

Id Cendoj: 09059330012008100368

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso

Sede: Burgos

Sección: 1

Nº de Recurso: 135/2008

Nº de Resolución: 476/2008

Procedimiento: APELACIÓN

Ponente: MARIA BEGOÑA GONZALEZ GARCIA

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

SENTENCIA

En la ciudad de Burgos, a veintiséis de septiembre de dos mil ocho.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, ha visto en grado de apelación el recurso núm. 135/2008, interpuesto por la ciudadana mozambiqueña Doña Eugenia representado por la Procuradora Doña Elena Prieto Maradona contra la sentencia de fecha 14 de abril de 2008, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Ávila en el recurso núm. 2/2008, por la que se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por aquélla contra la resolución de fecha 6 de noviembre de 2007 por la que se deniega la residencia de familiar comunitario inicial; es parte apelada la Administración del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado en virtud de la representación y defensa que por Ley ostenta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Ávila en el procedimiento abreviado núm. 2/2008 , se dictó sentencia de fecha 14 de abril de 2.008 por la que, desestimando el recurso interpuesto contra la resolución de fecha 6 de noviembre de 2007 de la Subdelegación de Gobierno de Ávila por la que se deniega la residencia de familiar comunitario inicial a la ahora apelante y se declara dicha resolución ajustada a derecho.

SEGUNDO.- Que contra dicha sentencia se interpuso por la actora, hoy apelante, recurso de apelación mediante escrito de fecha 13 de mayo de 2008, que fue admitido a trámite, Solicitando que se dicte sentencia por la que, con expresa estimación del presente recurso de apelación se dicte sentencia por la que se acuerde anular por contraria a derecho la resolución recurrida.

TERCERO.- De mencionado recurso se dio traslado a la Administración del Estado, quien lo evacuó con el resultado que obra en autos solicitando la desestimación del recurso de apelación y confirmación de la sentencia de instancia.

CUARTO.- El recurso de apelación que tuvo entrada ante esta Sala el día 13 de agosto de dos mil ocho. Habiéndose dictado providencia de fecha quince de septiembre de dos mil ocho , teniendo por parte en el recurso de apelación como apelante a Doña Eugenia representada por la Procuradora Doña Elena Prieto Maradona y como parte apelada la Administración del

Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado en virtud de la representación y defensa que legalmente ostenta.

Y quedando pendiente de votación y fallo el presente recurso de Apelación para el día veinticinco de septiembre de dos mil ocho que se celebros la misma. Habiéndose designado Magistrado Ponente del presente recurso de Apelación a Doña María Begoña González García, Magistrado integrante de esta Sala y Sección.

En la tramitación del recurso en ambas instancias se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

PRIMERO.- Por resolución de fecha 6 de noviembre de 2007 de la Subdelegación de Gobierno de Ávila se desestima la petición de la recurrente de la tarjeta de familiar comunitario inicial, por no darse los requisitos establecidos en el RD 240/2007 en su artículo 2 b).

Recurrida dicha resolución por la parte actora, hoy apelante, el mencionado recurso fue desestimado por la sentencia de instancia de fecha 14 de abril de 2008 , y ello en la consideración de que si bien se alega por la recurrente, en contra de lo establecido en la resolución impugnada, que se ha presentado una declaración jurada de que no se figura inscrito en otro registro, ello sigue sin aportar seguridad de que este Registro se encuentre conectado con otros Registros, para que se de el presupuesto legal de que se trate de un Registro que impida la posibilidad de dos registros simultáneos.

SEGUNDO.- Frente a la sentencia de instancia se alza la parte apelante, solicitando la estimación del presente recurso de apelación y la revocación de la citada sentencia, invocando frente al argumento sustentado en la sentencia de instancia y en la resolución que se confirma de que, con independencia de la declaración jurada y sus posibles efectos penales, lo cierto es que se incide en la plena validez y presunción de veracidad de los Certificados Municipales, ya que dicho Registro exige una declaración jurada, lo que impide la doble inscripción y la emisión de un certificado público por la autoridad municipal competente, lo reviste de una serie de garantías, entre las que se encuentra la presunción de veracidad y que la inscripción cuestionada podía ser impugnada y no lo ha sido, y se alega la hipótesis de que la filiación documentada en un certificado, también se dudase del reconocimiento verificado por un progenitor, por lo que no puede admitirse el argumento esgrimido en la sentencia impugnada, que impide a un documento público desplegar sus efectos jurídicos, ya que además el argumento de la sentencia conduciría a la necesidad de solicitar certificado negativo de no inscripción en otros registros, lo que además de su coste, implicaría la inversión de la carga de la prueba.

