

FAX - 952 29 82 35  
20 61 62

En nombre de S.M. el Rey y de la autoridad que el pueblo español me confiere, he pronunciado la siguiente

### SENTENCIA Nº 155/12

CORPIA

En Málaga, a veintisiete de marzo de dos mil doce.

DOÑA BELEN SÁNCHEZ VALLEJO, Magistrado-Juez Sustituta del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 1 de esta Ciudad, habiendo visto el presente recurso contencioso-administrativo número 71/10, sustanciado por el Procedimiento Abreviado, interpuesto por ~~DON [REDACTED]~~, representado por la Procuradora Sra. De los Ríos Santiago y asistido por el Abogado Sr. Rodríguez Candela contra la **SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN MÁLAGA**, representada y asistida por el Abogado del Estado.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Que la mencionada representación de ~~DON [REDACTED]~~ ~~[REDACTED]~~ interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Málaga de fecha 24 de febrero de 2.009 por la que se deniega la autorización de residencia permanente solicitada, recaída en el expediente nº 290020080015436, formulando demanda arreglada a las prescripciones legales en la cual solicitaba previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, se dictara sentencia que reconociera haber lugar al pedimento obrado. En fecha 22 de enero de 2.010 de dictó Resolución de la Subdelegación de Gobierno de Málaga por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto, confirmando la resolución impugnada.

**SEGUNDO.-** Que admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma y de los documentos acompañados a la Administración demandada, reclamándole el expediente, ordenando se emplazara a los posibles interesados y se citó a las partes para la celebración de la vista.

**TERCERO.-** Recibido el expediente administrativo se exhibió al actor para que pudiera hacer alegaciones en el acto de la vista.

**CUARTO.-** Celebrada la vista en la hora y día señalados, comparecieron las partes, ratificándose el demandante en las alegaciones expuestas en la demanda, formulando el representante de la Administración demandada las alegaciones que a su derecho convinieron y tras la práctica de la prueba y tras el trámite de conclusiones, se terminó el acto, quedando conclusos los autos y trayéndolos a la vista para sentencia.

**QUINTO.-** Que en la tramitación de este procedimiento se han observado las formalidades legales.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La parte recurrente solicita que se declare la nulidad de la resolución impugnada y se conceda la autorización solicitada al considerar que los motivos esgrimidos en la resolución no se encuentra conforme a derecho, y ello en virtud de los siguientes argumentos:

a).- en primer término, argumenta el recurrente que desde la solicitud del permiso permanente hasta la fecha de resolución había transcurrido con creces el plazo de tres meses, luego de conformidad con el artículo 73 del Real Decreto 2393/2004, el silencio era positivo.

b).- A continuación indica que no resulta de aplicación al caso de autos el Real Decreto 240/2007, pues cuando se produce el divorcio no se había aprobado el mismo, por lo que no se encontraba sujeto a plazo alguno. Más aún, la DT 1ª del Real Decreto 240/2007 manifiesta que las solicitudes presentadas antes de la entrada en vigor del Real Decreto, se registrarán por la normativa anterior, máxime cuando la tarjeta le fue concedida en el año 2.005.

c).- No obstante lo anterior, señala que el propio artículo 9.4 in fine del Real Decreto 240/2007, establece que las necesidades de cambio de la tarjeta solo es exigible si el ciudadano extracomunitario no hubiese adquirido el derecho de residencia permanente, si bien el actor sí obtuvo residencia permanente.

La representación de la Administración demandada, se remite íntegramente al contenido de la resolución objeto del presente recurso por resultar ajustada a derecho.

**SEGUNDO.-** Expuestos en dichos términos el debate del presente recurso, se trata de enjuiciar si las resoluciones recurridas que deniegan la autorización de residencia permanente por haberse presentado fuera del plazo legalmente establecido, son o no conformes a derecho.

Inicialmente, argumenta el recurrente que desde la solicitud del permiso permanente hasta la fecha de resolución había transcurrido con creces el plazo de tres meses, luego de conformidad con el artículo 73 del Real Decreto, el silencio era positivo.

