

9

A15-
C.2
3320-9

SENTENCIA Nº 92/14

En BILBAO (BIZKAIA), a doce de mayo de dos mil catorce.

La Sra. Dña. MARÍA JOSEFA ARTAZA BILBAO, MAGISTRADO del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 2 de BILBAO (BIZKAIA) ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 209/2013 y seguido por el procedimiento abreviado, en el que se impugna: Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia que confirma la denegación de tarjeta de familiar de ciudadano de la U.E., solicitada por el demandante. (Expte. 480020120008187)..

Son partes en dicho recurso: como recurrente _____, representado y dirigido por el Letrado Sr. Galparsoro García y, como demandada, la ADMINISTRACION DEL ESTADO, representada y dirigida por la Sra. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Letrado D. Javier Galparsoro García, en la aludida representación y defensa de D. _____ interpuso recurso contencioso administrativo contra la Resolución dictada el día 10 de junio de 2.013 por el Subdelegado del Gobierno en Bizkaia, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto por el recurrente contra la resolución de fecha 3 de abril de 2.013, denegatoria de la Tarjeta de Residencia Inicial de Familiar de Ciudadano de la Unión, formalizando demanda en la que, tras alegar los fundamentos de hecho y de derecho que consideró aplicables, terminó solicitando que se dicte en su día sentencia por la que: A).- La no conformidad a derecho del acto impugnado con la consiguiente anulación del mismo por ser incompetente la Subdelegación de Gobierno de Bizkaia en la emisión de la resolución recurrida, por imperativo de la Disposición Transitoria 2ª del RD 240/2007, resolución que debió dictar la Delegación de Gobierno en el País Vasco. B).- En su lugar se conceda Tarjeta como Familiar de Ciudadano de la Unión Europea a favor de D. _____ por mor de lo que establece el art. 2 RD 240/2007.

SEGUNDO.- Por Decreto se admitió a trámite la demanda presentada, dando traslado de la demanda a la demandada y convocándose a las partes para la celebración de la vista.

TERCERO.- Llegado el día fijado para la vista y concedida la palabra a las mismas, la parte actora se afirmó y ratificó en su escrito de demanda, añadiendo la argumentación nueva de producción de silencio positivo por l transcurso de más de seis meses desde la solicitud y la parte demandada se opuso a la pretensión en su contra formulada efectuando alegaciones en relación a todo los motivos de impugnación, tanto los formales (dos) como en los sustantivos. Practicada la prueba propuesta y admitida, y despachado el trámite de conclusiones, quedaron los autos

KOPIA DA
ES COPIA 1

conclusos para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora recurre la Resolución administrativa que resuelve denegarle la Tarjeta de Residencia de Familiar de Ciudadano de la Unión Europea solicitada, en base a que no se acreditan en el caso concreto la disposición de medios de vida ni seguro de enfermedad y constarle antecedentes por una condena en sentencia firme dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Pamplona, por un delito de hurto y una orden de expulsión en vigor dictada en Santander, (Arts. 7.2 y 15.b) y 3 del RD 240/2007.

La *ratio decidendi* de la resolución impugnada se basa en que en base a que no se acreditan en el caso concreto la disposición de medios de vida ni seguro de enfermedad y constarle antecedentes por una condena en sentencia firme dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Pamplona, por un delito de hurto y una orden de expulsión en vigor dictada en Santander, (Arts. 7.2 y 15.b) y 3 del RD 240/2007.

