



Roj: SJCA 124/2011
Id Cendoj: 28079450282011100024
Órgano: Juzgado de lo Contencioso Administrativo
Sede: Madrid
Sección: 28
Nº de Recurso: 829/2010
Nº de Resolución: 465/2011
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: JOSE RAMON GIMENEZ CABEZON
Tipo de Resolución: Sentencia

JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N.28

MADRID

SENTENCIA: 00465/2011

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

NÚMERO 28 DE MADRID

PROCEDIMIENTO: P.A. 829/10.

S E N T E N C I A Nº 465/11.

En MADRID, a ocho de noviembre de dos mil once.

Vistos por el Ilmo. Sr. D. JOSE RAMON GIMENEZ CABEZÓN, MAGISTRADO del Juzgado de lo Contencioso/Administrativo nº 28 de MADRID, los autos de recurso contencioso-administrativo, PROCEDIMIENTO ABREVIADO 829 /2010 interpuesto por doña Paula , representada y asistida por el Letrado don ALBERTO LEÓN SERRANO.

Habiendo sido parte demandada la DELEGACION DEL GOBIERNO EN MADRID, representada y asistida por el SR. ABOGADO DEL ESTADO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte actora presentó demanda interponiendo recurso contencioso-administrativo ante los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo en fecha 05/11/10, que tuvo entrada en este Juzgado en fecha 21/12/10 procedente de la Oficina de Reparto del Decanato. Por diligencia de ordenación de fecha 07/02/11 se admitió a trámite la demanda formulada, se confirió traslado de la misma y documentos a la Administración demandada, ordenando la remisión del expediente administrativo y la notificación a cuantos aparecieren como interesados, y convocando a las partes a la vista señalada para el día 18/10/11 a las 09.20 horas de su mañana.

SEGUNDO.- Abierta la vista el día señalado, la recurrente ratificó su escrito de demanda y efectuó alegaciones en su defensa y la Administración contestó a la demanda, oponiéndose a la misma en los términos recogidos en autos . La cuantía del procedimiento fue fijada en indeterminada. Recibido el pleito a prueba, se practicaron las pruebas propuestas y admitidas (documental), con el resultado obrante en autos. A continuación las partes evacuaron el trámite de conclusiones, y se declararon los autos conclusos y vistos para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de los presentes autos se han observado las prescripciones legales pertinentes.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se impugna en este recurso jurisdiccional, en definitiva la Resolución de 23-6-10 de la Delegación del Gobierno en Madrid, que desestima el recurso de reposición formulado por la actora, nacional dominicana, contra la Resolución de 17-5-10, por la que se inadmite a trámite por extemporánea la solicitud de 7-4-10, de modificación de la situación de familiar de residente en régimen comunitario a situación de residencia y trabajo, al amparo de lo previsto en el *artº 9.4 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero* , sobre

entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y disposiciones concordantes de la Ley y Reglamento de Extranjería , en razón de que la relación matrimonial con el familiar comunitario finó en fecha 13.2.09 con la sentencia de divorcio, expirando la tarjeta de residente concedida con efectos de 13.6.10, cual consta en autos, lo que imposibilita legalmente la pretensión actora, al formularse la solicitud pasado el plazo reglamentario de 6 meses desde el cese de la condición de familiar comunitario, acaecida con el divorcio decretado.

El recurrente entiende que reúne los requisitos para acceder al permiso solicitado, dado que el matrimonio se celebró en fecha 4.11.02 y que se le notificó la sentencia de divorcio a 13.11.09 , según testimonio del Secretario del Juzgado, habiendo sido inscrita en el Registro Civil Central en fecha 20.8.09, cual documenta, en tanto que la Abogacía del Estado sustenta la adecuación a Derecho de la actuación impugnada, dados los antecedentes del caso y la normativa de aplicación al mismo.

SEGUNDO. - Establece dicho *artº 9 del RD* citado, sobre 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, lo que sigue en cuanto aquí nos interesa:

".....

4. En el caso de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio, separación legal 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 separación legal, 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.....

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".

Y dicho *artº 96.5 del ROEX* dispone lo que sigue:

"5. Los extranjeros titulares de un certificado de registro como ciudadano comunitario o de una tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión, cuando hayan cesado en tal condición podrán obtener, si cumplen los requisitos establecidos al efecto, a excepción del visado, una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena o cuenta propia, del tiempo que corresponda, en función de la duración de la documentación de la que fuera titular".

