



Roj: STSJ BAL 35/2011
Id Cendoj: 07040330012011100033
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Palma de Mallorca
Sección: 1
Nº de Recurso: 225/2010
Nº de Resolución: 52/2011
Procedimiento: Recurso de apelación
Ponente: MARIA CARMEN FRIGOLA CASTILLON
Tipo de Resolución: Sentencia

T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00052/2011

APELACIÓN

ROLLO SALA Nº **225/2010**

AUTOS DE PROCEDIMIENTO ABREVIADO Nº 320/2009

JUZGADO CONTENCIOSO Nº 3

SENTENCIA Nº 52

En Palma de Mallorca a treinta y uno de enero de dos mil once

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. Gabriel Fiol Gomila

MAGISTRADOS

D. Pablo Delfont Maza

D^a: Carmen Frigola Castellón

VISTOS por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears los autos seguidos en el Juzgado de los Contencioso-Administrativo nº 3 de Palma de Mallorca, con el número de procedimiento Abreviado 320/2009 y nº de rollo de apelación de esta Sala **225/2010**. Actúan como parte apelante Dña. Regina representada por el Procurador Sr. Francisco Arbona Casanovas y defendida por D. Alberto Ripoll Rullán y como parte apelada la ADMINSITRACIÓN GENERAL DEL ESTADO representada y defendida por el Abogado del Estado.

Constituye el objeto del recurso la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto el 9 de febrero de 2009 contra la denegación de la solicitud de autorización y trabajo por cuenta ajena acordada en Resolución de la Delegación de Gobierno de les Illes Balears el 26 de diciembre de 2008.

Ha sido Magistrado Ponente la Ilma. Sra. Dña. Carmen Frigola Castellón, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO: La sentencia nº 144/2009 dictada por la Ilma Sra. Magistrada Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Palma en los autos seguidos por los trámites de procedimiento abreviado y de los que trae causa el presente rollo de apelación decía literalmente en su fallo:

"Que debo desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por Dña. Regina contra la desestimación por silencio negativo del recurso de reposición interpuesto contra la Resolución dictada por

la Oficina de Extranjeros de la Delegación del Gobierno en las Islas Baleares, de 16 de diciembre de 2008 en la que se denegó la solicitud de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena planteada por la demandante, confirmándola en todos sus extremos por ser ajustada a derecho".

SEGUNDO: Contra la anterior resolución interpuso la representación procesal del banco recurrente recurso de apelación en plazo y forma siendo admitida en ambos efectos.

TERCERO: No se ha solicitado práctica de prueba ni trámite de vista o conclusiones.

CUARTO: Se ha seguido el recurso con arreglo a los trámites de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa, quedando los autos conclusos para dictar sentencia, señalando para la votación y fallo el día 31 de enero de 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO: Se aceptan los de la sentencia apelada en lo que no se opongan o contradigan a lo que se dirá.

La recurrente es de nacionalidad brasileña y era titular de una tarjeta de residencia como familiar de ciudadano comunitario concedida a raíz de su matrimonio con ciudadano español celebrado el día 26 de septiembre de 2003.

En fecha 23 de junio de 2006 el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Maó dictó sentencia de divorcio de común acuerdo y por ello y al amparo de lo dispuesto en el *artículo 9 del RD 240/2007*.

El 9 de julio de 2008 la actora presentó ante la Delegación de Gobierno una solicitud de permiso de trabajo y residencia temporal y la administración en resolución de 16 de diciembre de 2008 ha denegado esa solicitud en base a que el matrimonio tuvo una duración de menos de tres años, y además exponía que transcurridos seis meses desde haberse decretado la nulidad, separación o divorcio o cancelación de la inscripción de pareja de hecho debía solicitarse una autorización de residencia de acuerdo con lo previsto en el *artículo 96-5 del Reglamento de la LO 4/2000* salvo que se hubiera adquirido el derecho a residir con carácter permanente. Ambas condiciones no se habían cumplido en el presente caso y por ello denegó la solicitud.