Que la interpretación de la norma desde un punto de vista finalista de evitar la inscripción simultánea en varios registros, no puede conducir ante la inexistencia de un Registro Central, a que ello vaya en contra de los propios ciudadanos, ya que de ser así el contenido del artículo 2 del Real Decreto 240/2007 quedaría vacío de contenido, ya que no cabe una interpretación tan restrictiva que haga inaplicable la propia norma, siendo así que la sentencia de instancia ha obviado la interpretación de otros juzgados al respecto, como la sentencia del TSJ del País Vasco de 29 de junio de 2007 y del propio Tribunal Supremo sobre la equiparación de las Uniones de Hecho, sin que finalmente sea admisible el argumento de la sentencia sobre la posibilidad de contraer matrimonio, ya que ello conculca el principio de la libertad ideológica.

TERCERO.- Frente a dicha pretensión de la parte apelante, por el Abogado del Estado se rebaten puntualmente los argumentos impugnatorios, puesto que se considera que a la vista de la regulación recogida en el RD 240/2007, que no es sino una traslación de la Directiva Comunitaria 2004 / 38 / CE del Parlamento y del Consejo de 23 de abril de 2004 , que deroga toda la normativa anterior y en concreto en su artículo 2b) se establece que:

"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 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:

"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 registros 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."

Lo que deja al pleno albedrío de cada Estado la determinación legal de las condiciones bajo las que el registro como pareja de hecho, podrá determinar la obtención de la correspondiente tarjeta. Que frente a los argumentos de la actora, se incide en que se trata de un Registro que no esta conectado con los restantes Registros y que la declaración jurada que se invoca es irrelevante, no solo por lo que se alega respecto a la consideración penal de la falsedad de dicha declaración, sino por que lo trascendente es que se impida la existencia de otras inscripciones simultaneas, siendo grotesco el paralelismo que se hace con el Registro Civil como medio de acreditar la filiación, con la declaración jurada ante el encargado del Registro de Parejas de Hecho.

2

Finalmente se indica que la sentencia del País Vasco de 29 de junio de 2007 en la que apoya la apelante su pretensión, no resuelve sobre el fondo del asunto, ya que se limita a revocar una resolución de inadmisión.

Que tampoco la interpretación realizada de la norma la vacía de contenido ante la necesidad de un desarrollo legal ulterior que permita la existencia de un Registro central o de una comunicación de registros para su coordinación.

Y finalmente respecto al último alegato relativo a la libertad ideológica, la afirmación de la sentencia ha de interpretarse dentro del marco de las alegaciones que se verificaron por las partes, respecto a la posibilidad actual de contraer matrimonio en cualquiera de las formas legales, por lo que no puede objetarse que conforme a la doctrina constitucional, reciban distinto tratamiento legal a estos efectos, el matrimonio y la mera inscripción como pareja de hecho en un registro, que como el que nos ocupa, no reúne los requisitos reglamentariamente establecidos.

Por último el privilegiado régimen que resulta del RD 240/2007, frente al régimen legal de extranjería del RD 2393/2007, justifica una interpretación estricta de su texto, ya que frente al régimen general que no otorga trascendencia jurídica a las parejas de hecho, este Real Decreto debe ser objeto de una interpretación respetuosa con su literalidad.

En efecto dicho Registro Municipal no puede garantizar, ni que no existan otras inscripciones preexistentes en otros registros homólogos, ni formalizar posteriormente otras inscripciones, ya que la falta de interconexión de los registros excluiría la eventualidad de cancelación automática de la preexistentes, tal posibilidad no es compatible con los principios que inspiran la Directiva Comunitaria, como la normativa nacional y siendo además inconciliable con el deseable control de la inmigración ilegal y regulación de los flujos migratorios, como bien público superior en la jurisprudencia del TS, por lo que se termina solicitando la desestimación del recurso de apelación y confirmación de la sentencia de instancia.

CUARTO.- Planteado en dichos términos el debate del presente recurso de apelación, la cuestión estriba en determinar si la resolución impugnada y la sentencia que la confirma, realizan o no una correcta interpretación de lo establecido en el Real Decreto 240/2007, en concreto en su artículo 2 b), no en cuanto a negar la condición de pareja de hecho a la

formada por la recurrente y Don Emilio , sino si la inscripción de dicha pareja cumple con los requisitos establecidos en la normativa aplicable, no se trata por tanto de realizar divagaciones sobre el alcance penal de la declaración jurada necesaria para la inscripción de la pareja de hecho en el Registro Municipal de Ávila, sino si dicho Registro ofrece las garantías precisas establecidas en la citada normativa siendo 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 registros simultáneos en dicho Estado, y siempre que no se haya cancelado dicha inscripción, lo que deberá ser suficientemente acreditado.

