

SR: LOPEZ.
NOT: 28/11/08.
és còpia

1/6

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 1 LLEIDA

Procedimiento abreviado nº: 9/2008

Parte actora: TATIANA

Representante parte actora: CARLES LOPEZ MIQUEL

Parte demandada: SUBDELEGACIÓ DEL GOVERN A LLEIDA

Representante parte demandada: ADVOCAT DE L'ESTAT

SENTENCIA Nº 378/08

En Lleida, a 27 de noviembre de 2008

Doña Itziar Maria Ochoa Cabello, Magistrada-Juez del Juzgado Contencioso Administrativo de Lleida y su provincia, he visto el juicio promovido por la Sra. TATIANA, representada por el Letrado Sr. CARLES LOPEZ MIQUEL, contra la resolución de la SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN LLEIDA, representada por el Sr. ABOGADO DEL ESTADO

HECHOS

Primero.- El día 14 de enero de 2008 tuvo entrada en este Juzgado de lo Contencioso- Administrativo, demanda suscrita por la parte actora en la que tras alegar los hechos y fundamentos legales que estimó procedentes a su derecho, pedía se dictase sentencia de conformidad con los pedimentos de la demanda.

Segundo.- Admitida la demanda y señalados día y hora para la celebración del acto del juicio, éste tuvo lugar el día 3 de junio de 2008. Abierto el juicio la parte actora se afirma y ratifica en su demanda, fijándose la cuantía del pleito como indeterminada en atención a la materia. En período de conclusiones las partes se ratificaron en sus pretensiones, quedando los autos vistos para sentencia.

Tercero.- En la tramitación de los presentes autos se han cumplido las prescripciones legales.



FUNDAMENTOS JURÍDICOS

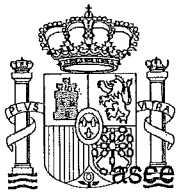
Primero.- Se recurre por parte de Tatiana la resolución de fecha 06/11/2007 dictada por la Oficina Única de Extranjeros de Lleida que acuerda no admitir a trámite la solicitud de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión interesada por la recurrente.

La parte recurrente solicita el dictado de sentencia por la que se anule la resolución impugnada y se disponga por parte de la administración demandada la admisión a trámite de la solicitud de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión presentada en fecha de 25/10/2007, tramitándose debidamente el expediente hasta su definitiva resolución. Ello con base en los siguientes argumentos: 1) la recurrente, de nacionalidad rusa, es madre de Vera, mayor de edad y también de nacionalidad rusa, 2) Vera es hija única, y desde el año 2000 reside en España, 3) el día 2 de julio de 2004, la sra. Vera contrajo matrimonio civil en Lleida con el ciudadano español Javier, residiendo desde entonces en el domicilio familiar situado en Lleida, 4) la sra. Tatiana es, por tanto, ascendiente directa de la cónyuge de un ciudadano español, 5) en fecha de 25/10/2007 la sra. Tatiana presentó solicitud de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, al amparo del art. 8 en relación con el 2.d) del RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, 6) con fecha de 06/11/2007 se dictó resolución por la que se inadmitía a trámite dicha solicitud con el argumento de que la petición no se regía por el RD 240/2007 sino por la DA 20ª del RD 2393/2004, la cual remitía en este caso a la Sección 2ª del capítulo I del título IV del mismo reglamento, 7) la decisión recurrida no es ajustada a derecho ya que la DA 20ª meritada es contraria al principio de igualdad establecido en el art. 14 CE al exigir, sin justificación alguna, a los ascendientes directos de miembros de la familia de ciudadano español que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la UE o de un Estado parte en el AEEE unos requisitos más gravosos al ser los correspondientes a los de la reagrupación de extranjeros para residir en España que para los ciudadanos de otros países de la UE o de la EEE.

El Abogado del Estado se opone a la demanda formulada de contrario, manteniendo que la decisión recurrida es ajustada a derecho al fundarse en lo regulado en la DA 20ª RD 2393/2004 para supuestos como el de la recurrente.

Segundo.- En el presente caso, nos encontramos ante la impugnación indirecta de una disposición de carácter general -como es la DA 20ª apartado 2 del RD 2393/2004- derivada de la impugnación directa realizada por la recurrente frente a la decisión de 06/11/2007 que resolvía aplicando aquella.