Sobre estas situaciones la STSJ Baleares de 30.11.10 (**EDJ 2010/303513**) señala, en síntesis que el extranjero no comunitario casado o bien pareja de hecho registrada de un ciudadano comunitario, precisamente por serlo y por esas circunstancias tiene un trato especial, de forma que una vez extinguido, disuelto o desaparecido ese vínculo matrimonial o de pareja de hecho registrada, ha de aplicársele las circunstancias detalladas en la normativa para ese concreto tipo de situaciones, y lo que el RD 240/2007 y el Reglamento de Extranjería contemplan es por un lado la posibilidad de conservación del permiso de residencia de que disfrutaba anteriormente, siempre que su situación matrimonial o de pareja de hecho haya durado al menos tres años y uno de los cuales se haya residido en España. Y una vez transcurridos seis meses desde la ruptura, ese excónyuge no comunitario tiene la posibilidad de solicitar el permiso de trabajo y residencia, pero en ningún caso es posible que directamente y tras la ruptura de la pareja y antes de los seis meses

posteriores, acceda ese excónyuge al permiso de trabajo residencia automáticamente, porque durante ese período solamente es posible conservar el permiso de residencia siempre y cuando el matrimonio o la pareja de hecho registrada haya durado el plazo de tres años fijado por la ley.

Literalmente la sentencia dice así:

"SEGUNDO.- El artículo 9 en sus apartados 1 y 4 del RD 240/2007 establece que la situación de ruptura de un vínculo matrimonial o de pareja de hecho registrada, al extranjero no comunitario excónyuge de ciudadano comunitario que disponía del permiso de residencia por esa situación familiar, y que tiene la obligación de poner en conocimiento de las autoridades esa situación de crisis familiar, le permite la posibilidad de conservar el permiso de residencia de que disponía con anterioridad a esa ruptura, pero para ello es preciso que el vínculo matrimonial o de pareja de hecho registrada haya tenido una duración al menos de tres años contados desde su celebración o inscripción en el Registro de parejas de hecho hasta el inicio del procedimiento judicial de nulidad, separación o divorcio, o de la cancelación de la inscripción como pareja registrada y uno de ellos por lo menos haya transcurrido en España.

Pasados seis meses desde que se produzca la situación de separación, divorcio, nulidad matrimonial o ruptura de pareja de hecho, el extranjero no comunitario puede solicitar el permiso de residencia y trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia y en ese caso el apartado 4 del artículo 9 lo remite a lo dispuesto en el artículo 96-5 del Reglamento de Extranjería. En estos casos, si se tienen los requisitos establecidos en la normativa, es posible para ese excónyuge extranjero no comunitario 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.

Así pues la normativa distingue entre una primera fase en la que se le permite conservar el permiso de residencia de que disponía cuando era familiar de un ciudadano comunitario, para lo cual es absolutamente imprescindible demostrar que el matrimonio o pareja de hecho registrada ha tenido una duración de tres años como mínimo y se ha vivido uno de ellos en España por lo menos. Y una segunda fase donde ya es posible obtener el permiso de trabajo y residencia una vez extinguido el matrimonio por divorcio, declarado nulo el matrimonio, o con anterioridad a la reforma, por separación legal, o por cancelación de la inscripción de pareja de hecho, en cuyo caso la legislación le aplica lo previsto en el artículo 96-5 del reglamento, teniendo en cuenta la administración que la duración de ese permiso vendrá determinada por la anterior de la que fuera titular.

Pero no es posible que el extranjero no comunitario que no ha tenido un matrimonio con una duración superior a la de tres años, y que acredite solamente una residencia legal de dos años, pueda pretender la obtención del permiso de residencia y trabajo por cuenta ajena, en base al argumento de que no puede hacerse de peor condición a ese extranjero que al que se encuentre con una residencia legal de sólo un año y se den las condiciones consignadas en el artículo 96-1 del Reglamento de Extranjería. Como dice la Sentencia del TSJ de Valencia núm. 355 de 9 de junio de 2010 que revocó la citada por la parte en autos dictada por el Juzgado de lo Contencioso núm. 5 de Valencia de 18 de marzo de 2009 "no se trata como señala la sentencia 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 núm. 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 casado o bien pareja de hecho registrada de un ciudadano comunitario, precisamente por serlo y por esas circunstancias tiene un trato especial, de forma que una vez extinguido, disuelto o desaparecido ese vínculo matrimonial o de pareja de hecho registrada, ha de aplicársele las circunstancias detalladas en la normativa para ese concreto tipo de situaciones. Y lo que el Real Decreto 240/2007 y el Reglamento de Extranjería contemplan es por un lado la posibilidad de conservación del permiso de residencia de que disfrutaba anteriormente, siempre que su situación matrimonial o de pareja de hecho haya durado al menos tres años y uno de los cuales se haya residido en España. Y una vez transcurridos seis meses desde la ruptura, ese excónyuge no comunitario tiene la posibilidad de solicitar el permiso de trabajo y residencia, pero no implica que lo obtenga automáticamente, pues el apartado 5º del artículo 96 dice "si cumple los requisitos" podrá obtenerlo. Pero en ningún caso es posible que directamente y tras la ruptura de la pareja y antes de los seis meses posteriores, acceda ese excónyuge al permiso de trabajo residencia automáticamente, porque durante ese período solamente es posible conservar el permiso de residencia siempre y cuando el matrimonio o la pareja de hecho registrada haya durado el plazo de tres años fijado por la ley. Por lo tanto