Y lo cual, si bien no se puede afirmar a priori en el caso que nos ocupa, lo cierto es que esa falta de conexión entre los Registros Públicos no es algo que pueda imputarse al ciudadano y que deba redundar en su perjuicio, haciendo inaplicable los efectos de la norma, ya que se puede dejar al albedrío de cada Estado la determinación legal de las condiciones bajo las que el registro como pareja de hecho podrá determinar la obtención de la correspondiente tarjeta, pero no cabe entender que al arbitrio del Estado quede la organización de los registros que determine en ultimo término que dicha equiparación no se produzca, porque no se haya establecido el mecanismo legal preciso que impida la posibilidad de dos registros simultáneos o la cancelación de inscripciones precedentes, y esto no se puede ser reprochado a la actora y que ello impida el derecho a dicha tarjeta, ya que si bien es cierto que la conclusión a la que se llega la sentencia de 29 de junio de 2007 del TSJ del País Vasco, es la necesidad de que se tramite la solicitud al amparo del Real Decreto antes citado, también se precisa en dicha sentencia el cambio normativo que ese Real Decreto implica con respecto a la normativa anterior y así con remisión expresa a la sentencia de ese mismo Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 3 de Septiembre de 2007 , de la que había sido Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Luis Ibarra Robles, y en la que se concluía al amparo con relación a la equiparación de la situación matrimonial y de la pareja de hecho que la exposición anterior permitía concluir que la diferenciación entre la situación del cónyuge dimanante de una unión matrimonial y la de la pareja de una unión estable no matrimonial que se desprendía del artículo 2.a) del Real Decreto 178/2003 , lo que debía entenderse atemperada a las distintas garantías institucionales que los artículos 32 y 39 de la Constitución establecen, respectivamente, para el matrimonio y para la familia, todo lo cual conducía , en ese caso a la revocación de la sentencia de instancia, pero en la misma sentencia de apelación se ponía también de relieve expresamente que:

3

"La derogación sobrevenida del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, por el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, que incorpora al derecho español la Directiva 2004 / 38 / CE , del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004

La actividad administrativa de cumplimiento del fallo de la presente sentencia va a verse necesariamente afectada por la sustancial modificación producida en el Derecho comunitario europeo, y, consecuentemente, en el Derecho interno español, en cuanto a la determinación de las relaciones familiares que determinan el reconocimiento de los derechos de entrada y permanencia en los territorios de los Estados miembros de la Unión Europea respecto de personas nacionales de países terceros.

En efecto, como ya se ha adelantado en el Fundamento Jurídico Segundo de esta sentencia, el día 30 de abril de 2004 en que se produjo su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (L 158/77) entró en vigor la Directiva 2004 / 38 / CE del Parlamento y del Consejo, de 23 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, cuyos destinatarios, como se señala en su artículo 42 , son los Estados miembros de la Unión Europea.

La Directiva 2004 / 38 / CE , modifica el Reglamento CEE núm. 1612/68 y deroga las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365 /CEE y 93/96/CEE. Por prescripción del artículo 38 de la nueva Directiva, las derogaciones señaladas adquirieron eficacia jurídica a partir del día 30 de abril de 2006,

preceptuándose en su apartado 3 que, con efectos a partir de dicha fecha, las referencias a las Disposiciones a las Directivas derogadas se entenderán hechas a la Directiva 2004 / 38 / CE .

El artículo 40 de la Directiva 2004 / 38 / CE , establece ese mismo plazo bianual para su incorporación al Derecho nacional, quedando obligados los Estados miembros a poner en vigor en dicho plazo, anterior al 30 de abril de 2006, las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la misma.

El artículo 2, apartado 2, de la Directiva 2004 / 38 / CE ofrece una nueva definición de la noción "miembro de la familia", en la que, a partir de su vigencia, se incluyen:

"a) el cónyuge;

"b) la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida ;

"c) los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b);

"d) los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b)."

Los artículos 12, 13 y 14 de la Directiva 2004 / 38 / CE , regulan el mantenimiento del derecho de residencia de los miembros de la familia en los casos de fallecimiento, partida de la persona ciudadana de la Unión, así como de divorcio, anulación del matrimonio o fin de la unión registrada; así mismo, regula los casos específicos de carga excesiva para la asistencia social e incumplimiento de condiciones.

La referida Directiva 2004 / 38 / CE ha sido incorporada al ordenamiento jurídico español mediante el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, publicado en el BOE de 28 de febrero de 2007. Esta incorporación se produjo una vez concluido en exceso el plazo máximo bianual conferido a los Estados miembros para su transposición al derecho interno.

El Real Decreto 240/2007, en vigor desde el 28 de marzo de 2007 , deroga el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero , e introduce las modificaciones del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, que se recogen en la Disposición final tercera

El artículo 2 del Real Decreto 240/2007 recoge en su apartado b) la siguiente situación familiar, concordante con la definición del artículo 2, apartado 2.b), de la Directiva 2004 / 38 / CE : "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 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:

"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 registros 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 .

