

SENTENCIA Nº 154/2017

En BILBAO (BIZKAIA), a 5 de junio de dos mil diecisiete.

Vistos por la Ilma. Sra. D^a ALEJANDRA FRIAS LOPEZ, MAGISTRADA del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de BILBAO (BIZKAIA) los presentes autos de Procedimiento Abreviado nº 416/2016 instados por el Letrado DON GAIZKA GARZON BOLADO, actuando en nombre y representación de DOÑA [REDACTED] siendo parte demandada la Administración General del Estado, representada por LA ABOGACÍA DEL ESTADO, sobre EXTRANJERÍA, siendo la cuantía del presente recurso indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte actora se presentó demanda Contencioso-Administrativa contra la Resolución de fecha 21 de octubre de 2016, del Subdelegado del Gobierno en Bizkaia.

Admitida a trámite la demanda por las reglas del art. 78 y ss de la LJCA, reclamándose el expediente administrativo al órgano de que dimana la resolución recurrida y señalándose día y hora para la celebración del juicio.

SEGUNDO.- Tras los oportunos trámites procesales, se citó a las partes a la vista señalada para el día 30 de mayo de 2017, la cual se celebró con la comparecencia de ambas partes, con el resultado que consta en el acta de juicio, quedando los autos conclusos y a la vista para dictar sentencia.

TERCERO.- En la sustanciación de las presentes actuaciones se han observado los preceptos y prescripciones legales en vigor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso contencioso administrativo la Resolución de fecha 21 de octubre de 2016, del Subdelegado del Gobierno en Bizkaia, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de la Oficina de Extranjería en Bizkaia, de fecha 5 de agosto de 2016, denegatoria de la solicitud de Tarjeta de Residencia Permanente de Familiar de Ciudadano de la Unión, solicitada por la actora,

en su condición de cónyuge de ciudadano español.

SEGUNDO.- Funda la recurrente su pretensión anulatoria de la resolución recurrida, básicamente, en la concurrencia de los requisitos establecidos en la normativa de aplicación para la concesión de la Tarjeta de Residencia Permanente de Familiar de Ciudadano de la Unión.

Por su parte, la Administración demandada, oponiéndose a la demanda, solicita la desestimación del recurso interpuesto por entender que la actuación impugnada es plenamente ajustada a Derecho.

TERCERO.- No puede prescindirse del hecho de que en relación con las tarjetas de residencia en régimen comunitario, rige una normativa especial, cual es 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, de aplicación preferente.

En el caso de autos, consta en el expediente que concurren dos circunstancias en base a las cuales se deniega la citada tarjeta de residencia de familiar de la UE.

En primer lugar, por no haberse acreditado la disponibilidad de recursos económicos, tal cual exige el art. 7.2 del RD 240/2007 y, en segundo término, por entender la Administración que concurre la circunstancia prevista en el art. 15.1.b) del RD 240/2007.

CUARTO.- Para la adecuada resolución del litigio, y con carácter previo a las circunstancias concretas del caso de autos, debe traerse a colación el tenor literal de la normativa aplicada.

Señala el art. 7 del RD 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, en su redacción dada la disposición final 5 del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, que:

"Artículo 7. Residencia superior a tres meses de ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

1. 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:

a) Es un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en España, o

b) Dispone, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España, o

c) Está matriculado en un centro público o privado, reconocido o financiado por la administración educativa competente con arreglo a la legislación aplicable, con la finalidad principal de cursar estudios, inclusive de formación profesional; y cuenta con un seguro de enfermedad que cubre todos los riesgos en España y garantiza a la autoridad nacional competente, mediante una declaración o por cualquier otro medio equivalente de su elección, que posee recursos suficientes para sí y los miembros de su familia para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado español durante su período de residencia, o

d) Es un miembro de la familia que acompaña a un ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o va a reunirse con él, y que cumple las condiciones contempladas en las letras a), b) o c).

2. El derecho de residencia establecido en el apartado 1 se ampliará a los miembros de la familia que no sean nacionales de un Estado miembro cuando acompañen al ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o se reúnan con él en el Estado español, siempre que dicho ciudadano cumpla las condiciones contempladas en las letras a), b) o c) de dicho apartado 1.

3. A los efectos de la letra a) del apartado 1, el ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que ya no ejerza ninguna actividad por cuenta ajena o por cuenta propia mantendrá la condición de trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en los siguientes casos:

a) Si sufre una incapacidad temporal resultante de una enfermedad o accidente;

Migracondelabos.es

b) Si, habiendo quedado en paro involuntario debidamente acreditado, tras haber estado empleado durante más de un año, se ha inscrito en el servicio de empleo competente con el fin de encontrar un trabajo;

c) Si, habiendo quedado en paro involuntario debidamente acreditado tras concluir un contrato de trabajo de duración determinada inferior a un año o habiendo quedado en paro involuntario durante los primeros doce meses, se ha inscrito en el servicio de empleo competente con el fin de encontrar un trabajo. En este caso, la condición de trabajador se mantendrá durante un período que no podrá ser inferior a seis meses;

d) Si sigue una formación profesional. Salvo que se encuentre en situación de paro involuntario, el mantenimiento de la condición de trabajador exigirá que la formación guarde relación con el empleo previo.

