



Roj: **STS 2773/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2773**

Id Cendoj: **28079130052018100321**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **03/07/2018**

Nº de Recurso: **4181/2017**

Nº de Resolución: **1137/2018**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **JOSE JUAN SUAY RINCON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 5074/2017,**
ATS 12347/2017,
STS 2773/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1.137/2018

Fecha de sentencia: 03/07/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 4181/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/06/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Juan Suay Rincon

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA CON/AD SEC.5

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

Transcrito por: Jas

Nota:

R. CASACION núm.: 4181/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Juan Suay Rincon

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1137/2018

Excmos. Sres.

D. Jose Manuel Sieira Miguez, presidente



D. Rafael Fernandez Valverde
D. Octavio Juan Herrero Pina
D. Juan Carlos Trillo Alonso
D. Wenceslao Francisco Olea Godoy
D. Jose Juan Suay Rincon
D. César Tolosa Tribiño

En Madrid, a 3 de julio de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 4181/2017 interpuesto por la procuradora de los tribunales doña Valentina López Valero, en nombre y representación de don Edemiro , y defendida por el letrado don Ignacio Cardona Alonso, contra la sentencia nº 396/2017 dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha 19 de mayo de 2017 , en el recurso de apelación nº 551/2015, sobre extranjería; ha sido parte recurrida la Administración General del Estado, representada y asistida por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Juan Suay Rincon.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso de apelación nº 551/2015, seguido en la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el 19 de mayo de 2017 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"PRIMERO. Estimar el recurso de apelación formulado por el Subdelegado del Gobierno en Girona contra la sentencia dictada el 23 de abril de 2015 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Girona , que se revoca.

SEGUNDO. Desestimar el recurso formulado contra la resolución dictada el 26 de septiembre de 2014 por el Subdelegado del Gobierno en Girona.

TERCERO. Sin expresa condena en costas".

SEGUNDO.- El recurrente preparó recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que la Sala sentenciadora tuvo por preparado por auto de 18 de julio de 2017 , ordenando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones, y personada don Edemiro como parte recurrente, y la Administración General del Estado, como parte recurrida, pasan al ponente para que proponga a la Sala la resolución que proceda; y por auto de 13 de noviembre de 2017, la Sección Primera de esta Sala acordó admitir el recurso de casación preparado por la representación procesal de D. Edemiro , contra la sentencia -nº 396/17, de 19 de mayo- dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que, con estimación del recurso de apelación 551/15 y revocación de la sentencia nº 86/15, de 23 de abril, del Juzgado de lo contencioso-Administrativo nº 1 de Gerona, desestimó el recurso num. 404/14 deducido frente a la resolución del Subdelegado del Gobierno en Gerona de 26 de septiembre de 2014, confirmatoria en alza de la de 3 de julio que acordó el archivo de la solicitud de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión por no haber presentado -en el plazo conferido al efecto- la documentación justificativa de la suficiencia de ingresos económicos de la unidad familiar, en los términos exigidos por el art. 7 R.D. 240/07 .

CUARTO.- Por diligencia de ordenación de 20 de noviembre de 2017 se dispuso la remisión de las actuaciones a esta Sección Quinta para su tramitación y decisión, y se confirió a la parte recurrente el plazo de treinta días para presentar su escrito de interposición.

QUINTO.- Por escrito de 8 de enero de 2018 la procuradora Sra. López Valero, en la representación que ostenta de la parte recurrente, con exposición razonada de las infracciones normativas y/o jurisprudenciales identificadas en el escrito de preparación, precisa el sentido de las pretensiones que deduce y los pronunciamientos que solicita, terminando por interesar que se dicte sentencia que: 1. Declare haber lugar al recurso de casación interpuesto; 2. Case y anule la sentencia recurrida; 3. Declare no ser aplicables a la esposa del recurrente, de nacionalidad española, las exigencias establecidas en el artículo 7.1 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero ; 4. En su lugar, confirme la sentencia del Juzgado de lo contencioso administrativo



nº 1 de Girona de 23 de abril de 2015 por la que se estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por el recurrente, anulando y dejando sin efecto las resoluciones administrativas impugnadas y declarando el derecho del recurrente a la obtención de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea solicitada; 5. Con imposición a la administración demandada de las costas procesales.

