

Not. 23/04/2012

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 4 DE MÁLAGA

PA 415/2010

S E N T E N C I A Nº 149/2012

En la ciudad de Málaga, a 19 de marzo de dos mil doce.

Vistos por D^a Concepción Elena Almeida, Juez Sustituta del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4 de Málaga, el recurso contencioso-administrativo seguido con el número de procedimiento abreviado 415/2010, contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno de Málaga, de 24 de marzo de 2010, en la que se acuerda denegar la expedición de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión solicitada por la recurrente.

En el proceso constan las siguientes partes. Parte demandante: [representada y asistida por el Letrado D. José Luis Rodríguez Candela. Parte demandada: Subdelegación del Gobierno, asistida por la Abogada del Estado, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica del Estado e Instituciones Públicas, y en el Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado.

La cuantía del presente procedimiento es indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Interpuesto el recurso se admitió la demanda. En el Suplico solicitaba la parte actora que, tras los tramites legales, se dictara sentencia por la que se anulase la resolución recurrida.

Se ordenó su traslado a la Administración demandada a quien se reclamó el expediente administrativo. Convocadas las partes para la celebración de la vista, el demandante se ratificó en su demanda y la Administración contestó. La vista se desarrolló en los términos reflejados por la grabación que obra en autos, donde se recibió el pleito a prueba.

SEGUNDO En la tramitación del presente recurso, se han observado las prescripciones legales esenciales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Es objeto de recurso la Resolución de la Delegación del Gobierno en Málaga de 24 de marzo de 2010, en la que se acuerda denegar la expedición de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión solicitada por la recurrente, por considerar que el recurrente ha sido titular de la Tarjeta Familiar de residente comunitario, con validez hasta el 27 de diciembre de 2009, por ser cónyuge de ciudadano de nacionalidad española No obstante y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 9.4 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circula-



ción y residencia de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea, al constar el divorcio del referido matrimonio entre la recurrente y el nacional español, por sentencia de 29 de octubre de 2007, a partir de esta fecha se produce la pérdida de la condición de familiar comunitario al dejar de encontrarse en uno de los supuestos que dan derecho a la obtención de la Tarjeta. Señalando, igualmente la resolución recurrida, que el interesado no ha comunicado en su día la desaparición del hecho causante de la pérdida de la condición de familiar de ciudadano de la Unión, incumpliendo la obligación de tal extremo impuesta por la legislación vigente.

En la interposición del recurso contencioso-administrativo se cumplen el plazo previsto en el art. 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En el presente caso, se trata, por tanto, de una pretensión constitutiva o de plena jurisdicción de las previstas en el actual art. 31.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, toda vez que la parte actora pretende el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma,

SEGUNDO.- En el acto de la vista, la recurrente manifestó su deseo de modificar el Fundamento Jurídico III de su demanda, a la vista de la anulación modificación operada por la Sentencia dictada por TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, S de 1 Jun. 2010, por la que se anulan determinados preceptos del Real Decreto 240/2007, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea, al ser incompatibles con lo establecido en el artículo 13.2 de la Directiva 2004/38/CE del parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril. Por otro lado, manifiesta que su pretensión debe entenderse estimada por silencio administrativo positivo, al haber transcurrido más de tres meses desde que se presentó la solicitud (el 30 de diciembre de 2009), hasta que se ha notificado la resolución que ahora se recurre (5 de abril de 2010).

Por su parte, la Administración demandada se opone a las pretensiones del recurrente al considerar que la resolución impugnada es ajustada a derecho, por cuanto que la normativa que considera aplicable es el artículo 9.4 del Real Decreto 240/2007, en su redacción vigente en el momento en que se dictó la resolución recurrida así como que no opera en el presente supuesto el silencio administrativo positivo, pues la resolución se ha dictado dentro del plazo de los tres meses establecido.