4. No obstante lo dispuesto en la letra d) del apartado 1 y en el apartado 2, únicamente el cónyuge o persona a la que se refiere el apartado b) del artículo 2 y los hijos a cargo tendrán el derecho de residencia como miembros de la familia de un ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que cumple los requisitos de la letra c) del apartado 1 anterior.

5. Los nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo estarán obligados a solicitar personalmente ante la oficina de extranjeros de la provincia donde pretendan permanecer o fijar su residencia o, en su defecto, ante la Comisaría de Policía correspondiente, su inscripción en el Registro Central de Extranjeros. Dicha solicitud deberá presentarse en el plazo de tres meses contados desde la fecha de entrada en España, siéndole expedido de forma inmediata un certificado de registro en el que constará el nombre, nacionalidad y domicilio de la persona registrada, su número de identidad de extranjero, y la fecha de registro.

6. Junto a la solicitud de inscripción, deberá presentarse el pasaporte o documento nacional de identidad válido y en vigor del solicitante, así como la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos exigibles para la inscripción establecidos en este artículo. En el supuesto de que el pasaporte o el documento nacional de identidad estén caducados, deberá aportarse copia de éstos y de la solicitud de renovación.

7. En lo que se refiere a medios económicos suficientes, no podrá establecerse un importe fijo, sino que habrá de tenerse en cuenta la situación personal de los nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. En cualquier caso, dicho importe no superará el nivel de recursos por debajo del cual se concede asistencia social a los españoles o el importe de la pensión mínima de Seguridad Social."

Conforme al art 15 del RD 240/2007, de 16 de febrero, ubicado sistemáticamente dentro del Capítulo VI, "Limitaciones por razones de orden público, seguridad pública y salud pública", (en su redacción dada por el apartado 2 por el art. Único 5 del Real Decreto 1710/2011, de 18 de noviembre):

"Artículo 15. Medidas por razones de orden público, seguridad y salud pública.

1. Cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, se podrá adoptar alguna de las medidas siguientes en relación con los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o con los miembros de su familia:

a) Impedir la entrada en España, aunque los interesados presenten la documentación prevista en el artículo 4 del presente real decreto.

b) Denegar la inscripción en el Registro Central de Extranjeros, o la expedición o renovación de las tarjetas de residencia previstas en el presente real decreto.

c) Ordenar la expulsión o devolución del territorio español.

Únicamente podrá adoptarse una decisión de expulsión respecto a ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o a miembros de su familia, con independencia de su nacionalidad, que hayan adquirido el derecho de residencia permanente en España, si existen motivos graves de orden público o seguridad pública. Asimismo, antes de adoptarse una decisión en ese sentido, se tendrán en cuenta la duración de la residencia e integración social y cultural del interesado en España, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, y la importancia de los vínculos con su país de origen.

2. Aquellas personas que hayan sido objeto de una decisión de prohibición de entrada en España podrán presentar una solicitud de levantamiento de la misma en un plazo razonable que será determinado por la Autoridad competente en función de las circunstancias concurrentes y que constará en la resolución por la que se determine la prohibición de entrada. La solicitud de levantamiento de la prohibición de entrada se realizará con alegación de los motivos que demuestren un cambio material de las circunstancias que justificaron la prohibición de entrada en España. En todo caso, dicha solicitud podrá ser presentada transcurridos tres años desde la ejecución de la decisión de prohibición de entrada en España.

La Autoridad competente que resolvió dicha prohibición de entrada deberá resolver dicha solicitud en un plazo máximo de tres meses a partir de su presentación.

Durante el tiempo en el que dicha solicitud es examinada, el afectado no podrá entrar en España.

3. La continuidad de la residencia referida en el presente real decreto se verá interrumpida por cualquier resolución de expulsión ejecutada válidamente contra el interesado.

4. En los casos en los que una resolución de expulsión vaya a ejecutarse más de dos años después de haberse dictado, las autoridades competentes deberán comprobar y valorar posibles cambios de circunstancias que pudieran haberse producido desde el momento en el que se adoptó la decisión de expulsión, así como la realidad de la amenaza que el interesado representa para el orden público o la seguridad pública.

5. La adopción de una de las medidas previstas en los apartados anteriores 1 a 4 se atenderá a los siguientes criterios:

a) Habrá de ser adoptada con arreglo a la legislación reguladora del orden público y la seguridad pública y a las disposiciones reglamentarias vigentes en la materia.

b) Podrá ser revocada de oficio o a instancia de parte cuando dejen de subsistir las razones que motivaron su adopción.

c) No podrá ser adoptada con fines económicos.

d) Cuando se adopte por razones de orden público o de seguridad pública, deberán estar fundadas exclusivamente en la conducta personal de quien sea objeto de aquéllas, que, en todo caso, deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, y que será valorada, por el órgano competente para resolver, en base a los informes de las Autoridades policiales, fiscales o judiciales que obren en el expediente. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá, por sí sola, razón para adoptar dichas medidas.

6. No podrá adoptarse una decisión de expulsión o repatriación respecto a ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, salvo si existen motivos imperiosos de seguridad pública, en los siguientes casos:

a) Si hubiera residido en España durante los diez años anteriores, o:

b) Si fuera menor de edad, salvo si la repatriación es conforme al interés superior del menor, no teniendo dicha repatriación, en ningún caso, carácter sancionador.

7. La caducidad del documento de identidad o del pasaporte con el que el interesado efectuara su entrada en España, o, en su caso, de la tarjeta de residencia, no podrá ser causa de expulsión.