Planteada la cuestión ante sede jurisdiccional la defensa de la recurrente argumentaba al objeto de conservar el permiso de residencia que los requisitos que fija el *artículo 9-4 del RD 240/2007* eran de carácter alternativo, de forma que se podía conservar bien por estar incluido en alguno de los cuatro supuestos de las letras a) a d) de ese apartado o bien por estar en disposición de poder demostrar que se estaba de alta en el régimen correspondiente de la seguridad social como trabajador o bien que disponía de recursos suficientes para poder mantenerse para sí y para su familia, también contemplado en el *artículo 9-4* de ese RD.

La Sentencia apelada confirma la denegación acordada por la administración y rechaza la tesis sustentada por la recurrente, considerando que el cumplimiento de esos requisitos no tiene carácter alternativo, tal y como planteaba la parte, sino acumulativos.

Disconforme con esa interpretación la recurrente en su recurso de apelación insiste en el carácter alternativo de esos requisitos ya que lo contrario supondría una discriminación para los ciudadanos extracomunitarios en relación a aquellos que tuvieren origen comunitario, pues no se les aplicaría el régimen del *artículo 96-1 del Reglamento de Extranjería*, obligándoseles a cumplir unos requisitos de los que quedan dispensados los ciudadanos comunitarios.

SEGUNDO: El *artículo 9 del RD 240/2007 en su punto 4* regula el supuesto de residencia legal del extranjero no comunitario que sea pareja de ciudadano comunitario bien por vínculo matrimonial bien cuando fuere pareja de hecho inscrita, cuando se produce la situación de ruptura de ese vínculo o pareja de hecho. El artículo obliga a ese extranjero no comunitario a comunicar dicha circunstancia a las autoridades competentes. Y para que se mantenga la situación de residencia legal que tuviere antes de la situación de ruptura del vínculo o de la pareja es preciso que se acredite ante la administración la existencia de uno de los cuatro supuestos que detalla ese punto en sus apartados a) a d) ambos inclusive.

Tales apartados son:

a) que el matrimonio o pareja de hecho inscrita haya tenido una duración como mínimo de tres años, uno de los cuales ha de haber transcurrido en España.

b) la atribución de la custodia de los hijos del ciudadano comunitario al extranjero no comunitario;

c) la existencia de una situación de violencia sobre la mujer mediando matrimonio o cuando fueren pareja de hecho

y d) que se conceda derecho de visita sobre el menor, al cónyuge o pareja de hecho que fuere ciudadano no comunitario.

A continuación el artículo exige que el extranjero solicite en el plazo de seis meses el permiso de residencia legal si no se encontrare en situación de disfrutar la residencia permanente. A pesar de que el texto dice " *transcurridos seis meses* ", lo que parecería que el precepto exige que haya transcurrido ya ese plazo para poder presentar la solicitud, lo cierto es que del conjunto debe entenderse que esa solicitud ha de hacerse dentro del plazo de los seis meses siguientes a partir de la sentencia de nulidad o divorcio o cancelación de la inscripción, pues de no ser así no tendría sentido lo que indica el mismo precepto que puede prorrogarse ese plazo en los supuestos contemplados en el apartado c), que contempla situaciones de violencia sobre la mujer, hasta el momento en que recaiga resolución judicial en la que se declare que se han producido las circunstancias alegadas. Sobre este punto debe modificarse el criterio sustentado por la Sala en sentencia nº 1075 de 30 de noviembre de 2010 que señaló que ese plazo se iniciaba una vez agotados los seis meses siguientes a la sentencia que puso fin a la pareja matrimonial o a la cancelación de la inscripción de la pareja de hecho.

En consecuencia el extranjero no comunitario cuya ruptura de pareja se ha consumado, bien a través de nulidad o divorcio, bien por cancelación de la inscripción en el Registro de Parejas de hecho, cuando no estuviere en posesión de una residencia permanente, dispone de un plazo de seis meses para regularizar su situación de residencia legal, una vez se ha producido la sentencia de nulidad o divorcio, o la cancelación de la inscripción de la pareja de hecho en el Registro correspondiente. Y en tal caso, el *apartado 4 del artículo 9* lo remite a lo dispuesto en el *artículo 96-5 del Reglamento de Extranjería*, de forma que, si el extranjero no comunitario tiene los requisitos establecidos en la normativa, es posible que pueda obtener el permiso de trabajo y residencia sin necesidad de obtener el visado previo, teniendo ese permiso de trabajo y residencia la duración que corresponda en función de la duración anterior de la que fuera titular.

