

**Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 33 de Madrid**

C/ Gran Vía, 52 , Planta 6 - 28013

45029730

NIG: 28.079.00.3-2019/0019840

**Procedimiento Abreviado 367/2019**

**Demandante:** Dña. [REDACTED]

LETRADO D. ANDRES PERILLE CASTRO

**Demandado:** DELEGACION DEL GOBIERNO EN MADRID

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

**SENTENCIA Nº 267/2019**

En Madrid, a 12 de noviembre de 2019.

La Ilma. Sra. Dña. LORETO FELTRER RAMBAUD Magistrada-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 33 de MADRID ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 367/2019 y seguido por el Procedimiento Abreviado en el que se impugna la siguiente actuación administrativa: Resolución de la DELEGACIÓN DEL GOBIERNO DE MADRID de 27 de mayo de 2019, por la que se desestima el recurso de reposición formulado contra la resolución de 18 de febrero de 2019, que deniega la solicitud de autorización de residencia temporal y trabajo inicial por cuenta ajena.

Son partes en dicho recurso: como recurrente Dña. [REDACTED] TUPANO, representada y dirigida por el LETRADO D ANDRES PERILLE CASTRO y como demandada la DELEGACION DEL GOBIERNO EN MADRID, representada y dirigida por EL ABOGADO DEL ESTADO.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por la representación de la recurrente se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la actuación administrativa arriba referenciadas.

**SEGUNDO.-** Dado traslado del recurso a la entidad demandada se sustanció por los trámites del Procedimiento Abreviado habiéndose solicitado por la representación de la Administración demandada sentencia desestimatoria.

**TERCERO.-** En este procedimiento se han observado las prescripciones legales en vigor.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Por la representación procesal de DOÑA [REDACTED] se interpone recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la DELEGACIÓN DEL GOBIERNO DE MADRID de 27 de mayo de 2019, por la que se desestima el recurso de reposición formulado contra la resolución de 18 de febrero de 2019, que deniega la solicitud de autorización de residencia temporal y trabajo inicial por cuenta ajena.

El motivo fundamental de la denegación radica en la comunicación fuera del plazo de tres meses de la extinción del vínculo familiar con ciudadano comunitario en virtud del cual contaba con una autorización de residencia de familiar comunitario.

La demandante solicita la estimación de la demanda con la declaración de nulidad del acto impugnado, así como la concesión de la modificación de la residencia solicitada y con expresa condena en costas. Alega en su defensa que no existe el plazo de tres meses en que se fundamenta la extemporaneidad y las dificultades que existen para concertar cita previa con los servicios de extranjería, así como la desproporcionalidad en que incurre la decisión administrativa. Explica que no tiene antecedentes penales, que ha trabajado y trabaja cotizando a la Seguridad Social y que la desestimación del recurso crearía una situación administrativa muy complicada a la demandante.

El Letrado de la DELEGACIÓN DEL GOBIERNO DE MADRID se opone a la pretensión de la actora señala que se aplica un plazo genérico de tres meses y que en todo caso procedería la estimación parcial del recurso dado que habría que examinar si la actora cumple los requisitos que exige la normativa para la modificación de su autorización de residencia.

**SEGUNDO.-** El artículo 9 del Real Decreto de 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la UE y otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, en la redacción actual establece:

*“Artículo 9. 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.*

*1. El fallecimiento del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, su salida de España, o la nulidad del vínculo matrimonial, divorcio, separación legal o cancelación de la inscripción como pareja registrada, no afectará al derecho de residencia de los miembros de su familia ciudadanos de uno de dichos Estados.*

*2. El fallecimiento del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, en el caso de miembros de la familia que no sean ciudadanos de uno de dichos Estados, tampoco afectará a su derecho de residencia, siempre que éstos hayan residido en España, en calidad de miembros de la familia, antes del fallecimiento del titular del derecho. Los familiares tendrán obligación de comunicar el fallecimiento a las autoridades competentes.*

*3. La salida de España o el fallecimiento del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo no supondrá la pérdida del derecho de residencia de sus hijos ni del progenitor que tenga atribuida la custodia efectiva de éstos, con independencia de su nacionalidad, siempre que dichos hijos residan en España y se encuentren matriculados en un centro de enseñanza para cursar estudios, ello hasta la finalización de éstos.*

*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) *Existencia de circunstancias especialmente difíciles como:*