La parte recurrente solicita que se anule la resolución recurrida y se reconozca su derecho a obtener la tarjeta de residencia solicitada. Alega varios motivos de índole formal y sustancial: En cuanto a los primeros, a).- Incompetencia de la Jefa de la oficina de Extranjería en Bizkaia en el dictado de la Resolución denegatoria 3 de abril de 2013 que deniega la Tarjeta de Residencia de Familiar de Ciudadano Comunitario y b).- El 31 de octubre de 2012 presentó la solicitud de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano comunitario, por figurar inscrito como pareja de hecho con una ciudadana española, dictándose la Resolución desestimatoria transcurridos más de 3 meses, el 3 de abril de 2013, notificada el 12 de abril de 2012; por lo que operando el silencio positivo, se debe entender concedida la tarjeta solicitada. Y en cuanto al fondo, que es pareja de una ciudadana española, inscrita en un registro público establecido a estos efectos, situación que ha cambiado su conducta anterior lejana y que no supone un amenaza contra el orden público, teniendo disposición de medios económicos al acreditar entre otros el percibo de una Renta de Garantía de Ingresos (RGI) y además, en relación a lo cual, adjunta la demanda un documento consistente en recomendación efectuada por el Defensor del Pueblo de Andalucía de 9/09/2013, a la Secretaria General de Emigración e Inmigración para eliminar los nuevos requisitos exigidos al cónyuge o pareja extracomunitaria con base en el RDL16/2012.

La Abogada del Estado, por su parte, se opone al recurso con arreglo a las alegaciones que fueron formuladas en el acto de la vista.

SEGUNDO.- Bien, comenzando, por el alegato de la nulidad de pleno derecho por incurrir en la causa del Art. 62 de LRJ y PAC, por incompetencia del órgano emisor del acto originario impugnado (la Jefa de la oficina de Extranjería en Bizkaia) se rechaza tal motivo, a la vista de la normativa vigente y de la contestación a las preguntas efectuadas por el recurrente, admitidas como prueba y contestadas por comunicación del Subdelegado de Gobierno de fecha entrada 10/04/2014, pues, creada y funcionando como tal la Oficina de Extranjeros de Bilbao, es de aplicación la Disposición Adicional Primera del RD 240/2007 que establece una competencia en materia de solicitudes en el ámbito del propio RD cuando no estén expresamente atribuidas, y conforme a lo establecido en el artículo 8.2 del RD Real Decreto 240/2007 la competencia para la solicitud de la tarjeta de residente familiar comunitario sí que está expresamente atribuida a la

Oficina de extranjeros donde el interesado pretenda permanecer o fijar su residencia al establecer "La solicitud de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión deberá presentarse en el plazo de tres meses desde la fecha de entrada en España ante la oficina de Extranjeros de la provincia, donde el interesado pretenda permanecer o fijar su residencia, o en su defecto ante la Comisaría de Policía correspondiente...". El demandante en la solicitud de tarjeta hace constar el domicilio en Baracaldo, el mismo que su pareja de hecho, por lo que es competente para el conocimiento de la solicitud de la tarjeta de residente comunitario la Oficina de Extranjeros de la Delegación del Gobierno en Bizkaia.

TERCERO.- En segundo lugar, se debe resolver la cuestión de la obtención de la tarjeta por silencio positivo. Y en relación a lo cual, la jurisprudencia denominada menor, (emanada de los TSJ de las Comunidades Autónomas) no es pacífica así a favor, entre otras la Sentencias del TSJ de la Comunidad Valenciana (S 28-1-2013, nº 11/2013, rec. 292/2012 S 19-6-2012, nº 330/2012, rec. 445/2011) y en contra la Sentencia TSJ Illes Balears Sala de lo Contencioso-Administrativo de 19 marzo 2013), entendiendo esta Juzgadora que debe admitirse el recurso respecto la alegación referida a la obtención de la autorización por silencio .

Así Según lo establecido en el Art. 8.4 Del Real Decreto 240/2007 el plazo para resolver las solicitudes de tarjeta de residencia de ciudadano de la Unión Europea es de tres meses, plazo que contará desde el día siguiente de la presentación de la solicitud. En cuanto el días ad quem, hay que estar a lo previsto en el artículo 42.2 de la Ley 30/92, es decir, al momento de la notificación. Consecuentemente en el caso que nos ocupa se produjo efectivamente una situación de silencio pues la solicitud de tarjeta se presentó el día 31 de octubre 2012 y la resolución denegatoria no se notificó hasta el 12 de abril de 2013.