8. El incumplimiento de la obligación de solicitar la tarjeta de residencia o del certificado de registro conllevará la aplicación de las sanciones pecuniarias que, en idénticos términos y para supuestos similares, se establezca para los ciudadanos españoles en relación con el Documento Nacional de Identidad.

9. Las únicas dolencias o enfermedades que pueden justificar la adopción de alguna de las medidas del apartado 1 del presente artículo serán las enfermedades con potencial epidémico, como se definen en los instrumentos correspondientes de la Organización Mundial de la Salud, así como otras enfermedades infecciosas o parasitarias contagiosas, de conformidad con la legislación española vigente.

Las enfermedades que sobrevengan tras los tres primeros meses siguientes a la fecha de llegada del interesado, no podrán justificar la expulsión de territorio español.

En los casos individuales en los que existan indicios graves que lo justifiquen, podrá someterse a la persona incluida en el ámbito de aplicación del presente real decreto, en los tres meses siguientes a la fecha de su llegada a España, a un reconocimiento médico gratuito para que se certifique que no padece ninguna de las enfermedades mencionadas en este apartado. Dichos reconocimientos médicos no podrán exigirse con carácter sistemático."

QUINTO.- Expuesta la normativa aplicable al caso de autos, procede a continuación **exponer la interpretación que de la misma viene haciendo, de forma reiterada, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, por ejemplo, en la Sentencia 44/2017, de 3 de febrero, dictada en el Recurso de Apelación 398/2016:**

"FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El presente recurso de apelación se vuelve contra la Sentencia de 2 de Febrero de 2.016, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Bilbao, en el R .C- A nº 110/2.015, desestimatoria del recurso contencioso administrativo interpuesto contra resolución de la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia de 16 de Abril de 2015, desestimatoria del recurso interpuesto contra la de 2 de Marzo de 2015 denegatoria de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea.

El recurrente en la instancia, nacional de Nigeria, solicitó la tarjeta de residencia permanente de familiar de ciudadano de la Unión Europea alegando su relación de pareja de hecho registrada con ciudadana española, lo que le fue denegado por la resolución mencionada, con fundamento en el artículo 7.2 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 los Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (en adelante, R.D 240/2007), por no disponer para sí y los miembros de su familia de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social española, resolución que fue confirmada en reposición por la de 16 de abril de 2015.

Contra dicha resolución interpuso recurso jurisdiccional, que fue desestimado por la sentencia apelada, que apreciando la disparidad de criterios en diferentes Tribunales de este orden y el criterio de la oficina de Defensor del Pueblo, se atuvo no obstante al expresado por Sentencia de esa Sala de 21 de Julio de 2.015, del que dedujo la consecuencia desestimatoria.

Frente a ella se contraponen tanto el punto de vista, extensamente descrito, de la Sentencia del Juzgado de Donostia-San Sebastián aportada en copia en la primer instancia, como del reflejado en una Sentencia más reciente de esta misma Sala, (Sección 3ª), de 9 de Febrero de 2.016, de la que adjunta una copia simple, -f. 14 a 20 de este ramo-.

A juicio del apelante, acreditado el vínculo y la convivencia con nacional española, no resultará aplicable el artículo 7º.2 del R.D 240/2007, referido al supuesto en que el ciudadano comunitario haya hecho ejercicio del derecho a la libre circulación pro el espacio UE, lo que no es del caso. Se insiste en todo caso en que no se ha acreditado de contrario que el solicitante haya supuesto una carga para los servicios sociales en España durante el periodo de residencia previa sin ser él ni su cónyuge perceptores actuales ni pasados de la RGI.

La oposición de la Abogacía del Estado, -f. 30 a 35 de este ramo-, además de destacar la ausencia de crítica a la Sentencia de instancia, comparte los fundamentos del Juzgado "a quo" con cita de Sentencia de este mismo y de otros Tribunales de este Orden con transcripción de los preceptos de aplicación del Real Decreto 240/2007 y de la Directiva 2004/38/CE, de 29 de Abril, que le llevarían a esa conclusión.

SEGUNDO.- El problema de la falta de crítica a la Sentencia apelada no puede exacerbarse en supuestos como el presente en que la resolución de la primera instancia ha fundado su pronunciamiento desestimatorio en el acogimiento y transcripción de Sentencias de Tribunales de orden superior y en que la apelación se va a fundamentar precisamente en contraponer a ellas otras de significado adverso, pues siendo regla de oro de la segunda instancia que no pueden plantearse cuestiones ni fundamentos distintos que en la primera, -principio de doble grado (artículo 456.1 LEC) -, la impugnación de sentencias que se sustentan en meras referencias jurisprudenciales o precedentes, -y más si revelan explícitamente el carácter dudoso del supuesto-, no permitirá en ocasiones otro cauce para el ataque que el empleo de otros precedentes verticales que puedan justificar una perspectiva dispar en el órgano judicial de la alzada.

Dicho esto, la cuestión debatida, es la de si, pese a que la disposición de recursos económicos es requisito para la autorización de residencia de los familiares de ciudadanos de la UE, a tenor de lo dispuesto por el R.D

240/2007, también lo es para los familiares de españoles ciudadanos de terceros Estados.

