

SCAC

A 15
C 6
0.160/02

09/11/11

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 6 DE BILBAO (BIZKAIA)(E)KO ADMINISTRAZIOAREKIKO AUZIEN 6 ZK.KO EPAITEGIA

BARROETA ALDAMAR 10-5ªPLANTA - C.P./PK: 48001

Tel.: 94-4016707
Fax: 94-4016990

N.I.G. / IZO: 48.04.3-11/001517
Proced.abreviado / Prozedura laburtua 257/2011

Demandante / Demandatzailea: *[Redacted]*
Representante / Ordezkaría: *[Redacted]*

Administración demandada / Administrazio demandatua: SUBDELEGACION DE GOBIERNO EN BIZKAIA
Representante / Ordezkaría: *[Redacted]*

ACTUACION RECURRIDA / ERREKURRITUTAKO JARDUNA:
RESOLUCIÓN DE 6/04/2011 POR LA QUE SE ACUERDALA EXTINCIÓN DE LA VIGENCIA DE LA
TARJETA DE RESIDENCIA FAMILIAR.

CEDULA DE NOTIFICACION.-

En el recurso contencioso - administrativo de referencia, se ha dictado la resolución que a continuación se reproduce:

JAKINARAZPEN-ZEDULA

Aipatutako administrazioarekiko auzi-errekurtsoan, hurrengo ebazpena eman da:

SENTENCIA Nº 135/2011

En BILBAO (BIZKAIA), a veintiocho de octubre de dos mil once.

La Sra. Dña. BEGOÑA DIAZ AISA, MAGISTRADO del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 6 de BILBAO (BIZKAIA) ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 257/2011 y seguido por el procedimiento abreviado, en el que se impugna: RESOLUCIÓN DE 6/04/2011 POR LA QUE SE ACUERDA LA EXTINCIÓN DE LA VIGENCIA DE LA TARJETA DE RESIDENCIA FAMILIAR.

Son partes en dicho recurso: como recurrente *[Redacted]*, representado y dirigido por la Letrada MARIA KARMELE DE LA VEGA PULIDO; como demandada SUBDELEGACION DE GOBIERNO EN BIZKAIA, representada y dirigida por el ABOGADO DEL ESTADO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Tuvo entrada en este Juzgado escrito de demanda presentado por la letrada D^a. KARMELE DE LA VEGA PULIDO en nombre y representación de D. *[Redacted]* interponiendo recurso contencioso administrativo contra RESOLUCIÓN DE 6/04/2011 POR LA

QUE SE ACUERDA LA EXTINCIÓN DE LA VIGENCIA DE LA TARJETA DE RESIDENCIA FAMILIAR quedando registrado dicho recurso bajo el núm. 257/11.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda se solicitó el dictado de una resolución en base a los hechos y fundamentos de derecho en ella expresados y que damos por reproducidos.

TERCERO.- Por resolución de fecha 1/06/2011 se admitió a trámite la demanda, convocándose a las partes a la vista para el día 5/10/2011, previa reclamación del correspondiente expediente administrativo.

CUARTO.- El día señalado tuvo lugar el juicio con el resultado que obra incorporado a las actuaciones, quedando las mismas conclusas para Sentencia .

QUINTO.- En la tramitación del presente proceso se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Es objeto de impugnación en el presente recurso jurisdiccional la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Vizcaya de fecha 6 de abril de 2011 por la que se declara la extinción de la vigencia de la Tarjeta de Residencia de Familiar de Ciudadano de la Unión concedida a D. Olimp Gribinet.

La parte demandante interesa se dicte sentencia que declare la no conformidad a Derecho del acto impugnado y lo anule y reconozca el derecho del demandante al mantenimiento de la Tarjeta de Residencia como Familiar de Ciudadano de la Unión Europea, con imposición de costas a la Administración.

Como fundamento de su recurso alega, en síntesis:

- Vulneración de los artículos 10.2 y 96 de la CE por infracción de la Directiva 2004/38/CE de 29/04/2004, en sus artículos 7.2, 13.2 y 37. Manifiesta que conserva el derecho de residencia comunitario a título personal en aplicación del artículo 9.4 del RD. 240/07 en relación con la Disposición Final 4º y la Directiva 2004/38/CE de 29/04/2004 porque su matrimonio con ciudadana española duró más de tres años y porque tiene reconocido judicialmente un derecho de visitas sobre su hijo español menor de edad.