La cuestión es el sentido de dicho silencio, si el silencio es positivo, se produce un auténtico acto presunto de concesión de la tarjeta solicitada (Art. 43.3 de la Ley 30/92), de forma que la Administración no puede desconocer esta circunstancia y el acto expreso no puede más que confirmar esta tarjeta presunta concedida por silencio (Art. 43.4 de la Ley 30/92). En este sentido, un posterior acto expreso denegatorio de la tarjeta constituiría una revocación ilegítima en tanto que ésta sólo sería posible mediante los procedimientos específicos de revisión de oficio o bien el de declaración de lesividad previstos al efecto en los artículos 102 y 103 de la Ley mencionada.

Pues bien, el Art.43.2 de la Ley 30/92 introduce la regla general de silencio positivo o de acto presunto por transcurso del plazo de resolución, una regla que no admite más excepciones que las previstas en el mismo apartado o las previstas en una norma con rango de Ley o norma comunitaria, y no es éste el caso.

Corresponde en consecuencia declarar que la tarjeta de residencia de ciudadano de la Unión Europea quedó concedida al actor por acto presunto a partir del día siguiente al que se cumplió el plazo de tres meses contado desde la presentación la solicitud.

Y en este sentido y aun cuando se reconoce que no tiene carácter vinculante (Art. 21 LRJ Y PAC) el documento aportado en el Acto de la Vista, del Subdirector de Empleo y Seguridad Social, como lo opone la Abogacía del Estado se considera que prima por más beneficiosa e igualatorio el régimen del silencio de la LRJ Y PAC.

KOPIA DA
ES COPIA 3

CUARTO.- De todas formas, se debe entrar y así se efectúa a continuación en el resto de motivos por los que se impugna las Resoluciones, que afectan al fondo y que se refieren a la falta de requisitos para la obtención de la Tarjeta de Residencia de Familiar, por cuanto se le deniega la misma ya que la Administración razona no se acreditan en el caso concreto la disposición de medios de vida ni seguro de enfermedad y constarle antecedentes por una condena en sentencia firme dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Pamplona, por un delito de hurto y una orden de expulsión en vigor dictada en Santander.

Igualmente debe admitirse el recurso acerca de los antecedentes penales, pues, la Administración demandada deniega la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano comunitario al extranjero recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 15.1.b) del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, por constarle al interesado antecedentes penales por un delito hurto y una orden de expulsión.

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, establece en su art. 15 (dedicado a las medidas por razones de orden público, seguridad y salud pública) que "1. Cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, se podrá adoptar alguna de las medidas siguientes en relación con los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o con los miembros de su familia :...b) Denegar la inscripción en el Registro Central de Extranjeros, o la expedición o renovación de las tarjetas de residencia previstas en el presente decreto..."

Y continúa diciendo "5. La adopción de una de las medidas previstas en los apartados anteriores 1 a 4 se atenderá a los siguientes criterios:...d) Cuando se adopte por razones de orden público o de seguridad pública, deberán estar fundadas exclusivamente en la conducta personal de quien sea objeto de aquéllas, que, en todo caso, deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, y que será valorada, por el órgano competente para resolver, en base a los informes de las Autoridades policiales, fiscales o judiciales que obren en el expediente. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá, por sí sola, razón para adoptar dichas medidas."

Entrando a conocer sobre el impedimento principal para acceder a la tarjeta de residencia interesada, debe en principio señalarse que la aplicación del régimen jurídico de libre residencia de los ciudadanos de la Unión Europea a los familiares de ciudadanos españoles que sean nacionales de terceros países, obliga en la interpretación de la norma a tener en cuenta la jurisprudencia comunitaria que interpretaba la Directiva 2004/38 /CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, cuyo tenor, en lo que ahora importa ha sido incorporado al derecho interno por el art. 15 del RD 240/2007.

Así, la STJCE de 10 de julio de 2008, núm. C-33/2007, se pronuncia sobre las facultades de los Estados en orden a limitar la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión o de los miembros de sus familias por razones de orden público o de seguridad pública, y declara: «(23) la jurisprudencia ha aclarado que el concepto de orden público requiere, en todo caso, aparte de

la perturbación del orden social que constituye cualquier infracción de la ley, que exista una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (véanse, en particular, las sentencias antes citadas Rutili, apartado 28, y Bouchereau, apartado 35, así como la sentencia de 29 de abril de 2004, Orfanopoulos y Oliveri, C-482/01 y C-493/01, Rec. p. I-5257, apartado 66)». Y prosigue: «24. Tal enfoque de las excepciones al citado principio fundamental que pueden ser invocadas por un Estado miembro implica, en particular, según se deduce del artículo 27, apartado 2, de la Directiva 2004/38, que las medidas de orden público o de seguridad pública, para estar justificadas, deberán basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado, y no podrán acogerse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general».