En esta Sala, a través de sus Secciones 2ª y 3ª, más habitualmente concededoras de la materia, se ha consolidado el criterio negativo que vamos a extraer de la Sentencia de la Sección Segunda de 4 de mayo de 2016 (ROJ: STSJ PV 1480/2016) recaída en Recurso de Apelación nº 566/2015, que brinda la siguiente motivada respuesta que vamos a hacer nuestra:

"La sentencia de esta Sala 156/2016, de 13 de abril (Recurso de apelación nº 668/2015), examina dicha cuestión y concluye:

1) que a los familiares de españoles que no han ejercido el derecho a la libre circulación, ciudadanos de terceros Estados, les es de aplicación el RD 240/2007 de acuerdo con la doctrina jurisprudencial (SSTS de 1 de junio de 2010 - Rec.114/2007-, de 20 de octubre de 2011 - Rec.1470/2009 - y 25 de febrero de 2016 - Rec.2827/2005 -) conforme a la cual las previsiones del RD 240/2007 son aplicables a los ciudadanos de terceros países familiares de españoles. Así lo expresa la STS de 20 de octubre de 2011:

"Y desde luego, 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...".

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" ."

2) que pese a ello, el requisito de que la ciudadana española disponga de recursos económicos para atender las necesidades de su cónyuge, ciudadano de un Estado tercero, para que tenga derecho de residencia en España al amparo del art. 8 del RD 240/2007, ha de ser flexibilizado si su exigencia impide la vida íntima y familiar de los cónyuges, toda vez que la ciudadana española, como ciudadana de la UE tiene derecho a la vida íntima y familiar de acuerdo con los arts. 7 de la Carta Europea de los derechos fundamentales de la persona y con el art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los derechos fundamentales.

Para una mejor comprensión de dichas conclusiones procede reproducir el tenor literal de dicha sentencia:

"QUINTO.- Relevancia de que el apelante esté casado con ciudadana española y sea padre de dos menores españoles, residentes en España.

Al responder al recurso de apelación, debemos partir de tener presente que la resolución recurrida en la instancia, de 7 de agosto de 2014 del Jefe de la Oficina de Extranjería de la Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa, denegó la solicitud presentada el 14 de mayo de 2014, por quien hoy es apelante, de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea, al amparo del Real Decreto 240/2007, denegación que se justificó en aplicación del art. 7 del mismo, al partir de que requisito para acceder a la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión era la existencia, en la unidad familiar, de un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en España o bien la disposición de recursos económicos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España durante el periodo de residencia , así como seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos, lo que se dijo era un hecho que no se cumplía con la solicitud.

También debemos recordar, como datos que refleja el expediente, que con la solicitud de tarjeta de residencia de

familiar de ciudadano de la Unión Europea se aportó acreditación del matrimonio con ciudadana española, constando la inscripción en el Registro Civil de Bilbao, aportando copia del DNI de la esposa, así como certificación de Lanbide en la que se refleja que la unidad convivencial estaba formada por los esposos y por dos hijos menores, siendo perceptores de un importe de 1.125,19 euros/mes; también se aportó volante de convivencia del Ayuntamiento de Bergara, que refleja la residencia en domicilio de dicha localidad de los esposos y de los hijos menores de edad, nacidos, respectivamente, el NUM001de 2012 y el NUM002de 2013.

El Jefe de la Oficina de Extranjería el 27 de junio de 2014, al considerar que existían indicios de existencia de presunta irregularidad en el matrimonio, solicitó a la Comisaría Provincial emisión de informe, informe que se elaboró en fecha 22 de julio de 2014, que concluyó, con los datos que trasladaba y las investigaciones realizadas, que no se encontraba irregularidad alguna, dándose validez al matrimonio.

También se requirió al solicitante que acreditara la existencia de recursos económicos en la unidad familiar, aportándose nuevamente certificación de Lanbide, en este caso de fecha 8 de julio de 2014, que trasladó que la unidad convivencial formada por el solicitante, esposa e hijos era perceptora en concepto de Renta de Garantía de Ingresos de 875,19 euros/mes y por prestación complementaria de vivienda de 250 euros, por ello, los 1.125,19 euros acreditados con la certificación aportada con la solicitud de fecha 13 de mayo de 2014.

Tras ello recayó la resolución de 7 de agosto de 2014 que denegó la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión.

En relación con el contenido del expediente, estando a la solicitud y a la decisión recurrida, por los argumentos que vamos a trasladar la Sala tendrá que ratificar el pronunciamiento estimatorio de la sentencia apelada, para considerar relevante la circunstancia acreditada de que la esposa del demandante era española de origen, además de convivir con ella en España y tener dos hijos menores de edad, nacidos en España, de madre española y, por ello, españoles.

La Sala tiene que ratificar que a un supuesto como el presente no se le puede exigir, en los términos que hizo la Administración, los requisitos de naturaleza económica

referidos en el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, en relación con las previsiones en él recogidas en el art. 7, estando a la modificación según la Disposición Final 5ª del Real Decreto Ley 216/2012, de 20 de abril.

En concreto lo que se desprende del art. 7.2 en relación al derecho de residencia de miembros de la familia de un nacional de la Unión Europea, en este caso la esposa del apelante, que no sean nacionales de un Estado miembro, en este caso el apelante nacional de Marruecos, que cuando acompañen al ciudadano de la Unión Europea va a exigir el cumplimiento, alternativo, de las condiciones contempladas en las letras a), b) o c) del apartado 1 del art. 7, en lo que aquí interesa ser trabajador por cuenta ajena o cuenta propia en España o disponer para sí y los miembros de la familia de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España durante su periodo de residencia, así como un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España.

