



Roj: **STS 2966/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2966**

Id Cendoj: **28079130052017100312**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **18/07/2017**

Nº de Recurso: **298/2016**

Nº de Resolución: **1295/2017**

Procedimiento: **CONTENCIOSO - APELACION**

Ponente: **INES MARIA HUERTA GARICANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1.295/2017

Fecha de sentencia: 18/07/2017

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **298/2016**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/07/2017

Ponente: Excm. Sra. D.^a Inés Huerta Garicano

Procedencia: T.S.J.CANTABRIA SALA CON/AD

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo Transcrito por:

Nota:

Resumen

Aplicación art.7 RD 240/07 a familiares extranjeros de españoles residentes en España.

R. CASACION núm.: **298/2016**

Ponente: Excm. Sra. D.^a Inés Huerta Garicano

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1295/2017

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. José Manuel Sieira Míguez, presidente

D. Rafael Fernández Valverde

D. Juan Carlos Trillo Alonso

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D^a. Inés Huerta Garicano

D. César Tolosa Tribiño

D. Mariano de Oro Pulido y López

En Madrid, a 18 de julio de 2017. Esta Sala ha visto el recurso de casación número **298/2016**, interpuesto por la **ABOGACÍA DEL ESTADO**, en la representación que legalmente ostenta, contra la Sentencia nº 369, dictada -4 de octubre de 2016- por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el recurso de apelación nº 151/16, por la que se confirma la sentencia nº 100/16, de 11 de mayo, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Santander que, con estimación del P.A. 23/16, anuló la resolución de la Delegación del Gobierno en Cantabria de 11 de diciembre de 2015, desestimatoria del recurso de alzada formulado frente a la de 28 de octubre de 2015 que denegó -en aplicación de los arts. 7.1.a) y b) y 7.3.c) del Real Decreto 240/07 en relación con el art. 3.2.c) de la Orden PRE/1490/12- la solicitud de tarjeta de familiar de residente comunitario, formulada -23 de octubre de 2015- por Dña. Agustina, nacional de Cuba, como pareja registrada (15 de octubre de 2015, Registro de Parejas de Hecho de Cantabria) de ciudadano español residente en Santander.

Ha sido parte recurrida Dña. Agustina, representada por el Procurador D. Ignacio Argos Linares.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Inés Huerta Garicano.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La resolución administrativa recurrida ante el Juzgado nº 1 de Santander denegaba la solicitud de tarjeta de residencia temporal como familiar de ciudadano de la UE porque: **1)** La pareja registrada de la solicitante -español residente en España- de quien derivaría su derecho de residencia y a la correspondiente tarjeta, no acredita su condición de trabajador (art. 7.1.a) RD 240/07); **2)** No se encuentra en ninguno de los supuestos previstos en su apartado b) para mantener la condición de trabajador; **3)** Carece de recursos suficientes (apartado c) del precepto) para que no se convierta en una carga para la asistencia social en España durante su período de residencia en los términos previstos en el art. 3.2.c) de la Orden PRE/1490/2102; **4)** La solicitante no acredita, en fin, disponer de seguro de enfermedad público o privado que le proporcione una cobertura en España, durante el período de residencia, equivalente a la proporcionada por el Sistema Nacional de Salud (art. 3.2.c) de la Orden en relación con el art. 7.1.b) del RD 240/07).

<< **El objeto del pleito** [decía la sentencia del Juzgado] **consiste en comprobar la correcta aplicación de la causa de denegación de la tarjeta de familiar de ciudadano de la UE conforme al art. 7 RD 240/07** >>.

Como hechos acreditados constaban: 1) La recurrente (nacida en Cuba el NUM000 de 1987) es pareja de hecho registrada de un ciudadano español. Residen juntos en Santander y carece de ingresos propios; 2) Los ingresos del ciudadano español (nacido el NUM001 de 1962) es un subsidio de 426 € mensuales como emigrante en país extracomunitario (Cuba) retornado el 12 de junio de 2015 (la fecha de salida de España fue el 30 de abril de 2007). El único período trabajado es desde el 1 de febrero de 2010 hasta el 31 de julio de 2014 (en Cuba); 3) Se registraron como pareja de hecho en el Registro de Parejas de Hecho de Cantabria el 15 de octubre de 2015; 4) El ciudadano español es titular de tarjeta de asistencia sanitaria pública española (folio 24 expediente) y su pareja tiene reconocida asistencia sanitaria para situaciones especiales (embarazadas extranjeras) del Sistema Nacional de Salud.

