



Roj: **STSJ CANT 275/2016 - ECLI: ES:TSJCANT:2016:275**

Id Cendoj: **39075330012016100119**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Santander**

Sección: **1**

Fecha: **11/02/2016**

Nº de Recurso: **199/2015**

Nº de Resolución: **50/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JOSE IGNACIO LOPEZ CARCAMO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA n° 00050/2016

ILMO. SR. PRESIDENTE

D. Rafael Losada Armada

ILMO/A. SR/A. MAGISTRADO/A

D. Jose Ignacio Lopez Carcamo

Dª Esther Castanedo Garcia

En Santander, a 11 de febrero de 2016.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria ha visto el presente Recurso de Apelación nº 199/2015, interpuesto por Dª Delia , representada por el Procurador D. Diego Francisco Diego Lavid y defendido por el Letrado D. Ignacio Arroyo Martínez, contra la **sentencia** dictada por el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo núm. Dos de Santander, con fecha 1 de julio de 2015 , siendo apelada la DELEGACION DEL GOBIERNO EN CANTABRIA, representada y defendida por la Abogacía del Estado.

Es Ponente el/la Ilmo. Sr. Magistrado D. Jose Ignacio Lopez Carcamo, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El recurso de apelación se interpuso el día 27 de julio de 2015, contra la **sentencia** de fecha 1 de julio, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. Dos de Santander en el Procedimiento Abreviado núm. 180/15, que desestimaba el recurso interpuesto, con imposición de costas a la recurrente.

SEGUNDO : Del recurso de apelación se dio traslado a la contraparte que formuló oposición al mismo y solicitó de la Sala su desestimación.

TERCERO: En fecha 25 de septiembre de 2015 se elevaron las actuaciones a esta Sala, señalándose para la votación y fallo el día 4 de noviembre de 2015, fecha en que se deliberó, votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La resolución impugnada en la primera instancia desestimó la solicitud de tarjeta de familiar comunitario a la demandante (aquí, apelante); por incumplimiento de los requisitos previstos en el art. 7.1 - cita las letras a) y b)-, al que remite el art. 7.2.del RD 240/2007 .

Dice así el art. 7.1:

"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:



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 (....)"

Y el art. 7.2 dispone:

"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", resolución que confirma la **sentencia** apelada, al desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la misma.

Por su parte, el art. 8.1 establece:

"1. Los miembros de la familia de un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo especificados en el artículo 2 del presente real decreto, que no ostenten la nacionalidad de uno de dichos Estados, cuando le acompañen o se reúnan con él, podrán residir en España por un período superior a tres meses, estando sujetos a la obligación de solicitar y obtener una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión".

La demandante es cónyuge de un ciudadano español, vínculo familiar incluido en el art. 2 del RD citado, en el ámbito subjetivo del mismo, por tanto.

SEGUNDO .- En el análisis jurídico del conflicto planteado hay que empezar diciendo que esta Sala se ha pronunciado en pleno sobre un asunto similar en la **sentencia** 451/2015 , en la que se analizó la cuestión de la aplicación del RD 240/2007 a los familiares extracomunitarios de los ciudadanos españoles y se construyó un criterio al respecto, el cual debemos seguir en este caso.

Procederemos a transcribir los fundamentos de la **sentencia** 451/2015 ; pero antes abordaremos la resolución de la presente apelación partiendo de la síntesis de la tesis desarrollada en dicha **sentencia**.

Aunque la Directiva 2004/38, que es la que implementa el RD 240/2007, contempla la situación de los ciudadanos de la unión (entre ellos, los españoles) que, en ejercicio de su derecho a la libre circulación, se desplazan desde su país de origen a otro de la Unión, o desde éste regresan al de origen y quieren que sus familiares no comunitarios se reúnan o regresen con él, la sobredicha norma española de desarrollo de la directiva es aplicable analógicamente a los familiares de ciudadanos españoles que no hayan ejercido aquel derecho y mantengan su residencia en España, dado que esta concreta situación no se regula en la normativa interna sobre derechos de los extranjeros (Ley Orgánica 4/2000, el RD 557/2011) y es preciso cubrir ese vacío normativo, según se desprende de la STS 7339/2011 .

La aplicación del RD 240/2007 a la demandante (cónyuge de ciudadano español) conlleva la posibilidad de obtener la tarjeta de residencia de familiar comunitario.

Tal posibilidad no lo niega la Administración, pero entiende que para su concreción han de cumplirse los requisitos previstos en el art. 7.

Tal tesis no la comparte la Sala, pues dichos requisitos se dirigen a los ciudadanos de la Unión que pretendan residir en España o reagrupar a sus familiares no comunitarios (los considerados en el art. 2 del RD 240/2007), y no se puede exigir a los españoles, cuyo derecho a residir en España deriva directamente de la CE -art. 19 - y no precisa de requisito alguno.

Los únicos requisitos que cabe exigir a los familiares no comunitarios del ciudadano español para obtener la tarjeta de residencia regulada en RD 240/2007, son los que este reglamento establece respecto de los mismos. El precepto a tener en cuenta es el art. 2 , y en el mismo no se dispone, para el cónyuge, el requisito de estar a cargo del ciudadano de la Unión, ni ningún otro.

En consecuencia, el fundamento la resolución impugnada no es conforme a Derecho, por lo que lo procedente es su anulación.

TERCERO .- Tras lo dicho, y para mejor comprender la tesis de la Sala, transcribimos los fundamentos jurídicos de la **Sentencia** 415/2015 :

*PRIMERO: La presente apelación tiene por objeto la **Sentencia** dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Santander, de fecha 16 de junio de 2015 , en el procedimiento abreviado 164/15, que en*



su parte dispositiva estima la demanda condenando a la Administración a que expida al recurrente la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea con imposición de costas.

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 su cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial o divorcio.

A la pareja...

A sus descendientes directos... menores de veintiún años, mayores de dicha edad **que vivan a su cargo**, o incapaces.

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 española 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.

SÉPTIMO: De conformidad con el artículo 139.2, al haber sido desestimado el recurso de apelación interpuesto por la parte recurrente, procede la imposición de costas a dicha parte.

CUARTO .- No procede la imposición de las costas de esta apelación a la Administración, por ser la parte apelada; pero sí deben imponerse las costas de la primera instancia, en virtud de la regla dispuesta en el art. 139.1 de la LJCA .

FALLAMOS

Estimamos el presente recurso de apelación, revocamos la **sentencia** apelada y, en su lugar, resolvemos anular la resolución administrativa impugnada en la primera instancia, con imposición de las costas de la misma a la Administración demandada.

Así, por esta nuestra **Sentencia**, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.