acierta la Abogacía del Estado cuando señala que los requisitos del artículo 9-4 del RD 240/2007 y artículo 96-5 del RD 2393/2004 son de aplicación acumulativa y no es posible optar por uno u otro".

TERCERO.- En consecuencia con lo anterior, de la literalidad de la normativa aplicable, doctrina trascrita y datos fácticos concurrentes, se desprende que no asiste razón a la actora en su solicitud, en tanto que, expuesto con concisión:

1.- De la norma trascrita, resulta que "transcurridos" 6 meses desde el divorcio, no se mantiene ya el derecho de residencia, dada la extinción del vínculo matrimonial que daba lugar al derecho de residencia del nacional no comunitario, debiéndose entonces instar, en su caso, la autorización inicial del artº 96.5 ROEX , cumpliendo los requisitos establecidos al efecto, lo que no es el presente tema litigioso, dado el planteamiento actor en esta litis.

2.- El dies a quo del citado plazo de seis meses ha de situarse razonablemente en la fecha de la sentencia de divorcio, que es *constitutiva* del mismo.

3.- En todo caso, podría estarse a lo más, si no concurriera notificación anterior de la sentencia al interesado, a la fecha de inscripción registral del mismo (en este caso 20.8.09 , siendo asimismo la solicitud extemporánea al formularse a 12.4.10).

4.- No puede válidamente entenderse como fecha de notificación de la sentencia (y dies a quo de la solicitud) la fecha de expedición de un simple testimonio de la misma por el Secretario judicial, cual es el presente caso (17.11.09), ya que la notificación pudo ser anterior, cual resulta razonable, más aún al estar la interesada representada por Procurador en tal procedimiento de divorcio. La expedición del testimonio de la sentencia en tal fecha no acredita que en tal momento fuera la misma notificada a la actora, lo que invalida su interesada tesis al respecto.

Por último no cabe apreciar la vulneración de la Directiva comunitaria que alega la parte por la normativa expuesta (cuanto más a efectos invalidantes de la misma), respecto de la que recayó sentencia en recurso directo, resuelto por STS 1.6.10 , que no afecta a tal extremo de la norma en cuestión.

CUARTO.- Todo lo anterior conlleva pues la desestimación del recurso actor, no procediendo hacer declaración alguna sobre las costas del presente pleito, por no haber méritos para ello, con arreglo a lo dispuesto en el art. 139.1 de la LJCA .

En su virtud, vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey y por la autoridad que confiere la Constitución española.

FALLO

1.- **DESESTIMAR** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por doña Paula contra la Resolución de 23-6-10 de la Delegación del Gobierno en Madrid, que desestima el recurso de reposición formulado por la actora, nacional dominicana, contra la Resolución de 17-5-10, por la que se inadmite a trámite por extemporánea la solicitud de 7-4-10, de modificación de la situación de familiar de residente en régimen comunitario a situación de residencia y trabajo, actuación administrativa que en consecuencia se confirma en cuanto que resulta ajustada a Derecho.

2.- No formular pronunciamiento alguno en las costas del presente recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación en ambos efectos en el plazo de quince días ante esta Juzgado para la Ilma. Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, será necesaria para la admisión de este recurso de conformidad con lo dispuesto en la reforma operada por la *Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre (art. 1º, apartado 19)*, la necesidad de constituir depósito para recurrir y que se deberá, en los casos que proceda dicha constitución consignar la cantidad de 50 euros en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" de este Juzgado Entidad Banesto nº 3565 0000 00 0000-00 (las seis últimas cifras se completarán con el nº de procedimiento y año).

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.

EL MAGISTRADO-JUEZ.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada en el día de la fecha ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado-Juez que la dictó, en audiencia pública. Doy fe.