

JDO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 5 DE MÁLAGA

C/ Fiscal Luis Portero Garcia s/n

Tel.: 951-93-92-75 Fax: 951-93-91-75

N.I.G.: 2906745020080004873

Procedimiento: Procedimiento abreviado 739/2008. Negociado: GS

Recurrente: A

Letrado: AN1

Procurador: MARIA TERESA BAENA REBOLLAR

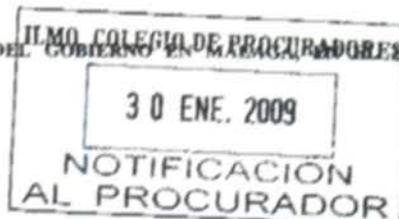
Demandado/os: SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN MALAGA

Representante:

Letrados:

Procuradores:

Acto recurrido: 19-9-08 DICTADA POR LA SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN MÁLAGA. EXP. Nº 290020080019457

**SENTENCIA**

Nº 019/2009

En Málaga, a veintisiete de enero de dos mil nueve

Visto, por el Magistrado-Juez del Juzgado Contencioso-Administrativo nº 5 de Málaga y provincia, don Santiago Macho Macho, el recurso contencioso-administrativo, tramitado como procedimiento abreviado nº 739/08, seguido para conocer del recurso interpuesto por la Procuradora Sra. Baena Rebollar en nombre de doña defendida por el Letrado Sr. Navarro Uribe, contra resolución de la Subdelegación del Gobierno en Málaga; representa y defiende a la Administración el Abogado del Estado

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El recurso es interpuesto y sustanciado el 3 diciembre 2008, siendo remitido a este juzgado en reparto realizado el mismo día. En la demanda es pedido sentencia que con estimación de los argumentos expuestos obligue al dictado de una nueva resolución de la Oficina de Extranjeros que conceda la tarjeta de familiar de ciudadano Comunitario a mi mandante la Sra. Rodes Schoch, bien por admitir que se halla en el supuesto de hecho de la norma contenida en el art. 2 del RD 240/2007, de 16 de febrero, bien, subsidiariamente, estimándose la circunstancia excepcional de mantener una relación paramarital, vista la Disposición adicional decimonovena, apartado b), del vigente reglamento de extranjería (RD 2393/2004, de 30 de diciembre). En otro si es pedido el planteamiento de cuestión de ilegalidad del inciso "que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho estado" del apartado b) del artículo 2 del RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de la Unión Europea, conforme a los artículos 27.1 y 123 y ss. De la LRJCA.

SEGUNDO.- Con resolución de 5 diciembre 2008 se admite a trámite la demanda y es acordada su curso conforme al procedimiento abreviado, requiriéndose a la Administración demandada el envío del expediente administrativo.

TERCERO.- Recibido el expediente administrativo, el pasado día 22 se celebró la vista, compareciendo los letrados de las partes, cuyas alegaciones se recogen en la correspondiente acta de juicio oral que consta en autos.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso contencioso-administrativo se han observado las prescripciones legalmente establecidas.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El objeto material del recurso es decidir sobre si es ajustada a derecho la resolución de 19 septiembre 2008 de la Subdelegación del Gobierno en Málaga, expediente 290020080019457, deniega a la recurrente la expedición de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión solicitada.

La parte recurrente alega, en síntesis:

-En fecha 6 de agosto, solicitamos Tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión sobre la base del art. 2 del Real Decreto 240/07, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la U.E. y de otros estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Se tramitó como expediente núm. 290020080019457.

Posteriormente, el día 20 de agosto, se presentó escrito solicitando mejorar la anterior solicitud añadiendo que, subsidiariamente, se concediera la tarjeta via Disposición Final Tercera del aludido RD 240/2007, de 16 de febrero, por la que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, introduciendo la Disposición adicional decimonovena, apartado b), del aludido 2393/2004, de 30 de diciembre, la cual, hace extensible el derecho a la pareja no registrada. Tal petición subsidiaria, se hizo al amparo del art. 71.1 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, relativo a subsanación y mejora la solicitud.

Pasado 4 de octubre, nos fue notificada la resolución de la solicitud efectuada. Ha sido resuelta en sentido desfavorable. Expresamente refiere la resolución, que, si bien el art. 2 del RD 240/07, extiende su ámbito de aplicación a las parejas con las que se mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos, instrucciones de la Dirección General de Inmigración de 22 de marzo de 2007 relativas al RD 240/07, establece la no validez de los registros de Parejas Estables existentes en las Comunidades Autónomas ni en los Ayuntamientos ya que no impide la posibilidad de dos registros simultáneos en España.

Sobre la mejora de la solicitud, referente a la concesión de la tarjeta de familiar de comunitario con carácter subsidiario, por la vía de la Disposición adicional decimonovena, apartado b), en razón a la concurrencia de circunstancias excepcionales, cual es, la intención de una relación estable debidamente probada, tal Administración no se ha pronunciado. Entendemos que ha sido desestimada por silencio administrativo.

