



**JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 3  
PALMA DE MALLORCA**

SENTENCIA: 00082/2012

N11600

CALLE JOAN LLUIS ESTELRICH, N°. 10.- 07003.- PALMA.-

N.I.G: 07040 45 3 2011 0000623

**Procedimiento:** PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000128 /2011 /

**Sobre:** PROCESOS CONTENCIOSOS-ADMINISTRATIVOS

**De D/Dª:** .....

**Letrado:** ,

**Procurador D./Dª:** ,

**Contra D./Dª** DELEGACION DEL GOBIERNO EN ILLES BALEARS OFICINA DE EXTRANJEROS

**Letrado:** ABOGADO DEL ESTADO

**Procurador D./Dª**

**SENTENCIA N° 82/2012**

En Palma de Mallorca a veintinueve de febrero de de dos mil doce.

El Ilmo. Sr. D. José María Abad Licerias, Magistrado-Juez titular del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Palma de Mallorca ha pronunciado la siguiente Sentencia en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 128/2011 y seguido por los trámites del procedimiento abreviado, en el que se impugna la Resolución de 21 de septiembre de 2011, dictada por la Oficina de Extranjeros de la Delegación del Gobierno en las Islas Baleares, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto frente a la Resolución de la Oficina de Extranjeros de la Delegación del Gobierno en las Islas Baleares, de 13 de enero de 2011, en la que se denegó la solicitud de autorización de residencia de larga duración solicitada por el actor.

Son partes en dicho recurso: como **demandantes** D. ....  
..... y Dª. .... actuando ésta última en representación de  
sus dos hijas menores de edad / ..... y / .....  
..... y como **demandada** la DELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN LAS ISLAS  
BALEARES.

La cuantía del recuso quedó fijada en indeterminada.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha de 30 de marzo de 2011, se presentó por la Letrada Dª. Margarita Palos Nadal, escrito de demanda contra el acto administrativo arriba mencionado y en el que, tras las alegaciones de hecho y de derecho que estimó pertinentes, suplicó se dictara sentencia en la que se estimase el recurso, declarando la nulidad de la Resolución impugnada, declarando el derecho del

recurrente a que le sea concedida la residencia de larga duración que solicitó en su momento.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda y conferido traslado a la parte demandada, se reclamó el expediente administrativo y fue entregado a la parte actora a fin de que efectuara las alegaciones que tuviera por convenientes en el acto de la vista, cuya celebración quedó fijada para el día 23 de febrero de 2012.

**TERCERO.-** En el día y hora señalados, tuvo lugar la celebración de la vista en la que la parte recurrente se ratificó en su demanda. Concedida la palabra a la parte demandada ésta hizo las alegaciones que estimó oportunas, solicitando la desestimación de la demanda y oponiéndose a la misma en los términos que constan en las actuaciones. Todas las partes solicitaron el recibimiento del pleito a prueba remitiéndose a estos efectos al expediente administrativo. Tras el trámite de conclusiones quedaron finalizados los autos y vistos para sentencia.

**CUARTO.-** En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El día 11 de octubre de 2010, el demandante presentó ante la Oficina de Extranjeros de la Delegación del Gobierno en las Islas Baleares una solicitud para obtener la autorización de residencia de larga duración, proveniente de tarjeta de familiar residente de la Unión Europea, tras haberse divorciado de su esposa (una ciudadana de nacionalidad española, que figura como codemandante en este proceso), según recoge la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 20 de Palma de Mallorca, con fecha de 31 de octubre de 2007 (documento número 5 del escrito de demanda) y en cumplimiento de lo previsto en el artículo 9º.4, in fine, del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero. El matrimonio fue contraído el día 21 de junio de 2003 y fruto del mismo nacieron dos menores de edad de nacionalidad española (..... y L/.....

**SEGUNDO.-** La Delegación del Gobierno en las Islas Baleares dictó la Resolución de 13 de enero de 2011 (acto administrativo inicialmente objeto del presente recurso, que sería posteriormente ampliado a petición de la parte actora), en la que se rechazó la solicitud planteada por el demandante, argumentando que había cursado su solicitud pasado el plazo reglamentario de seis meses en que debía haber comunicado a la Administración su divorcio, por lo que, de conformidad con lo previsto en el artículo 9º.4 del Real Decreto 240/2007, en concordancia con los artículos 53.1.j) y 96.5 del Real Decreto 2393/2004 y con la Disposición Adicional Cuarta, apartado sexto, de la Ley Orgánica 4/2000, debía denegarse la solicitud planteada por la actora (folio 58 del expediente administrativo). En iguales términos se expresó el Abogado del Estado en la vista pública.