TERCERO.- De la documentación obrante en autos y en el expediente administrativo resulta acreditado que la recurrente contrajo matrimonio con ciudadano español el día **24 de septiembre de 1999**, según se acredita mediante certificado del Registro Civil de Mijas, obrante al folio 22 del expediente administrativo, así como que tienen dos hijos menores, nacidos en Málaga en los años 2001 y 2004, obrando en el expediente administrativo, a los folios 26-27 y 28-29 los correspondientes certificados expedidos por el Registro Civil de Mijas. Por otro lado, en el acto de la vista, se aportó por la recurrente, como Más Documental1, fotocopia de la sentencia de divorcio, de fecha **29 de octubre de 2007**, en la que se otorga la guardia y custodia de los menores a su madre, la ahora recurrente, estableciéndose un régimen de visitas a favor del padre así como la obligación de aportar pensión de alimentos a favor de aquellos.

El día 30 de diciembre de 2009, el recurrente presenta ante la Oficina de Extranjeros de la Subdelegación del Gobierno en Málaga, solicitud de renovación de Tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, que es denegada por la Administración demandada en base a lo establecido en el artículo 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, según el cual, en redacción vigente al momento de dictarse la resolución impugnada:

"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.*
- *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, cónyuge separado legalmente 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 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. 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***

Por su parte el mencionado artículo 96.5 del Real Decreto 2393/2004 de 30 Diciembre (Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000) establece que : " Los extranjeros titulares de una autorización de residencia como ciudadano comunitario o familiar de comunitario, 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 autorización anterior de la que fuera titular".

CUARTO.- Así las cosas resulta que la solicitud presentada por la recurrente se ha realizado fuera de plazo, pues si la disolución del matrimonio fue por sentencia de **29 de octubre de 2007** y la solicitud es de **30 de diciembre de 2009**, han transcurrido con creces los seis meses establecidos en el artículo 9.4, según redacción vigente al momento de dictarse la resolución recurrida.

No obstante, en el acto de la vista, como se ha señalado con anterioridad, el Letrado de la recurrente, alegó ser de aplicación en este supuesto el artículo 9.4 del RD 240/07, según redacción dada por el Decreto 1710/2011 de 18 de noviembre, debido a la anulación de determinados preceptos operada por la STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, S de 1 Jun. 2010, entre los que se encuentra el último párrafo de este artículo 9. 4, así como al posibilidad de aplicación directa del artículo 13.2 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, según el cual:

"2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo, el divorcio, la anulación del matrimonio o el fin de la unión registrada mencionada en la letra b) del punto 2 del artículo 2 no supondrá la pérdida del derecho de residencia de los miembros de la familia del ciudadano de la Unión que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro:

- **a) cuando el matrimonio o la unión registrada haya durado, hasta iniciarse el procedimiento judicial de divorcio o de anulación o finalizar la unión registrada mencionada en la letra b) del punto 2 del artículo 2, al menos tres años, de los cuales uno al menos en el Estado miembro de acogida, o**
- **b) cuando la custodia de los hijos del ciudadano de la Unión hubiere sido confiada al cónyuge o a la pareja que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro por mutuo acuerdo entre los cónyuges o la pareja mencionada en la letra b) del punto 2 del artículo 2 o por decisión judicial, o**
-

- c) cuando así lo exigieran circunstancias especialmente difíciles, como por ejemplo, haber sido víctima de violencia doméstica durante el matrimonio o la unión registrada,
-
- d) cuando, por mutuo acuerdo entre los cónyuges o las parejas mencionadas en la letra b) del punto 2 del artículo 2 o por decisión judicial, el cónyuge o la pareja que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro, tenga derecho a visitar al menor, siempre que el órgano judicial haya dispuesto que dicha visita tenga lugar en el Estado miembro de acogida, y por el período de tiempo que sea necesario.

