

SENTENCIA N° 355/10

En Palma de Mallorca, veinte de septiembre de dos mil diez.

Vistos por D. Francisco Úbeda Tarajano, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° 1 de los de Palma de Mallorca, los presentes autos de Procedimiento Abreviado núm. 318/2009, incoados en virtud de recurso interpuesto por la Letrada D^a. Margarita Palos Nadal, en nombre y representación de DOÑA _____ y D. _____, quienes actúan, a su vez, en representación de su hijo menor de edad D. _____, dirigido contra la Resolución de la Delegación del Gobierno en Illes Balears de fecha tres de junio de dos mil nueve, que inadmitió a trámite la solicitud de residencia inicial de familiar de ciudadano comunitario, siendo parte demandada dicha Administración, representada y asistida por el Abogado del Estado, y la cuantía del recurso indeterminada, dicta la presente resolución en base a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Letrada D^a. Margarita Palos Nadal, en la representación que ostenta, se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la Delegación del Gobierno en Illes Balears de fecha tres de junio de dos mil nueve, que inadmitió a trámite la solicitud de residencia inicial de familiar de ciudadano comunitario. Admitido a trámite el recurso, se acordó reclamar a la Administración el correspondiente expediente y convocar a las partes al acto del juicio.

SEGUNDO.- Celebrado el acto del juicio, con la asistencia de las partes mencionadas en el acta, el recurrente se ratificó en su escrito de demanda y se opuso la Administración demandada, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimaron oportunos, practicándose la prueba que fue declarada pertinente, con el resultado que obra en autos, tras lo cual, previas conclusiones de las partes, se declararon conclusos para Sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por el recurrente se solicita el dictado de una Sentencia por la que se declare: "1.- (...) la nulidad de la resolución administrativa recurrida reconociendo el derecho de la actora D^a _____; 2 Alternativamente (...) se dicte sentencia obligando a la Administración a valorar desde la óptica del derecho comunitario el hecho de que el menor, hijo de mi representado ostenta en territorio español la ciudadanía europea además de ser español". Por el contrario, la Administración interesa la desestimación del recurso por ser la resolución dictada conforme a Derecho.

SEGUNDO.- La resolución aquí impugnada resuelve inadmitir a trámite la solicitud formulada por la Sra. Surubi Paz indicando que la misma es "manifiestamente carente de fundamento" por cuanto " el vínculo de parentesco en el que se fundamenta la solicitud y, que

es el único que se acredita, es que la solicitante es ascendiente directa de un ciudadano español por lo que, según la Disposición Final Tercera del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, su pretensión no se rige por los artículos 38 y siguientes del Real Decreto 2393/2004 que desarrolla a la L.O 4/2000. Sin embargo, y para mayor abundamiento, esta solicitud se realiza respecto de un ciudadano español menor de edad, concretamente nacida el 28/09/2007, por lo que resulta obvio que su ascendiente no puede estar a su cargo económicamente y por lo tanto no reúne los requisitos establecidos en el artículo 39.d) del Real Decreto 2393/2004 (...)."

TERCERO.- La piedra angular sobre la que pivota la resolución del presente litigio consiste en determinar si la solicitud de residencia inicial formulada por D^a

z ante la Delegación del Gobierno en Illes Balears está sometida al régimen establecido por la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (publicada en el DOUE de 29/06/2004), incorporada al ordenamiento jurídico español a través del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, modificado por el RD 1161/2009, de 10 de julio, o, si por el contrario, se aplica el régimen General que se rige por los artículos 38 y siguientes del Real Decreto 2393/2004. Para ello debe partirse de que la indicada Directiva 2004/38/CE al delimitar el campo de aplicación subjetivo es taxativa al indicar que (art 1) "... 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." Por su parte, el artículo 2 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, en términos equivalentes 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 (...)."

La reciente Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (Secc. 5^a), de fecha 1 de julio de 2010 interpreta ambos preceptos (contando con el voto particular de la Excm. Sra. D^a. María del Pilar Teso Gamella) en el sentido de que la expresión "de otro Estado miembro" contenida en el artículo 2 del RD 240/2007 "implica una limitación subjetiva del ámbito comunitario y una interpretación restrictiva de la Directiva que debe de ser rechazada". El Tribunal Supremo estima el recurso planteado, anulando la expresión "de otro Estado miembro" con los siguientes argumentos:

"La impugnación ha de prosperar, ya que 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.”