A su vez, el artículo 9 del Real Decreto regula el mantenimiento a título personal del derecho de residencia de los miembros de la familia, en caso de fallecimiento, salida de España, nulidad

del vínculo matrimonial, divorcio, separación legal o cancelación de la inscripción como pareja registrada, en relación con el titular del derecho de residencia.

Por ello, la Subdelegación del Gobierno en Vizcaya para la práctica de lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo de esta resolución jurisdiccional, habrá de tener en cuenta que:

a) La resolución administrativa cuya conformidad a Derecho se declara, aparece dictada en la fecha de 31 de mayo de 2004, en el tiempo que media entre la entrada en vigor de la Directiva 2004 / 38 / CE y el plazo bianual conferido a los Estados miembros de la Unión Europea para la incorporación de sus disposiciones al Derecho nacional.

b) Debe comprobarse si el supuesto de hecho necesario para la aplicación al ahora apelado del artículo 2.b) del Real Decreto 240/2007 existía ya en la fecha de 30 de abril de 2006 ; en cuyo caso, habrá de obtener las adecuadas consecuencias jurídicas de la previsión del artículo 38 de la Directiva 2004 / 38 / CE , en cuanto a los efectos de la derogación dispuesta en el mismo y en cuanto a la prescripción de que, a partir del 30 de abril de 2006, las referencias a las disposiciones de las Directivas derogadas, deben entenderse hechas a la Directiva 2004 / 38 / CE .

QUINTO.- Pero en el presente caso no se está discutiendo la equiparación de dichas situaciones, sino una cuestión formal cual es la de la garantía en este caso del Registro donde se ha inscrito la pareja de hecho y pese a las comparaciones que se pretenden hacer por la apelante, respecto a la filiación inscrita en el Registro Civil, es evidente que no puede equiparse dicho Registro al Registro municipal de Ávila de parejas de hecho y que no existe garantía por la interconexión de Registros que no haya duplicidad de inscripciones o cancelación de las preexistentes, también lo es que estas circunstancias no pueden imputarse a la apelante y que el propio artículo 40 de la Directiva 2004 / 38 / CE , que motiva el Real Decreto 240/2007 , establece ese mismo plazo bianual para su incorporación al Derecho nacional, quedando obligados los Estados miembros a poner en vigor en dicho plazo, anterior al 30 de abril de 2006, las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la misma, sin que dicho incumplimiento en cuanto a la organización de los Registros pueda implicar un obstáculo para la obtención de la tarjeta solicitada por la recurrente, ya que no se trata de que se deje al arbitrio del Estado el desarrollo reglamentario, sino que estamos tratando de unos requisitos del Registro que si no se establecen determinan la inaplicación del referido Real Decreto, lo cual no puede ser aceptado siendo por ello la consecuencia obligada la estimación del recurso de apelación y con revocación de la sentencia de instancia reconocer el derecho de la actora a la obtención de la tarjeta solicitada.

ÚLTIMO.- Estimándose el recurso de apelación interpuesto, procede en aplicación del art. 139.1 y 2 de la LRJCA hacer expresa imposición de costas procesales a la parte apelante por imperativo legal.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación la SALA ACUERDA

FALLO

Estimar el recurso de apelación núm. 135/2008, interpuesto por la ciudadana mozambiqueña Doña Eugenia representada por la Procuradora Doña Elena Prieto Maradona contra la sentencia de fecha 14 de abril de 2008, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Ávila en el recurso núm. 2/2008, por la que se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por aquella contra la resolución de fecha 6 de noviembre de 2007 por la que se deniega la residencia de familiar comunitario inicia; Y con revocación de la referida sentencia se declara en su lugar que se estima el recurso interpuesto por Doña Eugenia representada por la Procuradora Doña Elena Prieto Maradona contra la sentencia de fecha 14 de abril de 2008, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Ávila en

el recurso núm. 2/2008, por la que se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por aquélla contra la resolución de fecha 6 de noviembre de 2007 por la que se deniega la residencia de familiar comunitario inicial , resolución que se declara no conforme a derecho, reconociendo en su lugar el derecho de la recurrente a la tarjeta de residente de familiar comunitario inicial, solicitada; y ello sin expresa imposición de las costas procesales a ninguna de las partes, ni de las causadas en esta apelación, ni en la primera instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes. Esta sentencia es firme y contra ella no cabe interponer recurso ordinario alguno.

Devuélvase los autos al Juzgado de procedencia con certificación de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, debiendo acusar recibo.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala al inicio indicados, de todo lo cual, yo el Secretario, doy fe.