Antes de adquirir el derecho de residencia permanente, el derecho de residencia de los interesados seguirá estando sujeto al requisito de poder demostrar que son trabajadores por cuenta ajena o propia, o que disponen, para sí y para los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse durante su período de residencia en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida, o bien ser miembros de la familia, ya constituida en el Estado miembro de acogida, de una persona que cumpla estos requisitos. Los «recursos suficientes» serán los definidos en el apartado 4 del artículo 8.

QUINTO.- Se plantea aquí la cuestión relativa a la posible aplicación directa del derecho Comunitario. Como señala el Fundamento Jurídico Cuarto de la Sentencia número 153/11 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número Seis en el P.A 492/10, aportada en autos, con carácter ilustrativo, por la Abogada del estado, esta cuestión "... halla su respuesta en los principios de efecto directo y primacía que rigen en el Derecho comunitario. En virtud del primero de los principios enunciados, esto es, el de efecto directo, en todos aquellos casos en que las disposiciones de un directiva, desde el punto de vista de su contenido, no estén sujetas a condición alguna y sean suficientemente precisas, los particulares estarán legitimados para invocarlas ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado, bien cuando éste no haya adaptado el Derecho nacional a la directiva dentro de los plazos señalados bien cuando haya hecho una adaptación incorrecta (apartado 58 de la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de febrero de 2009 en asunto Cobelfret NV, citando las anteriores de 19 de noviembre de 1991, asunto Francovich 11 de junio de 2002, asunto Marks & Spencer, y 5 de octubre de 2004, asunto Pfeiffer) y ello particularmente en su condición de empleador (en este sentido, Sentencia del Tribunal de Justicia de las comunidades Europeas de 15 de abril de 2008 (Gran Sala) asunto Impact- en su apartado 57, citando las anteriores de 26 de febrero de 1986, asunto Marshall, y 20 de marzo de 2003, asunto Kutz-Bauer) . Pues bien, caso de ser incondicionado el contenido de una disposición contenida en una directiva, y ser el mismo suficientemente preciso, el >Juez nacional deberá aplicar la misma cuando el Estado no haya adaptado el Derecho nacional a su contenido dentro de los plazos señalados en aquélla o cuando aqua efectuado una adaptación que pueda considerarse incorrecta, y ello incluso contraviniendo las disposiciones vigentes en Derecho nacional, precisamente en virtud del segundo de los principios enunciados, el de primacía del Derecho comunitario, puesto que el órgano jurisdiccional nacional está obligado a garantizar la plena eficacia de las normas comunitarias, dejando , en caso de necesidad , inaplicada cualquier disposición contraria de la legislación nacional (extremos todos ellos contenidos en los



apartados 61 y 62 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de julio de 2007 (Gran Sala) Luccchini Siderurgica, que a su vez cita las muy conocidas de 9 de marzo de 1978, asunto Simmenthal, 8 de marzo de 1979, asunto Salumificio di Cornuda y 19 de junio de 1990, asunto Factortame).

Por ello la pretensión de la actora, formulada en los términos que enuncia en su demanda resultaría viable atendiendo a tres condicionantes: que el contenido de la directiva será suficientemente preciso, que el mismo no se halle condicionado y que el Estado no hubiere adaptado el Derecho nacional a su contenido dentro de los plazos señalados en la Directiva que se pretende aplicar o cuando haya efectuado una adaptación incorrecta. Y lo cierto es que todos estos condicionantes se cumplen en este supuesto, ya que el contenido del precepto de la referida Directiva es suficientemente preciso como demuestra el hecho de que la norma que ha traspuesto a nuestro derecho interno la misma (precisamente el enunciado Real Decreto 240/2007) consiste en una mera traslación a nivel reglamentario de lo en ella fijado sin añadidos de ningún tipo (compárese el precepto de la Directiva y el artículo noveno del Reglamento español). De su tenor se observa, igualmente, al ausencia de condicionamientos en el contenido de la directiva. Y en cuanto a la ausencia de adaptación del derecho interno a la misma el artículo 40 de la Directiva literalmente disponía que los Estados miembros debía poner en vigor las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido la presente Directiva antes del 30 de abril de 2006, cuando la adaptación se efectuó el 16 de febrero de 2007 mediante el Reglamento citado, y el supuesto estudiado en este procedimiento se refiere a un divorcio de 16 de junio de 2006 (en nuestro caso 16 de octubre de 2006) momento en el que la Directiva debió haber sido ya traspuesta. Por ello es obligada su aplicación directa, con primacía de las disposiciones del derecho nacional."