Ello dejando constancia que, en la estructura del Real Decreto 240/2007, como traslación de la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004, a los familiares de ciudadanos de la Unión Europea que no sean nacionales de un Estado miembro, cuando pretendan residir más de tres meses deben obtener la identificada como tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, dado para los nacionales de los países de la Unión Europea, cuando se desplazan fuera de su país del que son nacionales, y pretendan residir más de tres meses, se exige inscribirse en el registro correspondiente.

En relación con la aplicación de las pautas del Real Decreto 240/2007 y, por ello, de la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004, podemos concluir, por un lado, que no es dudosa su aplicación en relación con los nacionales españoles cuando se desplazan a otro país de la Unión Europea y, por ello, asimismo, en relación con sus familiares, no solo los que sean españoles, sino también, en su ámbito de aplicación, los nacionales de terceros países que les acompañen o se unan a ellos.

En segundo lugar, también es de aplicación directa, que tiene singular relevancia, al supuesto de que el ciudadano de la Unión regresa al Estado miembro del que es nacional, lo que con la singularidad que tiene, con el punto de partida haberse desplazado a un tercer Estado de la Unión, lo que se ratificó en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de 12 de marzo de 2014, recaída en el asunto C-456/2012.

Las dudas y el debate, como así ya se apreció por la sentencia apelada, se generan en relación con el supuesto de pretensiones sobre el derecho de residencia derivado en favor de los nacionales de terceros países, miembros de familia de un ciudadano de la Unión, cuando concurre que se está en el Estado miembro del que el ciudadano de la Unión es nacional.

Esta es la situación que se da en nuestro supuesto, dado que la esposa del apelante es española de origen y no consta que haya ejercitado el derecho de traslado a países terceros de la Unión Europea.

Y ello recordando que es reiterada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el sentido de que la interpretación literal, sistemática y teleológica de las disposiciones de la Directiva 2004/38 resulta que no pueden dar soporte a un derecho de residencia derivado en favor de los nacionales de terceros países miembros de la familia de un ciudadano de la Unión en el Estado miembro del que es nacional, como se concluyó, por todas, en la citada sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de marzo de 2014, apartado 37.

Tras recordar que el art. 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea no contiene ningún derecho autónomo a los nacionales de terceros países, en concreto en relación con el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, porque los eventuales derechos conferidos a dichos nacionales por las disposiciones del derecho de la Unión, relativas a la ciudadanía de la Unión, son derechos derivados del ejercicio de la libertad de circulación por parte de un ciudadano de la Unión, como se reiteró, con remisión a previos pronunciamientos, por la citada sentencia de 12 de marzo de 2014 , apartado 36.

Ello enlaza, asimismo, con la ratificación de las conclusiones alcanzadas en la sentencia de 5 de mayo de 2011 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala 3ª, asunto C-434/2009, asunto McCarthy, en el sentido de que, en virtud de un principio de derecho internacional, un Estado miembro no puede negar a sus propios nacionales el derecho a entrar en su territorio y a residir en él, por lo que se ratifica que la Directiva 2004/38 pretende únicamente regular los requisitos de entrada y residencia de un ciudadano de la Unión en Estados miembros distintos del de su nacionalidad , así se ratifica el apartado 29 de la citada sentencia del asunto McCarthy y se reitera en el

apartado 42 de la sentencia de 12 de marzo de 2014, asunto C-456/2012 , lo que lleva a ratificar, en el apartado 44 de dicha sentencia, que dicha directiva tampoco pretende conferir un derecho de residencia derivado a un nacional de un tercer estado, miembro de la familia de un ciudadano de la Unión que reside en el Estado miembro del que es nacional.

Con ese punto de partida la citada sentencia acaba concluyendo, a ello nos hemos referido, en aplicación de la directiva y en el supuesto de regreso del nacional de un Estado miembro de la Unión Europea al país del que es nacional, como derivación del derecho del nacional de la Unión Europea a desplazarse por los países de esta y ello reconociendo que la Directiva 2004/38 no contempla el supuesto de regreso, pero concluye en su aplicación por analogía.

Todo ello con fundamento en el derecho reconocido en el art. 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, al margen del control de las prácticas que puedan considerarse abusivas y reiterando que la tarjeta de residencia concedida en virtud del art. 10 de la Directiva 2004/38 tiene carácter declarativo y no constitutivo de derechos.

Junto a ello es importante tener presente que el Tribunal Supremo concluyó, así en la sentencia de 1 de junio de 2010, recaída en el recurso 114/2007 , que las previsiones del Real Decreto 240/2007 también son de aplicación a los ciudadanos de terceros países familiares de españoles, que es por lo que concluyó en la nulidad de varias expresiones de los arts. 2 , 3 , 4 , 9 y 18, así como la Disposición Final 3ª del Real Decreto 240/2007 , ésta en cuanto modificó el Reglamento de la Ley Orgánica de Extranjería aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, en cuanto introdujo, por un lado, una nueva Disposición Adicional 19ª , y por otro la Disposición Adicional 20ª, que reguló la normativa aplicable a miembros de la familia de ciudadanos español que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o un Estado parte en el acuerdo sobre espacio económico europeo, al partir, con la redacción originaria del Real Decreto 240/2007 , de que quedaban fuera de su ámbito familiares de españoles nacionales de terceros países, conclusión que se ha ratificado en pronunciamientos posteriores del Tribunal Supremo, singularmente al resolver recursos en relación con visado para reagrupación familiar, entre otras en la STS de 20 de octubre de 2011, recaída en el recurso de casación 1470/2009 , que en su FJ 7º razona como sigue:

"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.