En este sentido, ante la petición de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión interesada por la recurrente como ascendiente directa de cónyuge de nacionalidad rusa casada con ciudadano español, la administración demandada decidió inadmitirla a trámite al considerar que la petición debería haberse presentado como un supuesto ordinario de reagrupación de



ascendientes en los términos previstos Sección 2ª del capítulo I del título IV del RD 2393/2004, y no al amparo del RD 240/2007 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 realidad, ello es lo que dispone la DA 20ª apartado 2 RD 2393/2004, introducido por el RD 240/2007 para el caso de ascendientes directos, cualquiera que sea su nacionalidad, de ciudadano español o de su cónyuge.

El problema se observa ante la regulación que se realiza en dicha DA 20ª RD 2393/2004 en cuanto determina la normativa aplicable a los miembros de la familia de ciudadano español que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la UE o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el EEE.

Así, el RD 240/2007 se aplica, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de ciudadano español, cuando le acompañen o se reúnan con él, y estén incluidos en una de las siguientes categorías:

- a) A su cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal.
- b) A la pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo, que impida la posibilidad de dos requisitos simultáneos en dicho Estado, y siempre que no se haya cancelado dicha inscripción, lo que deberá ser suficientemente acreditado. Las situaciones de matrimonio e inscripción como pareja registrada se considerarán, en todo caso, incompatibles entre sí.
- c) A sus descendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja, menores de veintiún años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo, o incapaces.
- d) A sus ascendientes y a los de su cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal, que vivan a su cargo, siempre que en la fecha de entrada en vigor del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, fueran titulares de una tarjeta de familiar de residente comunitario en vigor o susceptible de ser renovada, obtenida al amparo del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económica Europeo.

Sin embargo, para el único y especial supuesto de resto de ascendientes directos de ciudadano español o de su cónyuge no subsumibles en el párrafo d) del apartado 1 de la DA 20ª se exige, para residir en España, el cumplimiento de los requisitos establecidos para la reagrupación en el RD 2393/2004. Requisitos mucho más rigurosos y onerosos que los previstos para el resto de familiares



establecidos en el apartado 1º de la DA 20ª, que se rigen por el RD 240/2007.

En este sentido, y por lo que aquí nos interesa, el ascendiente directo de ciudadano español o de su cónyuge o conviviente cuya tarjeta de residencia se rija por el RD 240/2007 (los de la DA 20ª apartado 1) únicamente deberá acreditar que vive a cargo del descendiente. Sin embargo, el ascendiente directo de ciudadano español o de su cónyuge cuya petición no pueda incardinarse en el supuesto de ascendientes que establece dicho apartado 1º, pasará a subsumirse en el apartado 2º de la DA 20, en el que, al remitirse a la normativa de reagrupación para la obtención de autorización de residencia, se exigen requisitos todos ellos previstos en el RD 2393/2004 para su obtención tales como los siguientes:

- a) La existencia de razones específicas que justifiquen la necesidad de autorizar la residencia del ascendiente (art. 39.d)).
- b) Que el reagrupante ya haya renovado la primera autorización de residencia o haya solicitado dicha renovación (art. 42.2 c)).
- c) Acreditar que el reagrupante tiene suficientes medios económicos, de acuerdo con las cuantías que normativamente se determinan (art. 452.2.d)).
- e) Justificar que el reagrupante dispone de una vivienda adecuada, mediante un informe emitido por la corporación local del municipio donde resida (art. 42.2 e)).
- f) Que el familiar que se pretende reagrupar haya tramitado y obtenido, en su país de origen y previamente a su entrada al Estado español un visado (art. 43).
- g) Que el familiar reagrupado, una vez le haya sido concedido el visado y haya efectuado su entrada, solicite la tarjeta de identidad de extranjero (art. 43.6).

Tercero.- La diferencia de trato descrita para los ascendientes directos familiares de ciudadano español o de su cónyuge que se regulan por el apartado 2º de la DA 20ª RD 2393/2004 carece de justificación alguna. No existe motivo alguno por el cual los concretos ascendientes indicados han de someterse a un régimen más estricto para obtener autorización de residencia en España respecto no sólo de los demás ascendientes beneficiados por la aplicación del RD 240/2007, sino también del resto de familiares de ciudadano español o de su cónyuge que también se benefician de dicho trato y regulación más benévola, como es la prevista en el RD 240/2007. RD 240/2007 que, a su vez, no es más que la adaptación del Derecho Español a la Directiva Europea 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.