-El argumento de la administración para denegar la solicitud de [redacted] "no estar inscrita la relación de pareja de hecho en un registro público que impida la posibilidad de

dos registros simultáneos en dicho Estado", simplemente carece de fundamento. Todas las legislaciones sobre inscripción de parejas de hecho o uniones estables exigen que los interesados no sean ni cónyuges, ni separados, ni estar inscrito en otro registro como tal. Así la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho de Andalucía en su art. 3.2 a) limita su ámbito subjetivo de aplicación, entre otros, a "... los que estén ligados con vínculo matrimonial o pareja de hecho anterior inscrita. " Por tanto cualquier inscripción que no cumpla lo anterior habrá sido efectuada en fraude de ley.

En tal sentido se refieren otras legislaciones autonómicas.

Mencionar, que la referida argumentación administrativa solo está recogida en una instrucción de la Dirección General de Inmigración de 22 de marzo de 2007. El reglamento de comunitarios (RD 240/2007, de 16 de febrero) solo refiere que no sean posibles dos inscripciones en un estado, lo cual como se ha expresado, no es posible en España salvo que se haga en fraude de ley, pudiendo acarrear incluso consecuencias de tipo penal (arts. 392 y 390 del Código Penal, sobre falsificación de documentos públicos).

Por otro lado el RD 240/2007, de 16 de febrero, tiene su razón de ser en la transposición del más reciente derecho comunitario sobre la materia, la Directiva 2004/3 8/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. La exigencia de una inscripción registral "que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado" del art. b) del RD 240/2007, de 16 de febrero, es contraria a lo establecido en el art. 2.2 b) de la Directiva 2004/3 8/CE, la cual no exige en modo alguno la existencia de ese registro único.

Bajo la argumentación contenida en la Instrucción de la Dirección General de Inmigración de 22 de marzo de 2007, se está negando de hecho en España la reagrupación familiar a todas las parejas, ya que ninguna constituida o trasladada a España, va a poder solicitar el reconocimiento de tal condición sobre la base de los certificados de pareja de hecho expedidos en España por los registros existentes.

-De forma subsidiaria se solicitó la concesión de la tarjeta de familiar de comunitario por la vía prevista en la Disposición Adicional Decimonovena supuesto b), del RD 2393/2004, de 30 de diciembre, introducida por mor de la Disposición Final Tercera 1 Uno del RD 240/2007, de 16 de febrero, la cual, extiende el ámbito de aplicación subjetivo a la pareja no registrada del ciudadano de la Unión con el que mantiene una relación estable debidamente probada.

A la luz de lo expuesto, solo queda determinar el modo de prueba. A nuestro entender la más fiable es el Certificado de Pareja de Hecho acreditativo de la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de Andalucía, organismo dependiente de la Delegación de Igualdad de la Junta de Andalucía, el cual consta en el expediente. Por tanto, no es admisible que tal certificado, acreditativo de la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de Andalucía, no sirva para acreditar la condición de la Sra. Rodes Schoch, como pareja del Sr. Poole con el que mantiene una relación análoga a la conyugal.

Por el Abogado del Estado en representación de la Administración demandada se solicita la desestimación del recurso y se remite a los fundamentos de derecho y a la resolución

impugnada.

SEGUNDO.- En la resolución recurrida se dice, como antecedente de hecho segundo que "El interesado formula la expedición de la citada Tarjeta alegando ser pareja de hecho del ciudadano con la que mantiene una unión análoga a la conyugal, sin que quede acreditado en el expediente de referencia, mediante la certificación expedida por el órgano encargado del registro de parejas de hecho correspondiente, la inscripción en un registro público establecidos a estos efectos por un Estado miembro de la Unión Europea que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado"

Y el fundamento de derecho segundo dice: "Por otra parte, el artículo 2 del mismo texto legal, extiende su ámbito de aplicación a las parejas con las que se mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos, no siendo válidos los registros de Parejas Estables existentes en las Comunidades Autónomas, ni de los Ayuntamientos, según instrucciones dictadas por la Dirección General de Inmigración relativas al RD 240/2007 de fecha 22/03/2007".

El Decreto reseñado, que regula la Entrada, Libre Circulación y Residencia en España de Ciudadanos de Estados Miembros de la UE, en su art. 2 dice: "Aplicación a miembros de la familia del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo 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".

Por tanto, el Decreto no dice que no sean, por lo que al caso atañe, válidos los registros de las comunidades autónomas, que también son Estado, debiendo bastar que el registro reúna las garantías bastantes para impedir el doble registro, que al caso está garantizado dado que la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho de Andalucía en su art. 3.2 a) limita su ámbito subjetivo de aplicación excluyendo, entre otros, a "... los que estén ligados con vínculo matrimonial o pareja de hecho anterior inscrita"..

La interpretación que hace la instrucción administrativa de referencia, que no tiene carácter normativo, añadiendo requisitos no previstos ni en la Ley ni en el Reglamento, no se ajusta a derecho y por ello también la disposición administrativa que la aplica y ahora se recurre.