SEXTO.- Por providencia de 10 de enero de 2018 se acordó dar traslado a la parte recurrida a fin de que en el plazo de treinta días pudiera oponerse al mismo. Siendo evacuado el trámite conferido por la Administración General del Estado mediante escrito de fecha 1 de marzo de 2018, en el que solicitó a la Sala la desestimación del recurso de casación, reiterando la doctrina recogida en la anterior sentencia de esa Sala de 18 de julio de 2017, dictada en el recurso de casación nº 298/2016 .

SÉPTIMO.- Atendiendo a la índole del asunto, se consideró innecesaria la celebración de vista pública, declarando concluso el procedimiento y, mediante providencia se señaló para votación y fallo el 27 de junio de 2018, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación pretende la anulación de la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el 19 de mayo de 2017 , por la que vino a estimarse el recurso de apelación formulado por el Subdelegado del Gobierno en Girona contra la sentencia dictada el 23 de abril de 2015 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Girona .

SEGUNDO.- La sentencia impugnada en casación deja así consignado su objeto propio (FD 1º):

"Como se ha adelantado en los antecedentes de hecho, el recurso de apelación tiene por objeto la sentencia dictada el 23 de abril de 2015 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Girona , que estima el recurso formulado contra la resolución dictada el 26 de septiembre de 2014 por el Subdelegado del Gobierno en Girona, que desestimaba el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de fecha 3 de julio de 2014, que acordaba el archivo por desistimiento de la solicitud de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión presentada por el aquí apelado, por no haber cumplimentado el requerimiento de aportación de nueva documentación.

La sentencia apelada reconoce el derecho del mismo a que se le otorgue la tarjeta de residencia solicitada."

Y dedica su siguiente fundamento a dar cuenta de la normativa que resulta de aplicación para solventar la controversia suscitada en los términos antes expuestos (FD 2º), con base en la cual, tras la invocación que de la misma efectúan las partes, concluye con la necesidad de acreditar documentalmente la fuente de ingresos o la disposición de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España (FD 3º):

"Obra en el expediente administrativo la solicitud de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión a favor del aquí apelado, cónyuge de Doña Juana , de nacionalidad española, presentada el 5 de marzo de 2013.

No cumplimentado el requerimiento de acreditación de los medios económicos de la unidad familiar, se dicta la resolución de fecha fecha 3 de julio de 2014, que acordaba el archivo por desistimiento de la solicitud de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión presentada por el aquí apelado, por no haber cumplimentado el requerimiento de aportación de nueva documentación.

La resolución apelada, siguiendo una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 29 de octubre de 2014 , resuelve estimar el recurso al considerar que no resultaba aplicable lo establecido en el artículo 7.b) del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero , en cuanto exige disponer, 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.

Mientras que la Administración apelante defiende la aplicación al caso de autos, no solo del artículo 8 del citado Real Decreto , sino también de su artículo 7, la parte apelada niega la aplicación del último precepto citado.

Lo dispuesto en el artículo 8 del Real Decreto 240/2007 , de 20 16 de febrero, se ve complementado con lo recogido en la Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio, cuyo artículo 4 regula la aplicación del derecho de residencia superior a tres meses a los miembros de la familia del ciudadano de un Estado Miembro de la Unión o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, recogidos en el artículo 2 del citado Real Decreto , que incluye a miembros de la familia de ciudadanos españoles, como se ha visto.

Ese artículo en su apartado 3 dispone que ese derecho de residencia se ampliará también al cónyuge o pareja de hecho inscrita en un registro público, a sus descendientes directos y a los de su cónyuge o pareja registrada, menores de 21 años o incapaces o mayores de dicha edad que vivan a su cargo, así como a los ascendientes



directos y a los del cónyuge o pareja registrada que vivan a su cargo, cuando éstos no sean nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea, y acompañen al ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y de Suiza, o se reúnan con él en el Estado español, siempre que se cumplan las condiciones establecidas en las letras a), b) o c) del apartado 2 del artículo 3 de la presente Orden.

