe ser aplicada la anterior fundamentación jurídica, y se le debe como hija a cargo de ciudadana de la Unión Europea, de nacionalidad española, considerar que reúne los requisitos desde el criterio de la anterior Sentencia transcrita se debe dictar una Sentencia estimatoria asimismo, y conlleva la anulación de la resolución administrativa recurrida y el reconocimiento del derecho del actor a la obtención de la tarjeta de residencia solicitada.

QUINTO.- Conforme al artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional, han de imponerse las costas a la Administración demandada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por doña contra la Resolución de 3 agosto de 2016 del Subdelegado del Gobierno en Bizkaia por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto por el mencionada contra la Resolución que le deniega la solicitud de tarjeta de residencia temporal de familiar de ciudadano de la Unión Europea solicitada, acto administrativo que se anula, reconociendo el derecho de la recurrente a la obtención de la tarjeta de residencia solicitada. Se condena en costas a la Administración demandada.

MODO DE IMPUGNAR ESTA RESOLUCIÓN: mediante RECURSO DE APELACIÓN EN AMBOS EFECTOS , por escrito presentado en este Juzgado en el plazo de QUINCE DÍAS, contados desde el siguiente a su notificación (artículo 81.1 de la LJCA), y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 391700000031316, de un **depósito de 50 euros**, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se

trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

Así por esta mi Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el/la Ilmo/a. Sr/a. MAGISTRADO que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

Lo anteriormente reproducido concuerda bien y fielmente con el original a que me remito. Y para que así conste, libro el presente en BILBAO (BIZKAIA), a veinticinco de noviembre de dos mil dieciséis.