Sin embargo, lo cierto es que aun cuando no existe una norma europea que proporcione reglas en casos como el que estudiamos en el presente recurso, no es menos cierto que la Directiva 2004/38 es el instrumento normativo europeo que por su finalidad y contenido más se acerca a los supuestos de dicha índole. Desde luego, mucho más que la Directiva 2003/86/CE de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar de que disponen los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros; por lo que a la hora de delimitar el Derecho aplicable a esta controversia, resulta legítimo acudir a esa Directiva, siquiera sea por vía de integración analógica.

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.

Y desde luego, 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...".

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 suma, este es el dato del que hemos de partir: la pretensión de reagrupación que ahora analizamos se ha de resolver de acuerdo con lo establecido en el RD 240/2007 de tanta cita, por lo que hemos de atender a sus previsiones, integradas con los principios y reglas dimanantes de la Directiva 2004/38".

Texto que complementa lo que en relación con él traslada el recurso de apelación de la Administración del Estado.

Ello se ha reiterado en varias sentencias del Tribunal Supremo, por todas y, entre las últimas, la de 25 de febrero de 2016, recaída en el recurso de casación 2827/2005.

En relación con el supuesto al que damos respuesta es oportuno trasladar las conclusiones plasmadas en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de 15 de noviembre de 2011, asunto C-256/2011, Dereci

y otros, por responder a un supuesto en el que los demandantes de los litigios principales eran nacionales de terceros países que solicitaron el derecho de residencia en un Estado miembro, con objeto de residir con miembros de su familiar, ciudadanos de la Unión que no habían ejercido su derecho a libre circulación en el territorio de los Estados miembros, sentencia en la que, tras responder en relación con la aplicabilidad de las Directivas 2003/86 y 2004/38, ratifica las conclusiones de pronunciamientos reiterados del Tribunal de que dichas directivas no son aplicables a los nacionales de terceros estados que solicitan un derecho de residencia para reunirse con ciudadanos de la Unión, miembros de la familia que nunca han ejercido su derecho de libre circulación y siempre han residido en el Estado miembro cuya nacionalidad poseen , que es lo que ocurre en nuestro supuesto en relación con la situación de la esposa, de nacionalidad española, del apelante.

La STJUE entra en consideraciones sobre la aplicabilidad de las disposiciones del Tratado relativas a la ciudadanía de la Unión, tras lo que razona como sigue:

"60. A este respecto, se ha de recordar que las normas del Tratado en materia de libre circulación de personas y los actos adoptados para la ejecución de éstas no pueden aplicarse a situaciones que no presenten ningún punto de conexión con alguna de las situaciones contempladas por el Derecho de la Unión y cuyos elementos pertinentes estén todos situados en el interior de un solo Estado miembro (véanse, en ese sentido, las sentencias de 1 de abril de 2008, *Gouvernement de la Communauté française y Gouvernement wallon*, C-212/06 , Rec. p. I-1683, apartado 33; *Metock* y otros, antes citada, apartado 77, y *McCarthy*, antes citada, apartado 45).

61. Sin embargo, la situación de un ciudadano de la Unión que, como cada uno de los ciudadanos miembros de la familia de los demandantes en los litigios principales, no ha ejercitado su derecho a la libre circulación no puede equipararse, sólo por esta razón, a una situación puramente interna (véanse las sentencias de 12 de julio de 2005, *Schempp*, C-403/03, Rec. p. I-6421, apartado 22, y *McCarthy*, antes citada, apartado 46).

62. En efecto, el Tribunal de Justicia ha señalado en diversas ocasiones que la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros (véase la sentencia *Ruiz Zambrano*, antes citada, apartado 41 y jurisprudencia citada).

63. 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, apartado 1, y, por lo tanto, pueden invocar, también frente al Estado miembro cuya nacionalidad poseen, los derechos correspondientes a tal estatuto (véase la sentencia McCarthy, antes citada, apartado 48).

64. Con ese fundamento, el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 20 TFUE se opone a medidas nacionales que tengan por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por ese estatuto (véase la sentencia Ruiz Zambrano, antes citada, apartado 42).

65. En efecto, en el asunto que dio lugar a dicha sentencia se planteaba la cuestión de si la negativa a conceder un permiso de residencia a una persona, nacional de un tercer Estado, en el Estado miembro en el que residían sus hijos de corta edad, nacionales de dicho Estado miembro, cuya manutención asumía, y la negativa a concederle un permiso de trabajo, tendrían tal efecto. El Tribunal de Justicia consideró en particular que tal denegación del permiso de residencia tendría como consecuencia que los mencionados menores, ciudadanos de la Unión, se verían obligados a abandonar el territorio de la Unión para acompañar a sus progenitores. En tales circunstancias, estos ciudadanos de la Unión se verían, de hecho, en la imposibilidad de ejercer el contenido esencial de los derechos que les confería su estatuto de ciudadanos de la Unión (véase la sentencia Ruiz Zambrano, antes citada, apartados 43 y 44).