Y, con tales hechos, el Juzgado considera que el primer problema a resolver es el régimen jurídico aplicable, desde la perspectiva de la legislación española, al familiar extracomunitario de ciudadano español. Dice que la cuestión relativa a la aplicación del RD 240/07 a familiares extracomunitarios de ciudadanos españoles fue resuelta por la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010 (Rº 114/07) <<al establecerse el mismo régimen a los familiares de español y de otros ciudadanos de la UE y declarar nula la DA 20ª del RD 2393/04 introducida por la DF 3ª del RD 240/07 >> .

Sin embargo, según el criterio del Juzgado, esto no constituye argumento bastante para la aplicación del art. 7 porque la causa de la anulación de la referida D.A 20ª del Reglamento de Extranjería <<era evitar que los familiares de español tuvieran peor condición que los de otros estados miembros, pues la redacción del precepto llevaba a aplicar el reglamento de extranjería>> , pero siempre con referencia al español que, ejerciendo su derecho de libre circulación y residencia, se traslada a otro Estado del Espacio Económico Europeo, y regresaba a España con su familia extracomunitaria en posesión de la tarjeta de residencia europea otorgada por el Estado de acogida.

Además, sigue diciendo, con cita en la sentencia del TSJ de Cantabria de 26 de diciembre de 2013, <<Las condiciones del artículo 7 siguen dirigidas al ciudadano de otro Estado Miembro porque al ciudadano español

*no se le exige condición alguna para residir en cuanto nacional de su país. Y el artículo 2, con o sin expresión suprimida por el Tribunal Supremo, en ningún momento suponía extender las exigencias del ciudadano de la unión a sus familiares. Los regímenes se distribuyen claramente. El artículo 7, se insiste, recoge las condiciones que al ciudadano de la Unión se le exigen para residir más de tres meses en nuestro país. Y este derecho de residencia del ciudadano, cuando los familiares acompañen o se reúnan con un ciudadano de la Unión, incluido ya en este caso, por la extensión del art. 2, los familiares del español no residente, a su vuelta o regreso a España, deberán obtener la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión. **Pero no puede interpretarse el artículo 7 como precepto que ampare exigir al español residente en España condición alguna ni, por ende, al familiar del español que se reúne con él porque dicho precepto no regula este supuesto>>.***

En todo caso -y aunque la jurisprudencia del TJUE es unánime al afirmar que el ámbito de aplicación de la Directiva queda circunscrito a supuestos en los que se ejerce el derecho de libre circulación y residencia dentro del Espacio Económico Europeo, supuesto que no concurre en el caso que enjuicia-, si se entendiera que el RD 240/07 era también aplicable a los españoles residentes en España que nunca ejercieron su derecho, como ciudadano de la Unión, a circular y/o residir en otro Estado, la denegación de residencia a la recurrente no puede fundarse en su art. 7, sino que el precepto aplicable sería el art. 8 que regula la residencia y la obtención de la tarjeta de residencia por los familiares extracomunitarios de ciudadano de la UE o de un Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, en el que no figura ninguno de los requisitos a los que el art. 7 supedita la residencia de los ciudadanos de la UE.

Por último, añade, la residencia se ha denegado sobre la base del mero dato numérico de la prestación que percibe la pareja española de la actora y a la vista de dicha cantidad se concluye -sin justificación- que puede ser una carga asistencial para el Estado.

Estima el recurso interpuesto por Dña. Agustina , anula la resolución recurrida y condena a la Administración a expedir la tarjeta solicitada.

La Sala de Cantabria desestimó el recurso de apelación interpuesto por la Sra. Abogada del Estado por considerar excluidos del RD 240/07, los familiares del ciudadano español residente en España, y, con cita de la STUE de 8 de diciembre de 2015, C-202/13 , McCarthy, recuerda que *<<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>> .*

Luego, si el titular de ese derecho originario es nacional de otro Estado de la Unión que ejerce su libertad de circulación y residencia (beneficiario de la Directiva conforme a su art. 3.1), deben concurrir en éste los requisitos que se contemplan en su art. 7 (traspuesto en el art. 7 del RD 240/07), pero, si es nacional del Estado en que reside (español en España), no se exigen -ni pueden exigirse- tales requisitos para residir en su propio país.