El traslado de esta doctrina al supuesto de autos, conduce a la estimación del recurso, en la medida que el único hecho negativo para la denegación de la Tarjeta es la existencia de un único antecedente penal, sin que se haga ningún tipo de alusión a su conducta personal.

Por el contrario, aparece acreditado con documento aportado en el acto de la vista, la cancelación de los antecedentes penales, y extinguida la responsabilidad criminal de la Ejecutoria nº 247/11 del Juzgado de lo Penal num. 2 de Pamplona.

En el presente supuesto debe señalarse que no se trata de enjuiciar la expulsión del interesado, pues ésta se ha recurrido y se adoptó la medida cautelar de suspensión (Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de los de Santander), sino únicamente la legalidad de la denegación de la tarjeta de residencia de familiar de Ciudadano de la Comunidad Europea.

No existe, por tanto, ninguna peligrosidad en la conducta del recurrente ni cualquier otra circunstancia que lo haga merecedor de ser calificado como amenaza real, actual y grave, por lo que no nos encontramos en ninguno de los supuestos que el reglamento autoriza para denegar la Tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, por lo que la resolución administrativa que lo acuerda debe ser anulada al no concurrir tal motivo para su denegación.

QUINTO.- Y resta por resolver acerca de la denegación basada en el incumplimiento de acreditación de disposición de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España, durante el periodo de residencia solicitado así como de que se acredite seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos, (Art. 7.2 RD 240/2007).

D. _____ nacional de Camerún, se encuentra desde el 27/09/2012 inscrito como pareja de hecho en el Registro de parejas del Gobierno Vasco, con una ciudadana de nacionalidad española.

No se discute que el recurrente acredita ser perceptor de renta de Garantía de ingresos, (RGI) y la Administración opone que las denominadas por ella dichas ayudas sociales no determinan la inclusión del extranjero en la zona de certeza positiva del concepto y en este concreto supuesto esta Juzgadora, caso de pareja de hecho de una ciudadana española, residente en territorio español, entiende que el criterio debe ser el mismo que el mantenido por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Cantabria que motiva en las Sentencia dictadas, una en fecha 26 de diciembre de 2013, el recurso de apelación nº 201/13 y, la otra en el recurso de apelación nº

COPIA DA
ES COPIA 5

176/2013, de fecha 2 de enero de 2014 por la mencionada Sala, siendo el acto impugnado la denegación de la tarjeta de residencia a un familiar, de un ciudadano español residente en España, al no acreditar la disposición de medios de vida ni seguro de enfermedad, (Arts. 7.2 en relación al 1.b) del mismo precepto del RD 240/2007, y en la que se motiva la fundamentación que se se transcribe a continuación:

“...La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria ha visto el **recurso de apelación nº 201/13** interpuesto contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Santander, de fecha 10 de julio de 2013, en el procedimiento abreviado nº 54/13 interpuesto por la Delegación del Gobierno en Cantabria, representada y defendida por el Abogado del Estado siendo parte apelada Don Jaynele Anatol Vergonzini Alarcón, parte asistida por la Letrada Sra. Doña Ana María Uría Pelayo.