66. De ello se deduce que el criterio relativo a la privación del contenido esencial de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión guarda relación con situaciones caracterizadas por la circunstancia de que el ciudadano de la Unión se vea obligado de hecho a abandonar no sólo el territorio del Estado miembro del que es nacional, sino también la Unión en su conjunto.

67. Ese criterio tiene, por tanto, un carácter muy específico, en el sentido de que se refiere a situaciones en las que, pese a no ser aplicable el Derecho secundario de la Unión en materia de derecho de residencia de los nacionales de terceros Estados, excepcionalmente no cabe denegar un derecho de residencia a un nacional de un tercer Estado, miembro de la familia de un nacional de un Estado miembro,

pues de hacerlo se vulneraría el efecto útil de la ciudadanía de la Unión de la que disfruta ese último nacional.

68. En consecuencia, el solo hecho de que a un nacional de un Estado miembro le pueda parecer deseable, por razones de orden económico o para mantener la unidad familiar en el territorio de la Unión, que miembros de su familia, que no tienen la nacionalidad de un Estado miembro, puedan residir con él en el territorio de la Unión no basta por sí mismo para considerar que el ciudadano de la Unión se vería obligado a abandonar el territorio de la Unión si ese derecho no fuera concedido.

69. 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".

A continuación incide en el respeto a la vida privada y familiar, en lo que se apoya la oposición al recurso de apelación del hoy apelante en los términos que hemos trasladado al FJ 4º, para razonar al respecto lo que sigue:

"Sobre el derecho al respeto de la vida privada y familiar

70. Conviene recordar con carácter previo que el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»), referido al derecho al respeto de la vida privada y familiar, contiene derechos equivalentes a los garantizados por el artículo 8, apartado 1, del CEDH, y que, por consiguiente, debe darse al artículo 7 de la Carta el mismo sentido y el mismo alcance que los conferidos al artículo 8, apartado 1, del CEDH, tal como lo interpreta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia de 5 de octubre de 2010, McB., C-400/10 PPU, Rec. p. I-0000, apartado 53).

71. No obstante, se ha de recordar que las disposiciones de la Carta, en virtud de su artículo 51, apartado 1, se dirigen a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. En virtud del apartado 2 de ese mismo artículo, la Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y

misiones definidas en los Tratados. Por tanto, el Tribunal de Justicia debe interpretar, a la luz de la Carta, el Derecho de la Unión dentro de los límites de las competencias atribuidas a ésta (véanse las sentencias McB., antes citada, apartado 51, y de 15 de septiembre de 2011, Gueye y Salmerón Sánchez, C-483/09 y C-1/10, Rec. p. I-0000, apartado 69).

72. Así pues, en el presente caso, si el tribunal remitente considerase, atendiendo a las circunstancias de los litigios principales, que 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.

73. En efecto, es preciso recordar que todos los Estados miembros son partes en el CEDH, que reconoce en su artículo 8 el derecho al respeto de la vida privada y familiar.

74. Habida cuenta de lo que antecede, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el Derecho de la Unión, -y en particular sus disposiciones sobre la ciudadanía de la Unión- debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un Estado miembro deniegue a un nacional de un tercer Estado la residencia en su territorio, cuando ese nacional pretende residir con un miembro de su familia, el cual es ciudadano de la Unión, reside en el referido Estado miembro -cuya nacionalidad posee- y no ha ejercido nunca su derecho de libre circulación, siempre que tal denegación no implique privar al mencionado ciudadano de la Unión del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión, extremo éste que corresponde comprobar al tribunal remitente".

Con ello debemos concluir que en este supuesto, en relación con la incidencia que tendría en el ámbito del respeto a la vida privada y familiar, dada la situación de cónyuge del apelante, ciudadana española residente en España, así como padre de dos menores de edad, nacionales españoles, conduce a ratificar el pronunciamiento estimatorio de la sentencia apelada.

Todo lleva al tener que excluir de relevancia, en este caso, los reparos que trasladó la Administración para acceder a lo solicitado, que no podemos desconocer era la regularización de la estancia del apelante, esposo de ciudadana española, residente en España, y padre de dos menores de edad, de nacionalidad española.

Por todo lo hasta aquí razonado, debemos ratificar el pronunciamiento estimatorio acordado por la sentencia apelada, dejando constancia de la singularidad del supuesto que se debate y la relevancia que tiene que el demandante, ahora apelado, ciudadano de un país tercero a la Unión Europea, sea cónyuge de una ciudadana española de origen, así como padre de dos menores de edad, también españoles, por lo que, y resolviendo en el ámbito en el que decidió la Administración la solicitud presentada ante ella, debemos ratificar las conclusiones alcanzadas por la sentencia apelada, y ello al margen de las restricciones que en su caso se puedan fijar por las autoridades de otros países miembros de la Unión Europea, y ello en el supuesto de que se ejercite el derecho de libre circulación por parte, en concreto, de la esposa del demandante, ciudadana española de la Unión Europea, que es lo que lleva a ratificar en este supuesto que las exigencias de índole económica que apreció la Administración en relación con lo regulado en el art. 7.2 del R.D. 240/2007, no puede considerarse aplicable a un supuesto como el presente, al que ahora se da respuesta, que implicaría exigirlo a un español, todo ello vinculado al marco normativo interno español, en relación con la exigencia de protección a la familia en los términos plasmados en el art. 39.1 de la Constitución, que enlaza con la regulación de derecho interno recogida singularmente en el Código Civil, en relación con los derechos de los cónyuges, así como en relación con los derechos de los hijos menores, al margen de la circunstancia de que éstos pudieran continuar en España conviviendo con su madre, también española".