SEGUNDO .- El Sr. Abogado del Estado preparó recurso de casación (ante la Sala de Cantabria) contra la precitada sentencia nº 369/16 , desestimatoria del recurso de apelación, por infracción del art. 7 del R.D. 240/07 , apartados 1 y 2.

Justificó la existencia de interés casacional objetivo: **1)** En que la sentencia se aparta deliberadamente del criterio sostenido por las sentencias de este Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010 (Rec 114/07); 20 de octubre de 2011 (casación 1470/09) y 27 de abril de 2012 (casación 6769/10); **2)** Por contradicción (art. 88.2.a) LJCA) con la doctrina recogida en las precitadas sentencias y con el criterio sostenido en las sentencias nº 365/16 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso del T.S.J. del País Vasco, de 1 y 21 de julio de 2015 de la misma Sala ; 509/15, de 9 de septiembre, de la Sala de Baleares (Sección Primera); 324/15, de 3 de diciembre, del T.S.J. de la Rioja; **3)** Por trascender del caso objeto del proceso - art. 88.2.c) LJCA - al afectar a un gran número de situaciones.

Por auto de la Sala de Cantabria del pasado 9 de diciembre, se tuvo por preparado el recurso, se emplazó a las partes para que comparecieran ante esta Sala del Tribunal Supremo, y, elevando las actuaciones (junto con informe motivado en el que, a la vista de las cuestiones planteadas por la Administración recurrente, fijaba como puntos de interés: 1º: Interpretación del art. 7 RD 240/2007 de conformidad con lo previsto en la Directiva 2004/38/UE y el art. 19 CE ; 2º: Existencia de criterio consolidado por parte del TS aplicable a este concreto supuesto; 3º: Extensión de los efectos al cónyuge o en su caso a otros familiares. 4º: Aplicabilidad de las sentencias del TJUE alegadas en la sentencia recurrida en casación y de lo dispuesto en el art. 20 TFUE), tuvieron entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo el día 23 del mismo mes y año.

TERCERO .- La Sección Primera de esta Sala, en auto de 6 de marzo del corriente, acordó, en lo que aquí interesa: 1º) Admitir a trámite el recurso; 2º) Fijar como cuestión que presenta interés casacional objetivo para la fijación de jurisprudencia: **<<La determinación de la aplicabilidad o no del artículo 7 del Real Decreto**



240/2007, de 16 de febrero , a la reagrupación de familiares no comunitarios de ciudadanos españoles>> ; 3º) <<Identificar como norma jurídica que en principio será objeto de interpretación el art. 7 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero >>.

CUARTO .- Recibidas las actuaciones en esta Sección Quinta (16 de marzo), el Sr Abogado del Estado interpuso el recurso, en el que sostenía la aplicación del art. 7 del RD 240/07 en los términos en los que había anticipado en su escrito de preparación, aludiendo, en apoyo de esa aplicación, la sentencia de la Sección Tercera de esta Sala de 23 de febrero de 2016 (casación 2422/15) que transcribía ampliamente. Igualmente, entendía plenamente justificada la insuficiencia de medios económicos con una prestación no contributiva de 425 €, recordando que la precitada sentencia de 2016 así lo entendió respecto de una prestación de 1.125 €.

Postuló el dictado de sentencia por la que, con estimación del recurso de casación, se revoque la sentencia de instancia y **<<declare que el artículo 7 del RD 240/2007, de 16 de febrero , resulta de aplicación a la recurrente, al resultar de aplicación a la reagrupación de familiares no comunitarios de ciudadanos españoles>>** . Igualmente, con desestimación del recurso contencioso-administrativo, se confirme la resolución administrativa impugnada al no haberse justificado la suficiencia de medios que exige el precepto, con imposición de las costas en primera instancia a la solicitante.

Conferido traslado a la representación procesal de Dña. Agustina , presentó escrito de oposición.

Ninguna de las partes solicitó la celebración de vista.

QUINTO .- Concluidas las actuaciones, se acordó, conforme a lo previsto en el art. 92.6 LJCA , la celebración de vista pública el día 4 de julio, a las 10 horas de su mañana, teniendo lugar.