Para dar solución al problema planteado debemos remitirnos a la Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Burgos, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Sentencia de 5 Jul. 2009, rec. 45/2009, en torno al silencio administrativo negativo en el ámbito de la autorización de residencia permanente, que a su vez se remite a la sentencia de fecha 28.1.2005, dictada en el recurso núm. 783/2003 por la misma Sala, que resuelve lo siguiente:

*"Subsidiariamente y en segundo lugar, alega la actora que en aplicación de la D.A. 1ª.2 de la L.O.4/2000 en relación con el art. 43.4ª) de la Ley 30/1992 el permiso de residencia permanente (que por aplicación analógica del art. 72 del Reglamento de Extranjería considera que debe conceptuarse como "renovación") se ha ganado por silencio administrativo positivo, dado el tiempo transcurrido entre su petición y la fecha de su resolución, por lo que concluye que la resolución dictada a posteriori tenía que haber sido confirmatoria del silencio positivo. Por el contrario, a la operación de tal silencio positivo se opone la Administración demandada al alegar que la D.A. 1ª.1 de la Ley 4/2000 no contempla el silencio administrativo positivo en el caso de solicitud de un permiso de residencia permanente, al tratarse, a juicio de dicha parte, de una obtención inicial y no de una renovación o prórroga de permiso.*

*La resolución del recurso en este extremo obliga a recordar lo que establece tal Disposición Adicional Primera, en su redacción vigente a la fecha de los hechos (antes de su nueva redacción operada por la L.O. 14/2003 de 20 de noviembre que sustituye la expresión permiso por autorización:*

*"1. El plazo general máximo para notificar las resoluciones de las solicitudes de permisos que formulen los interesados a tenor de lo previsto en esta Ley será de tres meses, contados a partir del día siguiente al de la fecha en que hayan tenido entrada en el registro del órgano competente para tramitarlas. Transcurrido el plazo para notificar las resoluciones de las solicitudes, salvo lo dispuesto en el apartado siguiente, éstas podrán entenderse desestimadas.*

*2. Las solicitudes de prórroga del permiso de residencia, así como la renovación del permiso de trabajo, que se formulen por los interesados a tenor de lo dispuesto en la presente Ley Orgánica se resolverán y notificarán en el plazo máximo de tres meses contados a partir del día siguiente al de la fecha en que hayan tenido entrada en el registro del órgano competente para tramitarlas. Transcurrido dicho plazo sin que la Administración haya dado respuesta expresa, se entenderá que la prórroga o renovación han sido concedidas."*

*en que permite el silencio positivo cuando se trata de renovar o prorrogar en el tiempo la situación que se venía disfrutando, mientras que es de naturaleza negativa cuando la solicitud formulada introduce una modificación o innovación, como es la que se produciría en el caso de autos cuando de la inicial tarjeta de residente comunitaria se quiere pasar a una situación de residencia permanente e indefinida. Este cambio de situación real y jurídica es lo que motiva que el Legislador haya previsto para su solicitud la modalidad del silencio administrativo negativo*

*Por todo lo expuesto, también procede en este extremo desestimar el recurso Interpuesto, considerando que en el caso de autos no opera el silencio administrativo positivo, y que por ello el actor no ha ganado el permiso de residencia permanente en virtud de tal silencio”.*

Con lo dicho y aplicando tales consideraciones al caso de autos, se concluye que la autorización de residencia permanente no se puede adquirir por silencio administrativo, siendo el silencio en todo caso negativo, pues, conforme a lo expuesto, se permite el silencio positivo cuando se trata de renovar o prorrogar en el tiempo la situación que se venía disfrutando, mientras que es de naturaleza negativa cuando la solicitud formulada introduce una modificación o innovación, como es la que se produciría en el presente supuesto, cuando de la inicial tarjeta de residente comunitario se quiere pasar a una situación de residencia permanente.

**TERCERO.-** Sentado lo anterior, entramos a valorar si resulta de aplicación al caso de autos el Real Decreto 240/2007, pues alega el actor que cuando se produce el divorcio no se había aprobado el mismo, por lo que no se encontraba sujeto a plazo alguno. Añade igualmente que la DT 1ª del Real Decreto 240/2007 manifiesta que las solicitudes presentadas antes de la entrada en vigor del Real Decreto, se registrarán por la normativa anterior, máxime cuando la tarjeta le fue concedida en el año 2.005.

La presente cuestión debe ser resuelta sobre la base de las siguientes consideraciones:

La resolución objeto del presente recurso acuerda denegar la autorización de residencia permanente solicitada, al haber sido presentada fuera del plazo legalmente establecido, y ello de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 9 del Real Decreto 240/2007, en concreto transcurridos 6 meses desde el divorcio legal de un nacional de un Estado miembro de la Unión Europea con un nacional de un Estado que no lo sea, sin comunicar dicha circunstancia a las autoridades competentes.

Al respecto, la Administración esgrime la aplicabilidad del artículo 9 del Real Decreto 240/2007 en relación con el artículo 96.5 del Reglamento de aplicación de la Ley Orgánica que regula los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social por ser las disposiciones vigentes al momento de presentarse la solicitud, siendo notorio que se ha excedido el plazo máximo establecido en los preceptos citados.