TERCERO.- En el supuesto enjuiciado en esta apelación y dado que ni la Resoluciones administrativas ni la oposición de la representación de la AGE, brindan otros elementos que permitan diferenciar las situaciones en relación con esos precedentes -ya numerosos-, de esta y de otras Salas, se debe concluir en sentido estimatorio del recurso de apelación, siendo de tener en cuenta el postulado quantum appellatum tantum devolutum, que le impide al órgano de segunda instancia adoptar otras perspectivas o enfoques - Artículo 465.5 LEC -. En esa línea, el fundamento de matriz procedimental y burocrática que expone la AE en su Fundamento Tercero, de que el solicitante no hizo objeción

alguna a la aplicación del R.D 240/2007 al promover el expediente, no puede tenerse por comprobado ni decisivo, pues basta la lectura del folio 1 del expediente administrativo para verificar que, si bien la solicitud se formulaba en el modelo dispuesto para las de ese régimen, (lo que seguramente no dependía de la voluntad del solicitante) en la misma fecha de 20 de enero de 2.015 se acompañaba un escrito del propio interesado, -f. 3-, en que, con plena reserva, ya fundamentaba la inaplicabilidad del régimen de acreditación de medios económicos suficientes de dicho Real Decreto con alusiones a la doctrina de los órganos de lo C-A cuando se trataba de los nacionales españoles que viven dentro de su territorio.

Por ello, procederá revocar la sentencia de instancia y reconocer la situación jurídica pretendida en el litigio, sin hacer imposición de costas en ninguna de las dos instancias.

Ello porque, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 LJCA, no ha lugar a imponer las costas de la apelación dada la estimación del recurso, y en atención al apartado 1 de dicho precepto, porque tampoco procede imponer las costas de la instancia atendidas las serias dudas de derecho, habida cuenta de anteriores pronunciamientos de esta misma Sala en sentido contrario.

Vistos los artículos citados y demás preceptos de pertinente y general aplicación la Sala, (Sección Primera) dicta el siguiente

F A L L O

Estimar el presente recurso de apelación interpuesto por la representación de Feliciano contra Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Bilbao en el R.C-A nº 110/2015, contra Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia, de 16 de Abril de 2015, desestimatoria del recurso interpuesto contra la de 2 de Marzo de ese año, denegatoria de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea, y con revocación de la sentencia apelada, estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto y anulamos la resolución recurrida, **reconociendo el derecho del recurrente a la autorización de residencia permanente de familiar de ciudadana de la Unión Europea solicitada, sin imposición de costas en ninguna de las instancias.**"

SEXTO.- Aplicando al caso de autos el criterio seguido por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior

de Justicia del País Vasco, en la sentencia 44/2017, de 3 de febrero, (Recurso de Apelación 398/2016), anteriormente transcrita, basta la lectura de la misma, para admitir los argumentos recogidos en el escrito de demanda así como la estimación de la misma, al estar acreditado, folio 6 del expediente, que la actora contrajo matrimonio con un ciudadano de nacionalidad española el 17 de marzo de 2011, no estando por tanto su solicitud condicionada a la disposición de recursos económicos.

Por lo expuesto, considera esta Juzgadora que procede estimar el presente recurso Contencioso-administrativo.

SÉPTIMO.- La reforma operada en la Ley 29/1998 por la Ley 37/2011, aplicable al presente caso, introduce en la nueva redacción dada al artículo 139.1 de la LJCA la preceptiva imposición de costas atendiendo al vencimiento objetivo, al resolver por sentencia los recursos que se interpusieren a la parte que haya visto rechazadas sus pretensiones, salvo que aprecie, y así lo razone, que el caso presenta serias dudas de hecho o de derecho. Se imponen por ello en este caso las costas a la Administración demandada, si bien limitadas al importe máximo total, por todos los conceptos, de 200 euros.

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

F A L L O

PRIMERO.- Que debo estimar y estimo el recurso Contencioso-administrativo interpuesto por el Letrado DON GAIZKA GARZON BOLADO, actuando en nombre y representación de contra la Resolución de fecha 21 de octubre de 2016, del Subdelegado del Gobierno en Bizkaia, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de la Oficina de Extranjería en Bizkaia, de fecha 5 de agosto de 2016, denegatoria de la solicitud de Tarjeta de Residencia Permanente de Familiar de Ciudadano de la Unión, solicitada por la actora.

SEGUNDO.- Declaro la disconformidad a Derecho de la resolución impugnada y en consecuencia la anulo.

TERCERO.- Declaro el derecho de la demandante a obtener la tarjeta de residencia permanente de familiar de ciudadano de la Unión Europea.

CUARTO.- Con expresa condena en costas a la parte demandada, hasta un importe máximo total, por todos los conceptos, de 200 euros.

MODO DE IMPUGNAR ESTA RESOLUCIÓN: mediante RECURSO DE APELACIÓN, 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 4765, 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.

Miguelcandere@tos.es