



Roj: STSJ MAD 10599/2012
Id Cendoj: 28079330022012101369
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 2
Nº de Recurso: 180/2012
Nº de Resolución: 1117/2012
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: JUAN FRANCISCO LOPEZ DE HONTANAR SANCHEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda C/ General Castaños, 1 - 28004

33010310

NIG: 28.079.00.3-2012/0001464

ROLLO DE APELACION Nº 180/2.012

SENTENCIA Nº 1117

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

Ilustrísimos Señores:

Presidente:

D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez

Magistrados:

D. José Daniel Sanz Heredero

D.^a Elvira Adoración Rodríguez Martí

D. Miguel Ángel García Alonso

D.^a. Fátima Blanca de la Cruz Mera

D. Francisco Bosch Barber

En la Villa de Madrid a doce de julio de dos mil doce.

Vistos por la Sala, constituida por los señores del margen, de este Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el Rollo de Apelación **número 180 de 2012** dimanante del Procedimiento Abreviado núm. 829 de 2010 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 28 de Madrid en virtud del recurso de apelación interpuesto por Valle representado por el Procurador Don Daniel Bufalá Balmaseda y asistido por el Letrado Don Alberto León Serrano contra la Sentencia dictada en el mismo. Han sido parte la apelante y como apelado la Administración del Estado (Delegación del Gobierno en Madrid) asistida y representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 8 de noviembre de 2011, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 27 de Madrid en el procedimiento abreviado número 828 de 2010 dictó Sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor literal: « *DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por doña Valle 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 lima. 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. 10, 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.»*

SEGUNDO.- Por escrito presentado el 15 de diciembre de 2011 el Letrado Don Alberto León Serrano en nombre y representación de Valle interpuso recurso de apelación contra la citada resolución formulando los motivos de impugnación frente a la resolución recurrida y terminó solicitando que se admitiera en ambos efectos la presente apelación contra la Sentencia de fecha 8 de noviembre de 2011, se dé traslado a las demás partes para que, en plazo común de quince días, puedan formular oposición a la misma y, transcurrido el expresado plazo, dicte resolución elevando los autos, en unión de los escritos presentados, a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, para que ésta, después de los oportunos trámites, dicte sentencia anulando la apelada, por ser disconforme a derecho, y se acuerde la admisión a trámite de la solicitud de autorización de residencia y trabajo a doña Valle con condena en costas a la administración.

TERCERO.- Mediante diligencia de ordenación de 26 de diciembre de 2011 se admitió a trámite el recurso y se acordó dar traslado del mismo a la parte demandada, presentándose por el Abogado del Estado escrito el día 4 de enero de 2012 se opuso al mismo y solicitó su desestimación y la confirmación de la Resolución recurrida.

CUARTO.- Por diligencia de ordenación de fecha 10 de enero de 2012 se admitió a trámite el recurso y se elevaron las actuaciones a este Tribunal, correspondiendo su conocimiento a esta sección segunda, siendo designado Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez, señalándose el día 12 de julio de 2012 a las 10:00 horas de su mañana para la deliberación votación y fallo del recurso de apelación, al no estimarse preciso por la sala ni el recibimiento a prueba ni el trámite de conclusiones.

QUINTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones de los artículos 80.3 y 85 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa 29/1.998.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como señala la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo el recurso de apelación tiene por objeto la depuración de un resultado procesal obtenido en la instancia de tal modo que el escrito de alegaciones del apelante ha de contener una crítica de la sentencia impugnada que es la que debe servir de base para la pretensión sustitutoria de pronunciamiento recaído en primera instancia. La jurisprudencia - Sentencias de 24 de noviembre de 1987, 5 de diciembre de 1988, 20 de diciembre de 1989, 5 de julio de 1991, 14 de abril de 1993, etc.- ha venido reiterando que en el recurso de apelación se transmite al Tribunal "ad quem" la plena competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas, por lo que no puede revisar de oficio los razonamientos de la sentencia apelada, al margen de los motivos esgrimidos por el apelante como fundamento de su pretensión, que requiere, la individualización de los motivos opuestos, a fin de que puedan examinarse dentro de los límites y en congruencia con los términos en que esta venga ejercitada, sin que baste con que se reproduzcan los fundamentos utilizados en la primera instancia, puesto que en el recurso de apelación lo que ha de ponerse de manifiesto es la improcedencia de que se dictara la sentencia en el sentido en que se produjo.

SEGUNDO.- La sentencia apelada desestima el recurso contencioso-administrativo al entender que .- *En consecuencia con lo anterior, de la literaria 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 concisamente: 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 concurría notificación anterior de la sentencia al interesado, a la fecha de inscripción registral del mismo (en este caso 2 08.09 , 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.