CUARTO.- Planteados en estos términos la cuestión, conviene recordar, soslayando ahora los efectos retrospectivos de la anulación de la indicada expresión, que la Directiva 2004/38/CE goza del efecto de primacía a un triple nivel: a las jurisdicciones, los nacionales y a los propios Estados miembros. Conforme al principio de primacía, las normas comunitarias prevalecerán en caso de colisión o conflicto con las normas jurídicas internas, cualquiera que sea el rango normativo de estas últimas. La doctrina de la primacía del Derecho comunitario fue formulada por el Tribunal de Justicia en la Sentencia Costa/Enel, de 15 de julio de 1964 y ha sido desarrollada por Sentencias posteriores como la Simmenthal, de 9 de marzo de 1978, en donde se concluye que «todo juez nacional, ante el que se recurre en el marco de su competencia, tiene la obligación de aplicar íntegramente el Derecho comunitario y de proteger los derechos que éste confiere a los particulares, dejando sin aplicación toda disposición eventualmente contraria de la ley nacional, ya sea ésta anterior o posterior a la norma comunitaria». Por consiguiente, la primacía no es una obligación que corresponda establecer al constituyente o legislador, sino que es un principio aplicable por el juez¹. Ello significa que el juez nacional actúa como garante del Derecho comunitario en aquellos litigios en los que sea aplicable dicho ordenamiento jurídico, debiendo inaplicar todas aquellas normas internas que contradigan o se opongan al Derecho comunitario, incluso cuando se trate de disposiciones normativas con rango de ley o de preceptos constitucionales. Como se aprecia con claridad, aquí la actividad desplegada por el órgano jurisdiccional presenta unos caracteres singulares y privilegiados con respecto al control que ese mismo órgano jurisdiccional puede efectuar respecto de las normas del derecho nacional. Así, en nuestro país, el órgano jurisdiccional sólo puede inaplicar las disposiciones normativas generales de carácter reglamentario, correspondiendo al Tribunal Constitucional —en tanto legislador negativo— pronunciarse sobre la constitucionalidad de un precepto de rango legal y, en su caso, hacerlo desaparecer del Ordenamiento Jurídico interno. Como es sabido, el juez no puede directamente inaplicar una norma de rango legal o constitucional, debiendo elevar la pertinente cuestión de constitucionalidad cuando ello sea relevante para el fallo del litigio del que conoce.

Pues bien, la propia Administración demandada estaba vinculada a aplicar el ámbito subjetivo más amplio establecido por la normativa comunitaria en virtud del principio de primacía de la misma sobre la normativa española, por lo que al inadmitir a trámite la solicitud de la actora ha vulnerado la Directiva 2004/38 / CE, por lo que el presente recurso debe ser estimado por cuanto la Administración debió aplicar el régimen contemplado en la indicada directiva y en su norma de incorporación al Derecho español, el RD 240/2007. Sin embargo, dado el carácter esencialmente revisor de esta jurisdicción, no puede accederse a la pretensión de que se conceda a la actora el permiso de residencia inicial de familiar de familiar comunitario, pues ello implicaría asumir competencias que constitucionalmente han sido asignadas a la función administrativa, excediendo del papel de controlar la legalidad de la actividad administrativa (art. 106.1 CE).

¹ LOUIS, J.V.: *El Ordenamiento jurídico comunitario*, 5ª ed., Comisión Europea, Bruselas, 1993, p.182. Confróntese con MANGAS MARTÍN, A.: «La obligación de derogar o modificar el derecho interno incompatible con el Derecho comunitario (evolución jurisprudencial)» en *Revista de instituciones Europeas*, v.14, 2, 1987, pp. 31-337.

QUINTO.- No se realiza especial pronunciamiento en materia de costas procesales al no concurrir ninguno de los requisitos del artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

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

FALLO

1º) **ESTIMAR PARCIALMENTE** el recurso interpuesto por la Letrada D^a. Margarita Palos Nadal, en la representación ostentada, contra la Resolución identificada en el Antecedente de Hecho Primero de esta Sentencia, que se anula por no ser conforme a Derecho.

2º) **ACORDAR LA RETRACCIÓN** de las actuaciones a fin de que la Administración demandada tramite la solicitud presentada, aplicándole el régimen del derecho comunitario, dictando la resolución expresa que resulte procedente atendidas las circunstancias personales de la Sra.

3º) No imponer las costas del recurso al no haber sido solicitada dicha condena por el letrado de la actora.

Notifíquese a las partes haciéndoles saber que contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación, ante este Juzgado, en el plazo de quince días, desde su notificación.

Llévese testimonio a los autos y archívese el original, devolviéndose el expediente a su lugar de origen una vez firme.

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

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior resolución por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que la suscribe, estando el mismo celebrando audiencia pública en el día de su fecha, doy fe.