- Infracción del artículo 75 y siguientes del DR 2392/2004, porque la Administración ha prescindido totalmente del procedimiento administrativo legal para acordar la extinción de la tarjeta (acuerdo de iniciación, trámite de alegaciones y pruebas...).

- Infracción de la legislación sobre la situación jurídica de los menores; en concreto de la Convención de 20 de noviembre de 1959, sobre los Derechos del Niño, adoptada por la

Asamblea General de las Naciones Unidas y ratificada el 30 de noviembre de 1991 y la LO 1/1996, de 15 de enero.

La Abogacía del Estado se opone a la estimación del recurso defendiendo la conformidad a derecho de la resolución impugnada, alegando que se ha producido la extinción de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión al haber desaparecido la causa que motivó su concesión (el divorcio), de conformidad con lo establecido en el artículo 14.2, en relación con el artículo 9.4 del RD 240/2007. Manifiesta que el derecho al mantenimiento de la TRFCU se limita a seis meses desde la fecha del divorcio (art. 9.4 del RD 240/2007) y que una vez transcurridos los seis meses debió solicitar una autorización de residencia de conformidad con lo establecido en el artículo 96.5 del Reglamento de Extranjería.

SEGUNDO .- Son hechos no controvertidos y que, además, resultan del expediente administrativo con relevancia en el presente caso, los siguientes:

1.- Por Resolución de 2 de enero de 2007 se concedió a D. ~~██████████~~ la Tarjeta de Familiar de Residente Comunitario por ser cónyuge de ciudadana española; matrimonio contraído el 19 de agosto de 2004.

2.- Fruto de dicho matrimonio tiene un hijo menor de edad, de nacionalidad española.

3.- Por sentencia firme del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Bilbao de fecha 30-09-2010 se declaró la disolución del matrimonio por causa de divorcio, atribuyendo a la madre la custodia del hijo común y estableciendo a favor del demandante el derecho y régimen de visitas sobre el menor y la obligación de abonar mensualmente una pensión de alimentos.

4.- Con fecha 31-03-2011 el Sr. ~~██████████~~ presentó solicitud de mantenimiento de la Tarjeta de Residencia Comunitaria, dictándose Resolución que declara la extinción de la vigencia de la Tarjeta de Residencia de Familiar y que es objeto del presente recurso.

TERCERO .- Por la parte actora se postula se reconozca y declare el derecho del recurrente al mantenimiento de la Tarjeta de Residencia como Familiar de Ciudadano de la Unión Europea, al amparo de lo establecido en el artículo 13 de la Directiva 2004/38/CE y artículo 9.4 del RD 240/07.

La Administración sostiene que, habiendo obtenido el demandante la TRFCU en virtud del matrimonio con una ciudadana española, la disolución del matrimonio por divorcio, implica la pérdida de vigencia de la tarjeta al desaparecer el supuesto de hecho (matrimonio) en cuya consideración se concedió y que el derecho al mantenimiento a título personal de la tarjeta de residencia concedida se limita a seis meses contados a partir de la sentencia judicial firme por divorcio, por lo que habiendo presentado su solicitud una vez transcurrido el plazo de seis meses la resolución acordado la extinción de la Tarjeta de Residencia Comunitaria es conforme a Derecho.

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, en el artículo 13 regula el

“mantenimiento del derecho de residencia de los miembros de la familia en caso de divorcio, anulación del matrimonio o fin de la unión registrada”, disponiendo:

“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo, el divorcio, la anulación del matrimonio de ciudadanos de la Unión o el fin de la unión registrada mencionada en la letra b) del punto 2 del art. 2 no afectará al derecho de residencia de los miembros de la familia del ciudadano de la Unión que tengan la nacionalidad de un Estado miembro.

Antes de adquirir el derecho de residencia permanente, los interesados deberán cumplir las condiciones previstas en las letras a), b), c) o d) del apartado 1 del art. 7.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo, el divorcio, la anulación del matrimonio o el fin de la unión registrada mencionada en la letra b) del punto 2 del art. 2 no supondrá la pérdida del derecho de residencia de los miembros de la familia del ciudadano de la Unión que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro:

a) cuando el matrimonio o la unión registrada haya durado, hasta iniciarse el procedimiento judicial de divorcio o de anulación o finalizar la unión registrada mencionada en la letra b) del punto 2 del art. 2, al menos tres años, de los cuales uno al menos en el Estado miembro de acogida, o