SEGUNDO: Si bien la Abogacía del Estado pretende centrar el objeto de debate en la prueba sobre lo que deba entenderse medios económicos suficientes a los efectos del artículo 7.b del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, regulador de la **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, acogiéndose al argumento *final* utilizado por el Magistrado a quo, la primera cuestión que debe determinarse es si resulta o no de aplicación dicho precepto al supuesto de autos, tal y como analiza la sentencia aquí debatida. El artículo 7 del Real Decreto 240/2007 regula la «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» (en adelante y para facilitar la comprensión del precepto, ciudadano de un Estado miembro de la UE). Dispone en el numeral 1, supuesto b) que «**Todo ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea... tiene derecho de residencia en el territorio del Estado Español por un período superior a tres meses si...** 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 añade en el siguiente numeral: «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 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 lectura del precepto no deja lugar a dudas sobre la persona a la que se exige, en este caso, disponer de recursos suficientes: al ciudadano de la Unión Europea. De hecho, la norma regula su entrada, libre circulación y residencia. Así lo dejó claro la STS, Sala 3ª, sec. 5ª, de 1-6-2010, rec. 114/2007. Conforme a dicha sentencia, el objeto del Decreto es «regular las condiciones para el ejercicio de los derechos de entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia, residencia de carácter permanente y trabajo en España por parte de los ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea... Sin embargo, en el artículo 2, impugnado, se extiende dicho ámbito subjetivo de aplicación -"cualquiera que sea su nacionalidad"- a los "familiares de ciudadano de otro Estado

miembro". Esto es, el derecho interno español (el Real Decreto impugnado) se va a imponer -se va a extender a regular- también la situación y los derechos de los familiares de los ciudadanos de otros Estados miembros, que ya han visto reconocida su situación en otro Estado miembro de la Unión europea como consecuencia de su vinculación familiar».

El artículo 2 impugnado en dicha sentencia disponía *«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..., cuando le acompañen o se reúnan con él, que a continuación se relacionan: b) A la pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público...».*

En este contexto, el artículo 7 establece las condiciones para la *«Residencia superior a tres meses de ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea»* y el artículo 8 la *«Residencia superior a tres meses con tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión»*. Pero lo que es evidente es que las condiciones del artículo 7 van referidas al ciudadano de la UE, no a sus familiares, cuya residencia, cuando les acompañen o se reúnan con el ciudadano de la Unión, están *«sujetos a la obligación de solicitar y obtener una "tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión"».*

Volviendo a la sentencia del TS, la extensión de la situación y derechos del artículo 2 tenía una salvedad: *«la de los familiares del propio ciudadano español, los cuales quedan excluidos al introducirse en el precepto la citada expresión "de otro Estado miembro". Esto es, el Real Decreto se va a aplicar solo a estos familiares y no a los familiares del propio ciudadano español, pues, estos no son "de otro Estado miembro", sino de "este" Estado miembro... a los familiares del ciudadano español les sería... de aplicación... el régimen general de extranjería contenido en el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000... 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...».*

Haciendo un inciso en la explicación de la Sentencia del Tribunal Supremo, la Disposición Adicional Vigésima aludida regulaba la *«Normativa aplicable a miembros de la familia de ciudadano español que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea...»*. Y disponía *«1. 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»*, y entre las categorías de familiares que contempla recogía la pareja inscrita en registro público. Sin embargo, *«2. La reagrupación familiar de ascendientes directos de ciudadano español, o de su cónyuge, se regirá por lo previsto en la sección 2ª*

COPIA ORIGINAL
7

del capítulo I del título IV del presente reglamento», es decir, del Reglamento de extranjería.

Por ello prospera la impugnación del referido artículo 2. Como indica la Sentencia comentada *«el artículo 3 de la Directiva 2004/38/CEE contempla -como ámbito subjetivo de la misma- la situación de "cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia"; expresión con la que no se excluye a la familia del español -cualquier que sea su nacionalidad- residente con el mismo (posiblemente por la vía de la reagrupación familiar) en otro Estado de la Unión Europea, en el supuesto de regreso, desde ese otro Estado miembro, al Estado de su nacionalidad, esto es, a España. Exclusión que sí se produce con la expresión impugnada del artículo 2, apartado primero, del Real Decreto citado, ya que, a estos familiares del ciudadano español -que, obviamente, no cuentan con la nacionalidad española- se les somete a un régimen de derechos diferente, cual es el previsto en la Disposición Transitoria Vigésima para el Reglamento aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre. En síntesis, la vuelta o regreso de un ciudadano español a su país de origen, desde otro Estado miembro de la Unión Europea con su familia -de nacionalidad extraeuropea-, no puede afectar al régimen europeo de la misma familia del que ya disfrutaba en el ese otro Estado miembro, por cuanto dicho estatuto comunitario, que la Directiva 2004/38/CE proyecta y regula, no puede verse limitado o menoscabado por una regulación interna de uno de los Estados miembros. La introducción, en el precepto impugnado, de la expresión en la que la impugnación se concreta ("de otro Estado miembro") implica una limitación subjetiva del ámbito comunitario y una interpretación restrictiva de la Directiva que debe de ser rechazada».*