La resolución atacada se ampara para denegar la solicitud del recurrente en la aplicación del artículo 9.4 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, que regula la 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, que establece como en caso de, entre otros, divorcio 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 último tiene la obligación de comunicar dicha circunstancia a las autoridades competentes, debiendo advenir para la conservación del derecho de residencia, que, o bien la duración del matrimonio excede de tres años a computar desde su celebración al inicio del procedimiento judicial de divorcio, o bien el 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, o bien se acredite que han existido circunstancias especialmente difíciles como haber sido víctima de violencia doméstica durante el matrimonio, o bien cuando por resolución judicial o mutuo acuerdo entre las partes se determine un derecho de visita al hijo menor del ex cónyuge 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. Añade este precepto, y es esto especialmente trascendente en el presente asunto, que transcurridos seis meses desde que se produjera cualquiera de los supuestos anteriores, y a salvo que se haya adquirido el derecho a residir con carácter permanente, el ex cónyuge 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 debe solicitar una autorización de residencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 96.5 del Reglamento de aplicación de la Ley Orgánica que regula los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, que tan solo puede ser prorrogado en el tercero de los supuestos antes enunciados. Prosigue el precepto expresando que, para obtener la nueva autorización, el ciudadano extranjero debe 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 las familias, ya

constituida en el Estado miembro de ~~España~~, de una persona que cumpla estos requisitos. La autorización aludida se regula en el artículo 96.5 del Reglamento de aplicación de la Ley Orgánica que regula los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, que contempla precisamente la posibilidad de obtención por parte de los extranjeros titulares de una tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión que han cesado en tal condición de 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, todo ello si cumple los requisitos exigidos.

Fijada su contenido, obvio resulta que, de ser este el precepto aplicable, la solicitud se habría presentado de forma extemporánea, ya que la Sentencia de divorcio es de fecha 14 de diciembre de 2006 y la solicitud de autorización se presentó el 29 de mayo de 2.008 (folio primero del expediente), muy excedido pues el citado plazo semestral. Mas la parte actora esgrime un hecho igualmente incontestable: que el plazo para presentar la solicitud de autorización se recoge en un texto normativo que no estaba en vigor al momento de producirse el hecho que daría lugar a formular la obligada solicitud. Efectivamente, (y obvio es decirlo) el Reglamento que esgrime la Administración es de fecha posterior a la disolución matrimonial que motiva la modificación de la autorización de residencia que se presentó, estando esta situación entonces regulada por el artículo 9.1 del Decreto 178/2003, de 14 de febrero, que regulaba la entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que establecía como la vigencia y la renovación de las tarjetas de residencia estará condicionada al hecho de que su titular continúe encontrándose en alguno de los supuestos que dan derecho a su obtención, debiendo, en su caso, los interesados comunicar el cambio de circunstancias a las autoridades competentes.

Veamos en consecuencia la cuestión principal, es decir si resulta de aplicación el reiterado Reglamento que sirve de sustento legal a la resolución administrativa combatida. En primer término, es necesario acudir a la Disposición Transitoria 1ª del Real Decreto 240/2007, que es clara al respecto cuando señala que: "Las solicitudes presentadas con anterioridad a la entrada en vigor de este real decreto se tramitarán y resolverán conforme a lo previsto en él, salvo que el interesado solicite la aplicación de la normativa vigente en el momento de la solicitud y siempre que ello sea compatible con las previsiones del presente real decreto". Por ello, de la literalidad de dicha Disposición se desprende que solo las solicitudes presentadas con anterioridad podrán regirse por la normativa vigente en el momento de la solicitud y siempre que ello sea compatible con las previsiones del presente real decreto. De ahí que, efectivamente resultará de aplicación al supuesto enjuiciado el artículo 9 del

Real Decreto 240/2007 en relación con el artículo 96.5 del Reglamento de aplicación de la Ley Orgánica que regula los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, por ser las disposiciones vigentes al momento de presentarse la solicitud el 29 de mayo de 2.008 (folio primero del expediente). Pero aún realizando una interpretación extensiva de la norma no podemos acoger la pretensión del recurrente, pues es cierto que el Reglamento entonces vigente no se marcaba un plazo máximo para solicitarla, pero no lo es menos que desde la entrada en vigor del nuevo Reglamento 240/2007 (cuyo desconocimiento no exime al recurrente de cumplirlo en el mismo establecido) si que se fijaba ya el aludido, luego en los seis meses siguientes a su entrada en vigor el recurrente debió solicitar la autorización, cuya tramitación y resolución, no olvidemos, se rige por el texto vigente a fecha de presentación. De ello se colige que los argumentos esgrimidos por el recurrente no pueden prosperar. Precisar que en idéntico término se ha pronunciado el Juzgado de lo Contencioso Administrativo 6 de los de Málaga, en Sentencia de fecha 18 de abril de 2.011, que fue aportada por la Administración en el acto de la vista, haciendo nuestro sus argumentos.