En la vista, el Sr. Abogado del Estado sostuvo la plena aplicabilidad del Real Decreto 240/07 a la reagrupación de familiares extracomunitarios de ciudadano español que no ha ejercido su derecho de libre circulación y residencia por el Espacio económico europeo, y ello como consecuencia de la interpretación que de dicho Real Decreto hizo la STS de 1 de junio de 2010 que amplió su ámbito subjetivo (inicialmente limitado, en sintonía con la Directiva que trasponía, a los ciudadanos de la Unión que, en uso de su derecho de libre circulación y residencia, se trasladaban a España y a sus familiares, cualquiera que fuese su nacionalidad, que le acompañaban o se reunían con él en España) a los españoles que no habían ejercido ese derecho de libre circulación y residían en España, y, como consecuencia de la interpretación que, pacíficamente, se venía haciendo del Real Decreto a la luz de esa sentencia, cuando el Real Decreto Ley 16/12 traspuso literalmente el art. 7 de la Directiva, no estableció un régimen específico para los familiares de españoles en el entendimiento de esa equiparación que, a efectos de aplicación del Real Decreto, se había realizado entre ciudadanos españoles que no ejercían su derecho como ciudadano europeo de libre circulación y los restantes ciudadanos europeos que, en ejercicio de tal derecho, se trasladaban a España. Es, a partir de la nueva redacción del art. 7 (igual al art. 7 de la Directiva), cuando han surgido las discrepancias en torno a la aplicabilidad del nuevo art. 7. Niega que el art. 20 TFUE constituya base jurídica para reconocer un derecho incondicionado de residencia a los familiares -no menores- de los nacionales de los Estados miembros que no han ejercido el derecho de libre circulación. Recordó los derechos que otorga la tarjeta de familiar de ciudadano comunitario (entre otros exenciones de visado, libertad de circulación por todo el Espacio Europeo, con incidencia, pues, en los restantes Estados de la Unión). Tampoco el Convenio Europeo de Derechos Humanos ni la jurisprudencia del TEDH constituyen base jurídica para el otorgamiento incondicionado de autorización de residencia, pues permiten a los Estados el establecimiento de controles de entrada y residencia de extranjeros en sus territorios, siempre que no sean discriminatorios y que las condiciones impuestas, a la vista de las concretas circunstancias, no se conviertan en obstáculo insalvable para el ejercicio del derecho a la vida familiar. Igualmente, el Tribunal Constitucional ha negado - STC 186/2013 - la existencia de un derecho fundamental a la reagrupación.

Por último, concluyó poniendo de relieve que en muchos de los Estados del Espacio Económico Europeo (con cita específica) exigen requisitos a sus nacionales para reagrupar a su cónyuge, pareja de hecho, hijos y ascendientes extranjeros, tales como medios de subsistencia, cobertura de seguro de salud y alojamiento adecuado, o bien, aplican el mismo régimen que a los familiares de terceros países de cualquier ciudadano nacional de otro Estado miembro de la Unión.

El Letrado de la parte recurrida, si bien coincidió con el Abogado del Estado en que el RD 240/07 era de aplicación a la reagrupación de ciudadanos extracomunitarios por españoles que no haya ejercido el derecho de libre circulación o residencia (art. 20 TFUE), sin embargo sostuvo la inaplicación de su art. 7 en razón de que todo español tiene el derecho a residir en su propio Estado, por lo que tal derecho (fundamental) no podía verse subordinado al cumplimiento de una serie de exigencias, siendo de aplicación, en estos casos, el art. 8.

A continuación tuvo lugar la deliberación, votación y fallo.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La cuestión sobre la que tiene que pronunciarse este Tribunal es sí el artículo 7 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero -en la redacción vigente, introducida por la Disposición final quinta del Real Decreto Ley 16/12, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones- **es aplicable a la reagrupación de familiares no comunitarios de ciudadanos españoles residentes en España.**

Antecedentes normativos :