TERCERO.- El apelante discute dicha conclusión al entender que El Juzgado interpreta el Art. 9.4 d) del Reglamento de Comunitarios a favor de la tesis de esta parte sin embargo desestima el recurso introduciendo un hecho no discutido por las partes y que no se corresponde con la realidad. El procedimiento ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo versa sobre si el plazo de los seis meses al que hacía referencia el Art. 9.4 d) del Reglamento de Comunitarios es el plazo para solicitar o no la autorización de residencia del extracomunitario tras el divorcio. La resolución administrativa entendía que la ciudadana extracomunitaria no cumplía los requisitos legales porque la solicitud de residencia se había solicitado seis meses después del divorcio. Esta parte entendía que el artículo no exigía que se solicitara una residencia en el plazo de seis meses y el juzgado lo entiende como esta parte, citando textualmente en la Sentencia que "Sobre estas situaciones la STS Baleares de 30.11.10 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 periodo solamente es posible el matrimonio o la pareja de hecho registrada haya durado el plazo de tres años fijados por ley " Por tanto el Juzgado entiende, como lo hizo esta parte, que el extranjero extracomunitario solicitó su autorización de residencia en plazo, ya que lo hizo después de los seis meses, en concreto la tarjeta se solicitó el 7 de abril de 2.010, tal y como se señalaba en la resolución administrativa (Antecedente de Hecho lo documento 3), esto es, transcurridos, pasados seis meses desde el divorcio (la sentencia de divorcio es de 13 de febrero de 2.009 , tal y como se acreditó con el documento 5 de la demanda). El Juzgado entiende que no procede la estimación del recurso porque la recurrente no estuvo casada más de tres años. Sin embargo tal hecho no es discutido por las partes y no se adecúa con lo acreditado. Tal y como se aportó con la demanda, la recurrente estuvo casada con ciudadano español más de tres años (documento 4 y documento 5), en concreto desde el año 2.002 hasta más allá del año 2.008, que fue cuando se iniciaron los trámites de divorcio. Por tanto, atendiendo a que el Juzgado erróneamente ha entendido que no procede la estimación del recurso porque la recurrente no estuvo casada más de tres años, habiéndose acreditado que tal hecho no se corresponde con la documental aportada y habiendo acreditado que la recurrente solicitó la autorización de residencia pasados seis meses procede la estimación del presente recurso.

CUARTO.- El artículo 9 apartado 4º 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 establece que e n 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 artículo. 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.«...». 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 . Por su parte el apartado 5º del artículo 96 del 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 establece que 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.

QUINTO.- Para la aplicación de dicho régimen se precisa en primer lugar que el matrimonio haya durado al menos tres años desde su celebración hasta el inicio *del procedimiento judicial de nulidad del matrimonio, divorcio.* En el caso de la certificación del Registro Civil Central que obra en el expediente administrativo consta que el matrimonio se celebró el 4 de noviembre de 2002 en Santiago de los Caballeros (República Dominicana). No consta exactamente el momento de presentación de la demanda de divorcio de mutuo acuerdo pero siendo el procedimiento seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Parla el 780 de 2008 es evidente que el matrimonio duró más de tres años, pues la iniciación del procedimiento se produjo al menos después del 2 de julio de 2008, fecha de la firma del convenio regulador que se acompañó al escrito de demanda. Como quiera que el matrimonio duró más de tres años ha de interpretarse la previsión reglamentaria de que *t ranscurridos 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 artículo. 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.* Resulta evidente que la interpretación de que la solicitud ha de realizarse dentro del plazo de los seis meses desde el divorcio, o desde la notificación de la sentencia, cuestión muy discutida en la instancia y que esta clara ya que consta en el expediente administrativo que el Juzgado comunicó a la Delegación del Gobierno en Madrid que la notificación de la sentencia se produjo el 20 de febrero de 2009 en la persona del Procurador Don Florencio Araez Martínez. Esta cuestión es intrascendente porque la solicitud no se ha de realizar en el plazo de los seis meses sino trascurrido dicho plazo. Es decir la norma establece un plazo de espera. Esta es la doctrina que se desprende de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Baleares el 30 de noviembre de 2010 dictada en el recurso de apelación 115 de 2010 señala que *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. La interpretación que realiza la Delegación del Gobierno en Madrid es la contraria a la que establece la norma porque la modificación del la situación de régimen de residente comunitario a la situación de residencia y trabajo de régimen general no es que haya de solicitarse dentro del plazo de los seis meses siguientes al cese de la convivencia sino pasados dichos seis meses, lo que ocurrió en el caso presente ya que la notificación de la sentencia de divorcio se produjo el 20 de febrero de 2009 , de forma que la solicitud no podía realizarse hasta el 20 de Agosto de 2009, produciéndose tras dicha fecha concretamente el 12 de Abril de 2010, es decir dos meses antes de que venciera a la autorización de residencia de régimen comunitario lo que ocurrió el 13 de junio de 2010 según consta en el documento número 2 del expediente administrativo. El recurso de apelación ha de ser estimado.

SEXTO.- De conformidad con el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso en segunda instancia se impondrán las costas al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición. En el caso presente al estimarse el recurso no procede condena en costas en esta segunda instancia y no observando temeridad ni mala fe en el las partes no procede la condena en costas en primera instancia

Vistas las disposiciones legales citadas

FALLAMOS

QUE ESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el Letrado Don Alberto León Serrano en nombre y representación de Valle y en su virtud **REVOCAMOS** la Sentencia dictada el día 8 de noviembre de 2011, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 27 de Madrid en el procedimiento abreviado número 828 de 2010 y **ANULAMOS** la Resolución de fecha de 17 de mayo de 2010 dictada por la DELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN MADRID, por la que se inadmite a trámite la solicitud formulada por Valle por la que se solicita la modificación del la situación de régimen de residente comunitario a la situación de residencia y trabajo de régimen general sin condena en costas en ni en primera ni en segunda instancia.

Notifíquese la presente resolución a las partes con la advertencia de que contra la misma no cabe recurso alguno y verificado remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución, en su caso.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente Juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez

D. José Daniel Sanz Heredero

D^a. Elvira Adoración Rodríguez Martí

D. Miguel Ángel García Alonso

D^a. Fátima Blanca de la Cruz Mera

D. Francisco Bosch Barber