Una vez determinada la normativa aplicable y de una lectura detallada de la misma, si estamos en condiciones de acoger la última alegación formulada por el actor en la demanda rectora del presente procedimiento, pues si bien es cierto que la presentación está sujeta al plazo de seis meses, dicha regla general contiene una importante excepción aplicable a supuesto de autos: que se haya adquirido el derecho a residir con carácter permanente, pues el reiterado artículo literalmente señala "que transcurridos seis meses desde que se produjera cualquiera de los supuestos anteriores, y a salvo que se haya adquirido el derecho a residir con carácter permanente...". Conforme a ello, si examinamos el expediente administrativo, se observa que con anterioridad a contraer matrimonio ya era titular de una tarjeta de residencia permanente, con validez de 6/11/2000 a 05/11/2005, pero no obstante y a mayor abundamiento, a la fecha de la sentencia de divorcio (14 de diciembre de 2.006) llevaba residiendo en España más de 5 años de forma ininterrumpida, teniendo a esta fecha derecho a la residencia permanente en España por derecho propio, según deja argumentado, con cita de los artículos 9 y 10 del R.D. 240/07 y 72 del R.D. 2393/04.

Por lo expuesto, se concluye que el matrimonio continuado y correspondiente residencia legal durante más de cinco años constituyen título legítimo para adquirir el derecho a residir con carácter permanente sin que pueda supeditarse al cumplimiento del plazo alguno, cumpliendo con lo dispuesto en el artículo 10.1 del R.D. 240/071 (Capítulo IV. Residencia de Carácter Permanente) que establece que son titulares del derecho a residir con carácter permanente los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico

Europeo, y los miembros de la familia que no sean nacionales de uno de dichos Estados, que hayan residido legalmente en España durante un período continuado de cinco años. Este derecho no estará sujeto a las condiciones previstas en el capítulo III del presente real decreto.

Para finalizar precisar que por Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 4 de Oviedo, de fecha 5 de junio de 2009, se ha resuelto en parecidos términos un supuesto muy similar al aquí enjuiciado, que a su vez fue confirmada por el TSJ de Asturias.

Todo lo anteriormente expuesto conduce a la estimación de del presente recurso contencioso-administrativo anulando la resolución administrativa impugnada, por no ser conforme a derecho y reconociendo al actor el derecho a residir con carácter permanente.

**CUARTO.-** De conformidad con lo dispuesto en el párrafo primero del punto 1 del artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y no apreciándose mala fe o temeridad en las partes no se hace una expresa imposición de las costas, por lo que cada parte satisfará las suyas.

Vistos los preceptos citados, los invocados por la parte actora y demás de pertinente aplicación al caso de autos,

### FALLO

Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por DON ~~ADRIÁN M. M. M.~~, representado por la Procuradora Sra. De los Ríos Santiago y asistido por el Abogado Sr. Rodríguez Candela, contra la Resolución de fecha 22 de enero de 2.010 por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto, confirmando la resolución de fecha 24 de febrero de 2.009 de la Subdelegación del Gobierno en Málaga, por la que se deniega la autorización de residencia permanente solicitada, recaída en el expediente nº 290020080015436, descrita en el antecedente de hecho primero de esta resolución, debo anular y anulo dicho acto, dejándolo sin efecto, por no ser conforme a derecho, estimando la solicitud de residencia permanente del actor como situación jurídica individualizada y en consecuencia su derecho a obtener dicha autorización, debiendo la administración ejecutar la misma en los términos solicitados, sin que proceda hacer pronunciamiento alguno en cuanto a las costas.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de apelación por escrito presentado en este Juzgado en el plazo de quince días contados desde el siguiente a su notificación, indicándose la necesidad, en su caso, de



constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 6/1.985, de 1 de julio del Poder Judicial añadida por la Ley Orgánica 1/ 2.009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1.985, de 1 de julio del Poder Judicial, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones nº 2984 de este Juzgado y con la advertencia de que no se admitirá a trámite el recurso si no está constituido dicho depósito y así se acredita.

Y poniendo testimonio en los autos principales, inclúyase la misma en el Libro de su clase. Una vez firme devuélvase el expediente administrativo al Centro de su procedencia, junto con testimonio de esta sentencia.

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

**COPIA**