-La **Directiva 2004/38/CE** estableció las condiciones de ejercicio del derecho de libre circulación y residencia y el derecho de residencia permanente en el territorio de los Estados miembros de los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia. El beneficiario/destinatario de la Directiva (art. 3) es el *<<ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como los miembros de su familia, tal como se definen en el punto 2 del artículo 2, que le acompañen o se reúnan con él>>* . Según consolidada doctrina de Tribunal de Justicia Europeo, por todas, sentencia de su Sala Tercera de 5 de mayo de 2011 en el asunto C-434/09 , *<<el ámbito de aplicación territorial del derecho de residencia y del derecho de residencia permanente previstos por esa Directiva se extiende a todo el territorio del "Estado miembro de acogida", definido este último por el artículo 2, punto 3, como el Estado miembro al que se "traslada" un ciudadano de la Unión para ejercer "su" derecho de libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros.....De ello se deduce que el art. 3, apartado 1, de la Directiva 2004/38 debe interpretarse en el sentido de que esa Directiva no es aplicable a un ciudadano de la Unión que nunca ha hecho uso de su derecho de libre circulación, que siempre ha residido en un Estado miembro cuya nacionalidad posee>>* (apartados 39 y 43).

-Dicha Directiva fue traspuesta a nuestro Ordenamiento interno por el **Real Decreto 240/07** , 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 la redacción originaria no incorporó su art. 7, relativo a los requisitos para el reconocimiento del derecho de residencia en el Estado de acogida por período superior a tres meses. Se reconocía el derecho a residir en España por un período superior a tres meses a todos los ciudadanos de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo, previa solicitud de inscripción en el Registro Central de Extranjeros.

La Exposición de Motivos del RD 240/07, aparte de recordar la aplicabilidad de la L.O. 4/00, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, a las personas incluidas en su ámbito de aplicación, cuando fueran más favorables, y, dado que con arreglo a la normativa comunitaria y la jurisprudencia del TJUE, *<< 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 ,.....>>* , *añadía* que *<<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>>.

Esa Disposición Adicional Vigésima aplicaba el Real Decreto 240/07 a los familiares, cualquiera que fuese su nacionalidad, del ciudadano español *<<cuando lo acompañen o se reúnan con él>>*, que en ella se mencionaban (sustancialmente el cónyuge; pareja de hecho registrada; descendientes directos del español, su cónyuge o pareja registrada menores de 21 años, o mayores incapaces o que vivan a su cargo; ascendientes del español, de su cónyuge o pareja registrada que, en la fecha de entrada en vigor del R.D. fueran titulares de un tarjeta de familiar de residente comunitario -en vigor o susceptible de ser renovada-, obtenida al amparo del RD 178/03, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados Miembros de la UE y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, derogado por la Disposición derogatoria única del tan citado RD 240/07). Al resto de los ascendientes (apartado 2 de la referida Adicional) los sometía al régimen previsto -en el Reglamento de Extranjería- para la residencia temporal por reagrupación familiar.

-El **Real Decreto Ley 16/12** -sobre medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones-, como consecuencia, reza su Exposición de Motivos, del *<<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>>* que había supuesto la **no** trasposición del art. 7 de la Directiva, dio (su Disposición final quinta) nueva redacción al art. 7 del RD 240/07 , en términos sustancialmente iguales al referido artículo 7 de la

Directiva (que, volvemos a insistir, no había sido inicialmente traspuesto), con arreglo al cual, el régimen de residencia en España -superior a tres meses- de los ciudadanos de un Estado miembro de la UE o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo se somete a una serie de condiciones a cumplir por ese ciudadano de la Unión, de cuya concurrencia depende tanto la posibilidad de residencia del ciudadano europeo, y, como derecho derivado, la de los familiares extranjeros -comprendidos en el art. 2 del RD de 2007- que le acompañen o se reúna con él.

En concreto, y en lo que aquí interesa, el art. 7 en su nueva redacción es del siguiente tenor literal: <<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, ob) 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, oc) 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, od) 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>>.**