No obstante, como hemos visto, el artículo 13.2 de la Directiva, in fine, antes expuesto, añade una serie de requisitos que deben cumplimentar los interesados para adquirir el derecho de residencia que son, en suma, relativos a la suficiencia económica del solicitante, de forma que no suponga una carga social para el Estado.

SEXTO.- En el presente caso, si bien es cierto que la recurrente no presentó comunicación del cambio de situación dentro del plazo, si es cierto que queda acreditado que el matrimonio duró más de tres años (desde 24 de septiembre de 1999 hasta el 29 de octubre de 2007), así como que tiene dos hijos menores cuya custodia se le atribuyó a ésta.

Por lo que hace a la suficiencia económica, amén de la contribución económica que el excónyuge y padre de los menores está obligado a abonar en concepto de alimentos, aporta la recurrente (folios 31 y 32 del expediente) copia de contrato de trabajo ordinario por tiempo indefinido en el que se reconoce a la recurrente una antigüedad desde 1 de marzo de 2000, así como vida laboral, documentación que a juicio de esta Juzgadora, es bastante a los efectos de acreditar la suficiencia económica en los términos exigidos por la Directiva en este sentido.

En atención a lo expuesto, procede estimar el presente recurso.

SEPTIMO.- (COSTAS PROCESALES).- Procede con estimación del recurso, anular el acto impugnado. No procede hacer imposición en costas, conforme al art. 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dado que no se aprecia temeridad o mala fe en ninguna de las partes.

OCTAVO (RECURSO DE APELACIÓN).- Las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, son susceptibles de Recurso de Apelación, con las excepciones de las letras a) y b) del Apartado 1 del art. 81 de la L.J.C.A. 29/98 de 13 de julio. En el proceso que nos ocupa, de cuantía indeterminada, cabe Recurso de Apelación.

De conformidad con la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por el apartado diecinueve de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, se hace saber que la interposición de recursos estará sujeto al depósito previsto en dicho precepto, salvo lo expresamente indicado para las Administraciones Públicas.

Para la admisión del recurso deberá efectuarse constitución de depósito en cuantía de **50,00 €**, debiendo ingresarlo en la cuenta de este **Juzgado nº 3137 (CLAVE DEL RECURSO DE QUE DIMANA, Nº Y AÑO DE DICHO RECURSO)**, indicando en la Observaciones del documento de ingreso que se trata de un recurso seguido del código 00 y tipo concreto del recurso, de conformidad con lo establecido en la L.O 1/2009 de 3 de noviembre, salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en el apartado 5º de la Disposición adicional decimoquinta de dicha norma o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación,

FALLO

Estimar el Recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por I
, representada y asistida por el Letrado D. José Luis Rodríguez Candela, contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno de Málaga, de 24 de marzo de 2010, en la que se acuerda denegar la expedición de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión solicitada por la recurrente, resolución que dejó sin efecto.

No se hace especial pronunciamiento sobre las costas

Notifíquese la presente resolución a las partes. Contra esta sentencia cabe Recurso de Apelación, en plazo de quince días, a contar desde la notificación de la presente, a presentar en este Juzgado para el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

Llévese certificación literal de ésta sentencia a los autos originales y el original al Libro de su clase. Firme que sea, remítase testimonio de la misma junto con el expediente administrativo al correspondiente órgano administrativo.

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