Y ese precepto es el que exige acreditación documentaria de la fuente de ingresos, ya sea una relación laboral por cuenta ajena o propia, o la disposición de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social de España durante el período de residencia.

En el caso de autos, el incumplimiento del requerimiento de acreditación de recursos determina la conformidad a derecho de la resolución recurrida, que deniega la tarjeta de residencia de la apelado, esposo de una ciudadana española, procediendo por ello revocar la sentencia apelada y desestimar el recurso interpuesto contra la resolución dictada el 26 de septiembre de 2014 por el Subdelegado del Gobierno en Girona."

Al no haberse atendido, en efecto, el requerimiento correspondiente recordando la necesidad de dar cumplimiento a esta exigencia, no ha lugar a la obtención de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea solicitada, razón por la que procede estimar el recurso de apelación interpuesto por la Administración General del Estado y revocar la sentencia dictada en primera instancia, sin imposición de condena en costas (FD 4º).

TERCERO.- Preparado recurso de casación, vino éste a admitirse a trámite por auto de la sección primera de este Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2017, que vino a concretar que la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia que motivó la admisión del recurso consistía en determinar si es -o no- aplicable el artículo 7 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, a la reagrupación de familiares no comunitarios de ciudadanos españoles residentes en España, identificando como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación los artículos 7 y 8 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero.

CUARTO.- Planteada en estos términos, la cuestión de interés casacional suscitada con ocasión del presente recurso es así coincidente con la resuelta por nuestras precedentes sentencias 1295/2017, de 18 de julio RC 298/2016 y 963/2018, de 11 de junio RC 1709/2017.

A) Así las cosas, en nuestra sentencia 1295/2017 tuvimos ocasión ya de fundamentar nuestro criterio en relación con dicha cuestión en el sentido que ahora dejamos reproducido:

" 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 veintinueve 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, 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>>.

-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. Genoveva 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."

En el mismo sentido nos pronunciamos en nuestra sentencia 963/2018 .

B) Y no cumple ahora sino resolver del mismo modo (aprovechamos, no obstante, para corregir la fecha de nuestra resolución precedente a que ambas sentencias se refieren y cuyo criterio a la postre adoptan: correcta dicha fecha cuando se cita inicialmente, sentencia de 1 de junio de 2010, RC 114/2007 ; aunque en páginas sucesivas se yerra y en su lugar equivocadamente se alude a una sentencia de 6 de junio de 2010) .

De tal manera, la cuestión de interés casacional que precisaba ser esclarecida con ocasión de este recurso ha de serlo en el sentido de que "el artículo 7 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero , es aplicable a la reagrupación de familiares no comunitarios de ciudadanos españoles".

Y procede, en su consecuencia, acordar no haber lugar a la estimación del presente recurso de casación interpuesto contra la resolución impugnada (sentencia de 19 de mayo de 2017, dictada en apelación por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña) .

QUINTO.- No ha lugar a la imposición de las costas de este recurso al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes, de manera que, como determina el artículo 93.4 de la LRJCA , cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de la norma efectuada en el FJ 4º:

1º) Desestimar el recurso de casación RCA nº 4181/2017, interpuesto por don Edemiro contra la sentencia nº 396/2017 dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha 19 de mayo de 2017 , en el recurso de apelación nº 551/2015, sentencia que confirmamos por ser ajustada a Derecho.

2º) Ordenar que, en cuanto a las costas causadas en la tramitación de este recurso de casación, cada parte abone las causadas a su instancia y las comunes por mitad.



Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Jose Manuel Sieira Miguez. D. Rafael Fernandez Valverde D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Juan Carlos Trillo Alonso, D. Wenceslao Francisco Olea Godoy,

D. Jose Juan Suay Rincon D. César Tolosa Tribiño,

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Jose Juan Suay Rincon, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