-La **Orden PRE/1490/2012**, de 9 de julio, dictó normas para la aplicación del art. 7 del RD 240/07 (en su nueva redacción) y en su preámbulo se decía que **<<esta materia debe aplicarse a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto la sentencia de 1 de junio de 2010, por lo que el término familiar de un ciudadano de un Estado Miembro de la Unión europea incluye a los familiares de un ciudadano español que se reúnan o acompañen al mismo>>**. Los arts. 2 y 3 se refieren a la solicitud e inscripción en el Registro Central de Extranjeros y la documentación a adjuntar, entre la que se relaciona la justificativa del cumplimiento de cualquiera de las condiciones que, para la obtención de ese permiso de residencia superior a tres meses, se exige -art. 7- al ciudadano de un Estado Europeo o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. El art. 4 especifica los miembros de la familia que tienen derecho a obtener dicha residencia, cuando acompañen al ciudadano del Estado Europeo o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo <<o se reúnan con él en el Estado Español>>, siempre que el ciudadano europeo cumpla cualquiera de las condiciones establecidas en los apartados a), b) o c) del art. 7 (transcritas en el apartado 2 del art. 3 de la Orden), distinguiendo entre familiares comunitarios (que habrán de inscribirse en el Registro Central de Extranjeros) y los extracomunitarios que requieren la expedición de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, conforme al art. 8 del RD 240/07.

SEGUNDO .- De cuanto ha quedado reflejado en el F.D. anterior, es claro que el Real Decreto 240/07, al trasponer la Directiva 2004/08 (sin que fuera inicialmente incorporado su art. 7), reguló, en los términos marcados por aquélla (excepto en cuanto a los requisitos que exigía ese art. 7), el régimen jurídico en España de los ciudadanos de otro Estado Europeo o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que, en uso de su derecho de libre circulación y residencia en el espacio económico europeo (reconocido en el art. 20 del TFUE), decidían trasladarse y residir en España, junto con los familiares que le acompañaban o se reunían con él en España.

Pero, **al propio tiempo y aprovechando el instrumento normativo por el que se trasponía la Directiva comunitaria**, determinó el régimen de reagrupación de los familiares extranjeros del español (<<que le acompañen o se reúnan con él>>), a través de la Disposición Adicional Vigésima que introdujo en el Reglamento de Extranjería de 2004 la Disposición final tercera del RD.

El Real Decreto, pues, cumplía dos finalidades: **A)** Trasponer la Directiva Comunitaria 238/04, regulando los derechos del ciudadano de la Unión que ejerce su derecho de libre circulación y residencia en España, y los familiares que le acompaña; **B)** Regular **-ya al margen de la Directiva-** la reagrupación familiar de los ciudadanos españoles y lo hacía introduciendo la Adicional Vigésima en el Reglamento de Extranjería.

Ahora bien, la STS de 1 de junio de 2010 (Rº 114/07), que enjuició el Real Decreto de trasposición desde la perspectiva de la Directiva Comunitaria y, en lo que aquí interesa, anuló la expresión **"otro Estado miembro"** del art. 2 del RD, así como la referida Disposición Adicional Vigésima.

Dicho art. 2, en su redacción original decía textualmente: <<El presente real decreto se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad y en los términos previstos por éste, a los **familiares del ciudadano de otro Estado miembro de la Unión Europea** o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, **cuando le acompañen o se reúnan con él**, que a continuación se relacionan.....>> .

El precepto estaba, pues, redactado en línea con el art. 3 de la Directiva, que, bajo la rúbrica de "Beneficiarios", en su apartado 1 disponía: <<La presente Directiva se aplicará a cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia, tal como se definen en el punto 2 del artículo 2, que le acompañen o se reúnan con él>>, porque la finalidad de la Directiva no es otra que disciplinar los derechos de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión en el espacio común y **no en su país de origen**. La Directiva exige, para ser beneficiario de los derechos que en ella se contemplan, el desplazamiento a otro Estado miembro.

Y en este sentido, el Real Decreto (antes de la sentencia) solo afectaba a los ciudadanos europeos de otros Estados que, en ejercicio de su derecho de libre circulación y residencia (art. 20 TFUE), decidían circular o residir en España.

Por ello, se dictó la Adicional Vigésima del Reglamento de Extranjería de 2004: << Normativa aplicable a miembros de la familia de ciudadano español que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión o de un Estado parte en el Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo >>, que, conforme a la Exposición de Motivos del Real Decreto, estaba destinada, como ya hemos visto más arriba, a << **regular la reagrupación familiar de ciudadanos españoles que no han ejercido el derecho de libre circulación**>>, pero en la que se incluía, **dada su redacción**, tanto a los familiares extranjeros de los españoles que, habiendo hecho uso de su derecho de libre circulación, le **"acompañaban"** a su regreso a España procedentes del Estado europeo de acogida, como a los familiares que se **"reunían"** con el español residente en España y que no había ejercido tal derecho .