La Instrucción citada cae de lleno en el ámbito de las circulares o instrucciones de servicio, con afán de interpretación de otra de rango superior que nada preveía al respecto. Y es sabido que tradicionalmente se establecía una diferenciación entre circulares e instrucciones, para referirse a las disposiciones con vocación normativa, de rango jurídico menor, encaminadas a proporcionar directrices, bien afectasen a los funcionarios encargados de la tramitación y resolución de los expedientes que por razón de la actividad

administrativa tenían que realizar, bien a los propios administrados. Así se contemplaba en el art. 7 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958: «Los órganos superiores podrán dirigir con carácter general la actividad de los inferiores, mediante instrucciones y circulares»; en relación con ello, el art. 14.3 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado disponía, entre las competencias de los Ministros, la de ejercer la potestad reglamentaria en las materias propias de su Departamento; y el art. 18 de esta última norma citada, permitía a los Subsecretarios y Directores Generales, en cuanto se refiriese a la organización interna de los servicios dependientes de los mismos, dictar circulares e instrucciones.

Tras la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, desaparece la denominación de dichas disposiciones como circulares e instrucciones, para configurarse como instrucciones y órdenes de servicio; y ello se plasmó en el articulado de dicha Ley o en la Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado; en concreto, el art. 21 de la Ley 30/1992 nos dice, en cuanto a las instrucciones y órdenes de servicio, que los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio. Preveía, además, la publicación de las mismas en el periódico oficial que correspondiese, si lo estableciera una disposición específica o se estimase conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que pudieran producirse; como parece lógico, añadía el número segundo de este artículo que el incumplimiento de las instrucciones u órdenes de servicio no afecta por sí solo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pueda incurrir.

Sin perjuicio de otras definiciones, y sólo por remarcar los perfiles de unas y otras, las instrucciones vendrían a ser los instrumentos escritos que proporcionan criterios de actuación administrativa, calificándose a las órdenes de servicio como notas de régimen interior con un carácter de mayor imperatividad. El fundamento de su exigencia se deriva, sustancial aunque no exclusivamente, del principio de jerarquía, innata en cualquier organización, ocasionando una relación de dependencia administrativa entre los diversos órganos que la componen y cuya consecuencia es una ordenación gradual y vertical de las competencias. La propia Carta Magna, en su art. 103.1 sirve de fundamento normativo a dicho principio de jerarquía, bien que referido a la Administración Central del Estado; y también en el art. 3.1 de la Ley 30/1992, o en los arts. 2.2 y 3.1 a) de la Ley 6/1997. Aunque, no se ignora, en muchas ocasiones es estéril distinguir entre instrucciones y órdenes de servicio, pues participan ambas de similar naturaleza y relevancia jurídica, indiferenciadas por otro lado por la práctica administrativa y justificadas por su finalidad interpretativa.

La práctica administrativa, por otro lado, ha provocado que bajo la apariencia de instrucciones latieran verdaderos reglamentos; y para discriminar unas de otros se han venido utilizando:

a) El elemento jerárquico, pues las circulares o instrucciones contendrían directivas a seguir en los respectivos centros o unidades emanadas de los órganos superiores y que obligan exclusivamente a sus subordinados; su fuerza de obligar no deriva del ejercicio de la

potestad reglamentaria, sino del principio jerárquico, y de ahí que sus efectos en la esfera mencionada se produzcan incluso sin previa publicación.

b) Eficacia interna o externa, «ad intra» o «ad extra» de la disposición; en este sentido se pronunciaba la STS 3-3-1995 (RJ 1995\1997), cuando establecía que para distinguir unas de otras habría que acudir no tanto a criterios formales, sino a los materiales, de contenido, para examinar si las obligaciones impuestas por la circular se referían sólo a los funcionarios en su ámbito interno o afectaban a los administrados. Y es que la calidad de la norma no depende tanto del nombre que se le pueda dar, sino de lo que dispone; no es una cuestión de nomenclatura, sino de contenido.

En sentido similar al aquí mantenido, se pronuncia el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), en Sentencia de 21 junio 2007, RJ 2007\7917, con cita de otras, también sobre instrucciones en materia de extranjería.

Por lo que, constando Resolución de la Delegación Provincial de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía en Málaga de 22 enero 2008 que acuerda la inscripción de la pareja de hecho formada por la recurrente y don [redacted] folios 12 y 13 del expediente, el recurso debe ser estimado.

TERCERO- En virtud de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no procede imponer las costas a ninguna de las partes.

En atención a lo expuesto,

FALLO

ESTIMO el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto en nombre de doña [redacted], declaro no conforme a derecho, nula y sin efecto, la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Málaga de 19 septiembre 2008, expediente 290020080019457, que deniega a la recurrente la expedición de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión solicitada, debiendo la Administración proceder a su concesión.
Cada parte cargará con sus propias costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra lo aquí resuelto puede recurrirse en apelación ante el Tribunal Superior de Justicia, presentando el recurso en este Juzgado en 15 días.

Depositese en secretaría previo testimonio en autos.
Así lo acuerdo y firmo.