Contra esta Resolución el demandante interpuso un recurso de reposición, el día 21 de febrero de 2011, que sería resuelto por la Resolución de 21 de septiembre de 2011, dictada por la Oficina de Extranjeros de la Delegación del Gobierno en las Islas Baleares, desestimándolo y confirmando el acto administrativo inicial.

**TERCERO.-** El 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, transpone al derecho español interno la Directiva 2004/38/ CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004 que regula el derecho de entrada y salida del territorio de un Estado miembro, el derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia, y los trámites

administrativos que deben realizarse ante las Autoridades de los Estados miembros. El mencionado Real Decreto 240/2007 tiene un ámbito subjetivo y objetivo muy definido:

1-) Desde el punto de vista subjetivo, sus destinatarios son:

a) Por una parte, ciudadanos de Estados miembros de la Unión Europea y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (artículo 1º.1).

b) Por otra parte, familiares de los anteriores, es decir, de ciudadanos de Estados miembros de la Unión Europea y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (artículo 2º).

2-) Desde el punto de vista objetivo, las actividades reguladas en la norma y que pueden realizar sus destinatarios consisten en el ejercicio de los derechos de entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia, residencia de carácter permanente y trabajo en España (artículo 1º.1).

El artículo 9º.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, bajo el enunciado de "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", establece lo siguiente:

*"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”.*

**TERCERO.-** La aplicación efectiva del referido precepto reglamentario descansa en la concurrencia de los siguientes requisitos:

1-) En primer lugar, como premisa previa, debe haberse producido la 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 (excluyéndose la situación de separación según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010).

2-) En segundo lugar, como premisa objetiva, deberá acreditarse uno de los siguientes supuestos con carácter alternativo:

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.

3-) En tercer lugar, como premisa temporal, una vez que haya concurrido alguno de los cuatro supuestos que acaban de exponerse 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 del Real Decreto 2393/2004, transcurridos seis meses desde que se produjera cualquiera de los cuatro supuestos anteriores.

4-) En cuarto lugar, como premisa formal, para obtener la nueva autorización el afectado 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.

Debe rechazarse la aplicación con carácter retroactivo del Real Decreto 1710/2011, de 18 de noviembre, por el que se modifica el 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, al no estar vigente cuando la Administración resolvió la solicitud planteada por el demandante, como indebidamente alegó la Letrada de la parte actora en el acto de la vista oral de esta causa. En dicha reforma reglamentaria no se contempla esa posibilidad, lo que impide su aplicación, manteniendo así el criterio habitual de tempus regit actum.

**CUARTO.-** Trasladando y aplicando cada uno de las premisas anteriormente expuestas al supuesto enjuiciado en esta causa, se comprueba:

1-) Que concurre la premisa previa, es decir, existe una situación de divorcio desde la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 20 de Palma de Mallorca, con fecha de 31 de octubre de 2007 (documento número 5 del escrito de demanda).

2-) Que concurre la premisa objetiva tipificada en el supuesto a) del precepto, al haber durado el matrimonio al menos 3 años, dado que se contrajo el día 21 de junio de 2003.

3-) Que concurre la premisa temporal consistente en el transcurso de seis meses desde que se produjo el divorcio. En este sentido, el divorcio tuvo lugar mediante la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 20 de Palma de Mallorca, con fecha de 31 de octubre de 2007 (documento número 5 del escrito de demanda) y la solicitud de autorización de residencia y trabajo se presentó ante la Administración el día 11 de octubre de 2010 (folio 1 del expediente administrativo).

El presunto incumplimiento de este requisito temporal es el argumento utilizado por la Administración para negar la autorización de residencia permanente solicitada por el demandante, en la medida que se indica que la petición del actor no se produjo pasados seis meses de su divorcio, sino tres años después. Esta interpretación supone atribuir a ese requisito un plazo de caducidad que provoca una auténtica inseguridad jurídica con quiebra también del principio de legalidad. Las razones son evidentes:

a) Por una parte, el artículo 9º.4 del Real Decreto 240/2007 establece el día inicial o dies a quo en que los interesados deben solicitar la autorización de residencia correspondiente, una vez que se haya producido alguna de las cuatro situaciones que, con carácter alternativo, se recogen en el propio precepto reglamentario, con las letras a), b), c) y d). No obstante, el referido precepto reglamentario no establece un plazo para el ejercicio de ese derecho-deber en forma de dies ad quem. El silencio de la norma en este sentido no puede ser suplido por una mera decisión discrecional de la Administración, de carácter restrictivo. Tratándose de un derecho-deber y, a falta de un plazo límite para su ejercicio, puede considerarse que su utilización tiene un plazo indefinido o, por el contrario, un plazo limitado que puede cifrarse en 15 años, aplicando por analogía el plazo para el ejercicio de las acciones personales previstas en el Código Civil.