Este panorama cambió con la STS de 6 de junio de 2010, que al suprimir la expresión **"otro Estado miembro"** del art. 2, primer inciso, amplió el ámbito subjetivo de aplicación del Real Decreto - **que ya no coincide con la Directiva 2004/38 CE-**, al incluir a los familiares (que en dicho artículo se relacionan), cualquiera que sea su nacionalidad, del <<ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte..... **cuando le acompañen o se reúnan con él**>>, con lo que quedaba con una redacción prácticamente igual a la del apartado 1 de la aludida Adicional Vigésima del siguiente tenor: <<El Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero.....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**.....>>, de forma que, suprimida la expresión "otro Estado miembro", 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)**>> (último párrafo del FD Décimo Primero de la referida sentencia), era ya innecesaria la Adicional Vigésima. Y esas razones no eran otras que el propósito latente en toda la sentencia de equiparar en España - a efectos de reagrupación- a los familiares extranjeros, cualquiera que sea su nacionalidad, "que acompañen o se reúnan" a/con los ciudadanos europeos o a/con los españoles, residentes ambos (ciudadano europeo y español) en España.

La expresión, pues, **"cuando le acompañen o se reúnan"** del art. 2 en su actual redacción tiene ya un alcance distinto de esa misma frase en el art. 3.1 de la Directiva, en razón, insistimos, de la ampliación del ámbito subjetivo del Real Decreto operada por la sentencia tantas veces citada.

Dado el ámbito de la Directiva, su art. 3.1 se refería, únicamente, al ciudadano de un Estado miembro que pasaba a residir a "otro Estado miembro" del que no era nacional, y, consiguientemente, los familiares que reagrupaba eran los que le acompañaban o se reunían con él en ese Estado de acogida, del que no era nacional el ciudadano europeo reagrupante, y, en ese mismo sentido fue incorporado a nuestro ordenamiento por el art. 2 del Real Decreto en su inicial redacción.

Pero el significado de las palabras **"acompañen"** o **"reúnan"**, después de la anulación de la expresión **"otro Estado miembro"** del art. 2 del RD 240/07, ya no tienen el mismo alcance, abarcando los siguientes supuestos: 1) familiares que **"acompañan"** al ciudadano europeo cuando viene a residir a España o se **"reúnen"** con él en España; 2) familiares extranjeros del español que le **"acompañan"** a su regreso a España, procedentes

todos del Estado europeo de acogida; y, **3)** familiares extranjeros que se **"reúnen"** en España con el ciudadano español residente en España y que no ha ejercido el derecho de libre circulación por el Espacio común Europeo.

TERCERO .- No se trata, por tanto, de interpretar el art. 3 de la Directiva -que es a lo que se refiere la sentencia de 6 de junio de 2010 en su FD Segundo-, sino el art. 2, párrafo segundo del RD 240/07, tras la citada sentencia, **y ahí radica el error en el que incurren las sentencias recurridas**.

Y, con base en cuanto ha quedado expuesto, ha de afirmarse que, a partir de la sentencia de 6 de junio de 2010, dados los términos en los que ha quedado redactado el art. 2 (y anulada la Adicional Vigésima del Reglamento de Extranjería), el Real Decreto 240/07 - **con independencia y al margen de la Directiva** -, en cuanto disposición de Derecho interno, es también aplicable a la reagrupación de familiares extranjeros (cualquiera que sea su nacionalidad) de españoles, hayan -o no- hecho uso de su derecho a la libre circulación y residencia por el Espacio Común Europeo, y, concretamente, su art. 7.

Al español, es cierto, no se le podrá limitar -salvo en los casos legalmente previstos- su derecho fundamental a circular y residir libremente en el territorio español (art. 19 CE), pero esto no obsta para que cuando pretenda reagrupar a familiares extranjeros quede sometido a requisitos o condiciones, en este caso, los mismos que al resto de los ciudadanos europeos.

Los presupuestos, pues, de los que deriva el derecho de residencia del familiar extranjero del español residente en España son la nacionalidad española del reagrupante y concurrencia de alguno de los requisitos previstos en el art. 7, y, una vez surgido ese derecho, se aplicará el art. 8, de naturaleza meramente procedimental.