La interpretación restrictiva operada por nuestra normativa que corrigió el Tribunal Supremo es, sin embargo, utilizada ahora por la Administración para tratar de imponer un régimen aún más restrictivo que el anulado por el Tribunal. De hecho, la Instrucción DGI/SGRJ/O3/2010, sobre la aplicación de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de junio de 2010, al anular del artículo 2 del Real Decreto 240/2007 la expresión *«de otro Estado miembro»* que evitaba se beneficiasen de este régimen igualmente los familiares de españoles de régimen comunitario, ya aclaraba que *«dado que anteriormente el cónyuge, la pareja registrada y los descendientes de ciudadano español ya se beneficiaban del régimen comunitario de extranjería, el cambio normativo afecta exclusivamente al régimen de reagrupación familiar de los ascendientes directos de ciudadano español y de su cónyuge, regulado hasta la fecha en la DA 20ª del Reglamento»* de extranjería.

Ni antes ni después de la Sentencia se regulaba en el Real Decreto 240/2007 al **ciudadano español residente en España**. Lo que permite la supresión de la expresión de otro Estado miembro es la aplicación del Real Decreto a los familiares del ciudadano español **no residente en España**, porque lógicamente, al ciudadano de la Unión que reside en su propio territorio nacional, no le es de aplicación ni la Directiva 2004/38/CE ni el Real Decreto que la traspone. Y la extensión lo es sólo a los efectos de que dicho ciudadano español se haya trasladado y regrese o vuelva al territorio.

Las condiciones del artículo 7 siguen dirigidas al ciudadano miembro 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 la 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 de la Unión (no del español que reside en su país) se extiende a su familia. Cuando los familiares acompañen o se reúnan con un ciudadano de la Unión, incluido ya en este caso, por la extensión del artículo 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 pues dicho precepto no regula este supuesto.”

Y en este supuesto como en los dos nombrados enjuiciados, concurre al igual en todos (los tres) que por la parte recurrente-apelada, se reitera que se le debe conceder la tarjeta de residencia superior a tres meses como familiar de ciudadano de la Unión Europea, en su caso de ciudadana española, ya que reúne los requisitos y no supone una carga asistencial para el Estado, percibiendo su pareja, ciudadana española como ya se ha dicho, una pensión, y el recurrente tiene tanto la tarjeta sanitaria como también seguro asistencial y de enfermedad privado concertado y, todo lo cual ni siquiera ha sido valorado y en consecuencia, se debe concluir con la estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto, la anulación del acto administrativo recurrido y el reconocimiento del derecho del actor a la obtención de la tarjeta de residencia solicitada.

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

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

FALLO

FALLO: estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Letrado Sr. Galparsoro García, en nombre y representación de D. _____, contra la Resolución dictada el día 10 de junio de 2.013 por el Subdelegado del Gobierno en Bizkaia, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto por el recurrente contra la Resolución de fecha 3 de abril de 2.013, denegatoria de la Tarjeta de Residencia Inicial de Familiar de Ciudadano de la Unión, actos administrativos que se anulan, reconociendo el derecho del Recurrente a la obtención de la tarjeta de residencia solicitada. Se condena en costas a la Administración demandada.

MODO DE IMPUGNAR ESTA RESOLUCIÓN: mediante RECURSO DE APELACIÓN EN AMBOS EFECTOS , por escrito presentado en este Juzgado en el plazo de QUINCE DÍAS, contados desde el siguiente a su notificación (artículo 81.1 de la LJCA), y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander,

COPIA DEL
RESOLUCIÓN

con nº 4771.0000.00.0209.13, de un **depósito de 50 euros**, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso". Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

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