A juicio de la que suscribe, la redacción del apartado 2º de la DA 20ª RD 2393/2004 constituye una vulneración del Derecho Fundamental a la igualdad y no discriminación consagrado en el art. 14 CE al aplicar un régimen jurídico distinto y más gravoso, sin motivo alguno, a los familiares ascendientes directos -de cualquier nacionalidad -de ciudadano español o de su cónyuge para la obtención de tarjeta de familiar comunitario, frente a los familiares -de cualquier nacionalidad- de ciudadanos no españoles pero sí ciudadanos de Estados miembros de la UE o del AEEE como en relación a los familiares -de cualquier nacionalidad- de ciudadanos españoles expresados en el apartado 1º de la DA 20ª RD 2393/2004, a los que se aplica el RD 240/2007.



En su consecuencia, la inadmisión a trámite de la solicitud de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión interesada por la recurrente - ascendiente directa de cónyuge de ciudadano español-s basada en que la petición ha de regirse por las normas generales de reagrupación del RD 2393/2004 es nula de pleno derecho al amparo de lo dispuesto en el art. 62.1.a) Ley 30/1992 en tanto que la resolución recurrida es la aplicación de una norma - el apartado 2º de la DA 20ª RD 2393/2004- discriminatoria, arbitraria y no justificada por razón de nacionalidad y de vínculos familiares, como ya se ha indicado supra. La recurrente tiene derecho a que le sean aplicados a su petición de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión los mismos requisitos y procedimiento de tramitación que se exige para el resto de los ciudadanos comunitarios en esta clase de procedimiento -RD 240/2007-. Se concluye, por tanto, que el apartado 2º de la DA 20ª del RD 2393/2004 es contrario a derecho.

Procede, por tanto, la estimación del recurso contencioso-administrativo aquí interpuesto, anulándose la resolución impugnada y ordenándose a la administración demandada la admisión a trámite de la solicitud de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión presentada en fecha de 25/10/2007, tramitándose debidamente el expediente hasta su definitiva resolución.

Cuarto.- Conforme al artículo 27 Ley 29/1998, este órgano judicial, una vez firme la sentencia, planteará cuestión de ilegalidad ante el Tribunal Supremo, al estimar ilegal el contenido de la disposición general aplicada y ser dicho órgano judicial el competente para conocer del recurso directo contra la Disposición Adicional 20ª apartado 2º del RD 2393/2004, de 30 de diciembre, añadida por la Disposición Final 3ª del RD 240/2007, de 16 de febrero, y ello conforme al artículo 12.1.a) de la LJCA.

Quinto.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 139.1 LJCA, no se hace imposición de costas a ninguna de las partes habida cuenta de que no se aprecia temeridad ni mala fe en la postura mantenida por las mismas en el procedimiento.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación

FALLO

Estimo en su totalidad el recurso interpuesto por Tatiana contra la resolución de fecha 06/11/2007 dictada por la Oficina Única de Extranjeros de Lleida que acuerda no admitir a trámite la solicitud de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión interesada por la recurrente; **anulando, en su consecuencia, la resolución recurrida por no ser conforme a derecho** y ordenándose a la administración demandada la admisión a trámite de la solicitud de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión presentada en fecha de 25/10/2007, tramitándose debidamente el expediente hasta su definitiva resolución. Sin imposición de costas.



Firme que sea esta sentencia se planteará cuestión de ilegalidad ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de la Disposición Adicional 20ª apartado 2º del RD 2393/2004, introducida por la Disposición Final 3ª del RD 240/2007, de 16 de febrero.

La presente resolución no es firme, al caber contra la misma recurso de apelación a interponer ante este Juzgado en el plazo de 15 días a contar desde la notificación de la presente resolución.

Así, por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION. Leída y publicada que fue la anterior Sentencia por la Magistrado-Juez que la suscribe en audiencia pública y en los estrados del Juzgado. Doy fe.