Por último, las limitaciones a la reagrupación familiar de extranjeros por españoles residentes en España (como las impuestas en la legislación de Extranjería a la reagrupación de familiares por extranjeros residentes legalmente en España) no afectan negativamente al derecho fundamental a la intimidad familiar, reconocido en el art. 18.1 CE, habiendo declarado la STC nº 186/13, en sintonía con la nº 236/07, que *<<nuestra Constitución no reconoce un 'derecho a la vida familiar' en los mismos términos en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el art. 8.1 CEDH, y menos aún un derecho fundamental a la reagrupación familiar, pues ninguno de dichos derechos forma parte del contenido del derecho a la intimidad familiar garantizado por el art. 18.1 CE >>*.

CUARTO .- **Respuesta a la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la fijación de jurisprudencia: <<Determinación de la aplicabilidad o no del artículo 7 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, a la reagrupación de familiares no comunitarios de ciudadanos españoles>>:**

Con base en cuanto ha sido expuesto, el **ART. 7 DEL RD 240/07 ES APLICABLE A LA REAGRUPACIÓN DE FAMILIARES NO COMUNITARIOS DE CIUDADANOS ESPAÑOLES**.

QUINTO .- Una vez fijada la interpretación del art. 7 del RD 240/07, lo que determina la estimación de este recurso de casación y la anulación de la sentencia de la Sala de Cantabria de 4 de octubre de 2016 (Apelación 151/16), de conformidad con lo dispuesto en el art. 93.1 LJCA, han de resolverse las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso con arreglo a la interpretación fijada y las demás normas de aplicación, dentro de los términos en los que se planteó el debate.

Las resoluciones administrativas originariamente recurridas denegaron la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano comunitario porque no concurrían ninguno de los requisitos exigidos por el expresado precepto, circunstancias fácticas no desvirtuadas de contrario.

Procede, por tanto, con estimación del recurso de apelación deducido también por la Abogacía del Estado, anular la sentencia nº 100/16, de 11 de mayo, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Santander (P.A. 23/16), y, desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Dña. Agustina contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Cantabria de 28 de octubre de 2015 (confirmada en alzada por la de 11 de diciembre), por ser conformes a Derecho en la medida que, en este caso y en la fecha de la solicitud, no se cumplían ninguno de los requisitos que exige, alternativamente, el art. 7 del RD 240/07 para la obtención de dicha tarjeta.

SEXTO .-Costas: Al estimarse los recursos de casación y apelación no se hace pronunciamiento en materia de costas en casación, ni tampoco en la instancia, en razón de que la cuestión suscitaba razonables dudas interpretativas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido declarar que



PRIMERO .- **HA LUGAR al recurso de casación** número **298/2016**, interpuesto por la **ABOGACÍA DEL ESTADO**, en la representación que legalmente ostenta, contra la Sentencia nº 369, dictada -4 de octubre de 2016- por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el recurso de apelación nº 151/16 , por la que se confirmaba la sentencia nº 100/16, de 11 de mayo, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Santander (P.A. 23/16).

SEGUNDO .- Se **CASA y REVOCA** la precitada sentencia de la Sala de Cantabria, y, con **ESTIMACIÓN** del recurso de apelación interpuesto también por la Abogacía del Estado, **SE ANULA** la sentencia apelada.

TERCERO .- Se **DESESTIMA** el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a la resolución de la Delegación del Gobierno en Cantabria de 11 de diciembre de 2015, confirmatoria en alzada de la de 28 de octubre del mismo año que denegó -en aplicación de los arts. 7.1.a) y b) y 7.3.c) del Real Decreto 240/07 en relación con el art. 3.2.c) de la Orden PRE/1490/12- la solicitud de tarjeta de familiar de residente comunitario, formulada -23 de octubre de 2015- por Dña. Agustina , nacional de Cuba, como pareja registrada (15 de octubre de 2015, Registro de Parejas de Hecho de Cantabria) de ciudadano español residente en Santander, que quedan confirmadas.

CUARTO .- No se efectúa pronunciamiento en materia de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. José Manuel Sieira Míguez D. Rafael Fernández Valverde D. Juan Carlos Trillo Alonso

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy D^a Inés Huerta Garicano D. César Tolosa Tribiño

D. Mariano de Oro Pulido y López

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia la Excm. Sra. Magistrada Ponente Dña. **Inés Huerta Garicano** , estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.