Ello no supone hacer de peor condición al extranjero no comunitario que ha sido cónyuge o pareja de hecho de un ciudadano comunitario, en relación a un extranjero que disfruta de una residencia legal, el cual tras un año y cuando se den las condiciones consignadas en el *artículo 96-1 del Reglamento de Extranjería* puede obtener un permiso de trabajo. Como dice la Sentencia del TSJ de Valencia nº 355 de 9 de junio de 2010 "no se trata, (...) de que el tiempo que ha residido con tarjeta de familiar de residente comunitario no haya servido para nada o que no se tenga en cuenta, se trata de un supuesto especial en el que tiene que acreditar una serie de circunstancias especiales y, de no hacerlo, no tiene derecho a la conversión que solicita". En el mismo sentido se pronuncian las sentencias nº 141/2010 de 23 de febrero de esta misma Sala y la Sentencia 342/2010 de 2 de junio del TSJ de Valencia.

En definitiva, el extranjero no comunitario que es pareja de un ciudadano comunitario, bien por vínculo matrimonial bien como pareja de hecho registrada, precisamente por tales circunstancias tiene un trato especial a la hora de obtener la residencia legal, de forma que una vez extinguido, disuelto o desaparecido ese vínculo matrimonial o de pareja de hecho registrada, el régimen que le es aplicable es el que detalladamente contempla la normativa para ese concreto tipo de situaciones. Y ello se regula precisamente en el *artículo 9-4 del Real Decreto 240/2007* que dispone la posibilidad de conservación del permiso de residencia de que disfrutaba anteriormente ese ex cónyuge o ex pareja, siempre que se den uno de los cuatro requisitos contemplados en los apartados a) a d) de ese extremo 4º.

Pero además de cualquiera de esos requisitos, ha de cumplirse también lo dispuesto en el último *párrafo de ese artículo 9-4º*, esto es, que se demuestre que ese extranjero está en alta en el régimen correspondiente de Seguridad Social como trabajador, bien por cuenta ajena o bien por cuenta propia, o que dispone, para sí y para los miembros de su familia, de recursos suficientes.

Por lo tanto todos esos requisitos tienen el carácter y condición de acumulativos, tal y como acertadamente señala la sentencia del Juzgado, no pudiendo admitirse que tengan la condición de alternativos como pretende el apelante, de forma que aun cuando pueda acreditarse lo señalado en el último *párrafo del artículo 9-4*, es preciso también que el extranjero esté en disposición de poder probar la existencia de cualquiera de los requisitos contemplados en los apartados a) a d) de ese mismo artículo.

TERCERO: La resolución de la Delegación de Gobierno impugnada señala que el matrimonio se contrajo el 26 de septiembre de 2003, y la sentencia de divorcio es de 23 de junio de 2006, por lo que la duración del matrimonio no alcanzó tres años, lo cual supone el incumplimiento del requisito contemplado



en el extremo a) del *artículo 9-4º* . La parte no alegó en su momento que fuera de aplicación ninguna otra circunstancia de las previstas en los apartados b), c) y d) de ese artículo.

También destaca el acto impugnado que la parte no solicitó el permiso de residencia en el plazo de los seis meses siguientes a la sentencia de divorcio, ya que se presentó el 9 de julio de 2008 . Y ese extremo también es cierto.

Por todo ello al ser tales requisitos acumulativos, y al pronunciarse en ese sentido la sentencia apelada que confirmó la legalidad del acto y desestimó el recurso contencioso, procede desestimar la apelación interpuesta en su contra, debiendo confirmar íntegramente la sentencia.

CUARTO: En materia de costas en esta segunda instancia la desestimación del recurso de apelación determina la imposición de las costas devengadas en esta instancia a la parte apelante en atención al principio de vencimiento objetivo.

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

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general aplicación

FALLAMOS:

1º) **DESESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la representación de Dña. Regina contra la Sentencia nº 189/10 dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 que confirmamos íntegramente.

2º) Con imposición de las costas a la parte apelante.

Contra la presente sentencia **no** cabe recurso.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por la Magistrada de esta Sala Ilma. Sra. Dña. Carmen Frigola Castellón que ha sido ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El Secretario, rubricado.