b) cuando la custodia de los hijos del ciudadano de la Unión hubiere sido confiada al cónyuge o a la pareja que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro por mutuo acuerdo entre los cónyuges o la pareja mencionada en la letra b) del punto 2 del art. 2 o por decisión judicial, o

c) cuando así lo exigieran circunstancias especialmente difíciles, como por ejemplo, haber sido víctima de violencia doméstica durante el matrimonio o la unión registrada,

d) cuando, por mutuo acuerdo entre los cónyuges o las parejas mencionadas en la letra b) del punto 2 del art. 2 o por decisión judicial, el cónyuge o la pareja que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro, tenga derecho a visitar al menor, siempre que el órgano judicial haya dispuesto que dicha visita tenga lugar en el Estado miembro de acogida, y por el período de tiempo que sea necesario.

Antes de adquirir el derecho de residencia permanente, el derecho de residencia de los interesados seguirá estando sujeto al requisito de poder demostrar que son trabajadores por cuenta ajena o propia, o que disponen, para sí y para los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse durante su período de residencia en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida, o bien ser miembros de la familia, ya constituida en el Estado miembro de acogida, de una persona que cumpla estos requisitos. Los «recursos suficientes» serán los definidos en el apartado 4 del art. 8.

Dichos miembros de la familia seguirán conservando su derecho de residencia exclusivamente a título personal.”.

Como manifiesta la parte recurrente, la Directiva Comunitaria establece y reconoce el mantenimiento del derecho de residencia de los miembros de la familia del ciudadano de la Unión con nacionalidad de un Estado miembro, en caso de divorcio cuando, entre otros supuestos, el matrimonio haya durado al menos tres años y cuando tenga reconocido un derecho de vistas sobre el menor (supuestos ambos que concurren en el presente caso).

Ahora bien, debe recordarse las Directivas son disposiciones de Derecho comunitario que establecen objetivos que deben alcanzarse y que vinculan a uno, varios o todos los Estados miembros en cuanto a dichos objetivos, que obligan a los destinatarios a alcanzar un determinado

resultado, dejándoles libertad para elegir la forma y los medios para ello. Es un acto que precisa de transposición al ordenamiento interno de los Estados miembros destinatarios a través de la adopción de medidas nacionales de aplicación, siendo la norma estatal de transposición la que atribuye derechos y obligaciones a los particulares. Es decir, obliga sólo en el resultado y en los objetivos y, en principio, no despliega efectos directos sobre los particulares. Todo ello, sin perjuicio de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el efecto directo de las directivas en determinadas circunstancias, en base al carácter obligatorio que les otorga el art. 249.3 TCE.

Así pues, a diferencia del Reglamento que tiene un alcance general, vinculante y es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en todos los Estados miembros, la Directiva necesita de su transposición al ordenamiento interno.

Hechas estas precisiones, la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004, fue objeto de transposición e incorporación al ordenamiento jurídico español mediante el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero que, en lo que interesa al presente proceso, regula en el artículo 9 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 o cancelación de la inscripción como pareja registrada, en relación con el titular del derecho de residencia” estableciendo:

“1. El fallecimiento del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, su salida de España, o la nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o cancelación de la inscripción como pareja registrada, no afectará al derecho de residencia de los miembros de su familia ciudadanos de uno de dichos Estados.

2. El fallecimiento del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, en el caso de miembros de la familia que no sean ciudadanos de uno de dichos Estados, tampoco afectará a su derecho de residencia, siempre que éstos hayan residido en España, en calidad de miembros de la familia, antes del fallecimiento del titular del derecho. Los familiares tendrán obligación de comunicar el fallecimiento a las autoridades competentes.

3. La salida de España o el fallecimiento del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo no supondrá la pérdida del derecho de residencia de sus hijos ni del progenitor que tenga atribuida la custodia efectiva de éstos, con independencia de su nacionalidad, siempre que dichos hijos residan en España y se encuentren matriculados en un centro de enseñanza para cursar estudios, ello hasta la finalización de éstos.