b) Por otra parte, el establecimiento por la Administración de facto de un plazo de caducidad para el ejercicio del derecho-deber a que aludimos vulnera los principios constitucionales de legalidad y de seguridad jurídica, en la medida que aquella introduce un plazo indeterminado no recogido expresamente en la norma, provocando a su vez con esa indeterminación una quiebra de un básico principio de seguridad jurídica de los ciudadanos afectados por la situación prevista en el artículo 9º.4 del Real Decreto 240/2007.

La traslación de esta interpretación al supuesto enjuiciado en estos autos, debe llevar a la conclusión de que el ejercicio por la demandante del derecho-deber que le atribuye el artículo 9º.4 del Real Decreto 240/2007 fue correcto, sin que se le pueda reprochar e imponer la existencia de un plazo de caducidad de facto, no previsto en aquél precepto reglamentario, que en la realidad provoca una caducidad del ejercicio de esa acción, lo que constituye una previsión no contemplada en la norma a la que se acaba de hacer referencia. Por lo tanto, no debe considerarse ajustada a derecho la interpretación ofrecida por la Administración de aquél precepto reglamentario, por lo que procede admitir la tesis del Letrado de la parte actora en este punto, excluyendo la tesis de la aplicación a este supuesto de la situación de ignorancia del derecho, dado que como acertadamente afirmó el Abogado del Estado rige el principio ignorantia legis non excusam, recogido en el artículo 6º.1 del Código Civil.

4-) Con relación a la última premisa consistente en que el demandante 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 dispone, 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, constituye un requisito que concurre en el demandante, según se acredita en el documento número 17 del escrito de demanda (respecto al reconocimiento al demandante del derecho a percibir las prestaciones por desempleo).

En consecuencia, el demandante cumple con los requisitos previstos en el artículo 9º.4 del Real Decreto 240/2007, por lo que la decisión adoptada por la Delegación del Gobierno en las Islas Baleares, los días 21 de septiembre y 13 de enero de 2011, no son conformes a derecho, por lo que procede estimar el presente recurso y anular la Resolución impugnada en esta causa, ordenando a la Administración demandada a que conceda al actor la autorización de residencia de larga duración que solicitó en su momento. Hay que recordar que no es posible que por parte de este Juzgado se conceda la autorización a la que se alude en el escrito de demanda, ya que la misma debe ser otorgada única y exclusivamente por la Administración.

**QUINTO.-** No se aprecian causas o motivos que justifiquen realizar un especial pronunciamiento impositivo sobre costas procesales causadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, tras la reforma introducida por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, a través de una interpretación flexible y proporcionada de su Disposición Transitoria Única.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general aplicación,

#### **FALLO:**

**QUE DEBO ESTIMAR** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. .... y D<sup>a</sup> ....., actuando ésta última en representación de sus dos hijas menores de edad ..... y ..... contra la Resolución de 21 de septiembre de 2011, dictada por la Oficina de Extranjeros de la Delegación del Gobierno en las Islas Baleares, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto frente a la Resolución de la Oficina de Extranjeros de la Delegación del Gobierno en las Islas

Baleares, de 13 de enero de 2011, en la que se denegó la solicitud de autorización de residencia de larga duración solicitada por el actor, anulándolas, por no ser conforme a derecho y ordenando a la Administración a que conceda al demandante la autorización de residencia de larga duración que solicitó en su momento.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndolas saber que contra la misma cabe recurso de apelación en dos efectos que deberá interponerse por escrito ante este mismo Juzgado dentro del plazo de quince días siguientes a su notificación y del que conocerá, en su caso, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares y previo pago de las correspondientes tasas previstas en la Disposición Adicional Decimoquinta la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará por testimonio a los autos de su razón definitivamente juzgando lo pronuncio, mando y firmo.