4. En el caso de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o cancelación de la inscripción como pareja registrada, de un nacional de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, con un nacional de un Estado que no lo sea, éste tendrá obligación de comunicar dicha circunstancia a las autoridades competentes. Para conservar el derecho de residencia, deberá acreditarse uno de los siguientes supuestos:

a) Duración de al menos tres años del matrimonio o situación de pareja registrada, hasta el inicio del procedimiento judicial de nulidad del matrimonio, divorcio o de la cancelación de la inscripción como pareja registrada, de los cuales deberá acreditarse que al menos uno de los años ha transcurrido en España.

b) Otorgamiento por mutuo acuerdo o decisión judicial, de la custodia de los hijos del ciudadano comunitario, al ex cónyuge o ex pareja registrada que no sea ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea ni de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

c) Cuando se acredite que han existido circunstancias especialmente difíciles como haber sido víctima de violencia doméstica durante el matrimonio o situación de pareja registrada, circunstancia que se considerará acreditada de manera provisional cuando exista una orden de protección a su favor o informe del Ministerio Fiscal en el que se indique la existencia de indicios de violencia doméstica, y con carácter definitivo cuando haya recaído sentencia en la que se declare que se han producido las circunstancias alegadas.

d) Resolución judicial o mutuo acuerdo entre las partes que determine el derecho de visita, al hijo menor, del ex cónyuge o ex pareja registrada que no sea ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando dicho menor resida en España y dicha resolución o acuerdo se encuentre vigente.

Transcurridos seis meses desde que se produjera cualquiera de los supuestos anteriores, salvo que haya adquirido el derecho a residir con carácter permanente, el ex cónyuge o ex pareja registrada que no sea ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo deberá solicitar una autorización de residencia, de conformidad con lo previsto en el art. 96.5 Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Dicho plazo de seis meses podrá ser prorrogado, en el supuesto de la letra c) anterior, hasta el momento en que recaiga resolución judicial en la que se declare que se han producido las circunstancias alegadas. Para obtener la nueva autorización deberá demostrar que está en alta en el régimen correspondiente de seguridad social como trabajador, bien por cuenta ajena o bien por cuenta propia, o que disponen, para sí y para los miembros de su familia, de recursos suficientes, o que son miembros de la familia, ya constituida en el Estado miembro de acogida, de una persona que cumpla estos requisitos.”.

De la normativa expuesta vemos como el artículo 9.4 del RD 240/2007 reconoce el derecho al mantenimiento del derecho de residencia regulado en el artículo 13 de la Directiva; ahora bien, condiciona este derecho a su ejercicio en el plazo de seis meses desde el divorcio, y una vez transcurrido este plazo el ex cónyuge deberá solicitar una autorización de residencia, de conformidad con lo previsto en el art. 96.5 Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y así se declara en la resolución administrativa impugnada.

CUARTO .- Se alega también como motivo de impugnación la infracción del artículo 75 y siguientes del RD 2392/2004, manifestando que la Administración ha prescindido totalmente del procedimiento administrativo legal para acordar la extinción de la tarjeta (acuerdo de iniciación, trámite de alegaciones y pruebas...).

Estas alegaciones no pueden prosperar y ello porque la Administración no ha procedido a revocar una autorización de residencia sino que se ha limitado a dar respuesta a la solicitud deducida por el recurrente, denegando la solicitud de mantenimiento de la TRFCU.

Por último, tampoco puede tener favorable acogida la alegación relativa a la infracción de la legislación reguladora de la situación jurídica de los menores, porque una cosa es que se

haya denegado al recurrente la solicitud de mantenimiento de la TRFCU por haber presentado la solicitud fuera de plazo una vez desaparecida la causa en cuya virtud se le concedió, al producirse el divorcio, y otra cosa o cuestión diferente es que pueda solicitar y tenga derecho a obtener la autorización de residencia por otras vías diferentes.

Por todo lo expuesto, el presente recurso debe ser desestimado al ser la actuación administrativa impugnada conforme a Derecho.

QUINTO .- No se aprecian causas o motivos que justifiquen realizar un especial pronunciamiento impositivo sobre las costas procesales causadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA.

SEXTO .- En base a lo dispuesto en el artículo 81 de la LJCA, frente a la presente sentencia cabe interponer recurso de apelación.

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

FALLO

Que **DESESTIMANDO** el recurso interpuesto por la Letrada Sra. De la Vega Pulido, en nombre y representación de **D. [REDACTED]**, frente a la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Vizcaya de fecha 6 de abril de 2011 por la que se declara la extinción de la vigencia de la Tarjeta de Residencia de Familiar de Ciudadano de la Unión concedida al recurrente, debo declarar y declaro la conformidad a Derecho de la resolución impugnada, sin efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en este procedimiento a ninguna de las partes.

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 grupo Banesto (Banco Español de Crédito), con nº 5105, 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).