1.º *Haber sido víctima de violencia de género durante el matrimonio o la 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 de género, y con carácter definitivo cuando haya recaído resolución judicial de la que se deduzca que se han producido las circunstancias alegadas.*

2.º *Haber sido sometido a trata de seres humanos por su cónyuge o pareja durante el matrimonio o la situación de pareja registrada, circunstancia que se considerará acreditada de manera provisional cuando exista un proceso judicial en el que el cónyuge o pareja tenga la condición de imputado y su familiar la de posible víctima, y con carácter definitivo cuando haya recaído resolución judicial de la que se deduzca 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.*

5. *Cuando las Autoridades competentes consideren que existen dudas razonables en cuanto al cumplimiento de las condiciones establecidas en los artículos 8 y 9, podrán llevar a cabo comprobaciones al objeto de verificar si se cumplen las mismas. Dichas comprobaciones no tendrán en ningún caso carácter sistemático.*

El artículo 214 del Reglamento de la Ley Orgánica de Extranjería aprobado por RD 557/11, de 20 de abril dispone que "Los extranjeros autorizados a permanecer en España estarán obligados a poner en conocimiento de la Oficina de Extranjería o de la Comisaría de Policía correspondientes al lugar donde residan o permanezcan los cambios de nacionalidad, de domicilio habitual y de estado civil. Dicha comunicación deberá realizarse en el plazo máximo de un mes desde que se produjese el cambio o modificación y deberá ir acompañada de los documentos que acrediten dichos

*cambios.” Por su parte el artículo 52 LOEX considera como infracciones leves “a) La omisión o el retraso en la comunicación a las autoridades españolas de los cambios de nacionalidad, de estado civil o de domicilio, así como de otras circunstancias determinantes de su situación laboral cuando les sean exigibles por la normativa aplicable.” Sin que esté previsto normativo que este retraso constituya una causa de denegación de la autorización de residencia.*

Existe un plazo de un mes para comunicar los cambios de circunstancias pero con unas consecuencias diferentes de las atribuidas en el presente caso por la DELEGACIÓN DEL GOBIERNO DE MADRID, no se puede aceptar la aplicación genérica del plazo de tres meses y otorgar además unas consecuencias diferentes de las previstas normativamente.

Como bien dice la parte actora el plazo del artículo 21.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas a que se refiere la Administración hace referencia al tiempo que se deben contraer los procedimientos administrativos no al plazo para que los ciudadanos dirijan sus solicitudes a la Administración pública.

**TERCERO.-** Lo que verdaderamente regula 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 UE y otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo es la posibilidad de obtener una autorización de residencia y trabajo en régimen general una vez finalizado el vínculo con el ciudadano comunitario.

Por su parte el artículo 200.3 del Reglamento de la Ley Orgánica de Extranjería aprobado por RD 557/11, de 20 de abril establece que “3. *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 no lucrativa o de residencia y trabajo por cuenta ajena, del tiempo que corresponda, en función de la duración de la documentación de la que fuera titular.*”

En este supuesto, dado que el vínculo no había durado más de tres años, la única opción para la recurrente era solicitar una tarjeta en régimen general, como así efectivamente hizo, lo que dio lugar a la denegación que es objeto de este procedimiento. Sin embargo la Administración deniega la autorización al considerar que “*la interesada, en el momento de la solicitud, no es titular de ninguna autorización para residir en España susceptible de su modificación al haber cesado en la condición de residencia como familiar de ciudadano comunitario por divorcio, declarado mediante*

*manifestación de consentimiento otorgado por los cónyuges en escritura pública el día 31/05/2018, sin que haya instado la modificación de dicha residencia al Régimen General dentro del plazo legalmente establecido.”*

Sin embargo al haber presentado solicitud la actora de modificación de su situación en España, antes de expirar la tarjeta de residente de familiar de ciudadano comunitario de que disponía, no puede la Administración calificar como extemporánea su petición, por lo que procede estimar el recurso.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid se ha elaborado una detallada doctrina en la Sentencia 375/2017 (Rec. 1024/2016), en la que dice:

*“SÉPTIMO*

*Sin embargo el incumplimiento del plazo establecido en el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, no produce por ministerio de la Ley extinción del derecho otorgado por la posesión de la tarjeta de residente comunitario. Efectivamente conforme al artículo 52 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social constituye infracción leve la omisión o el retraso en la comunicación a las autoridades españolas de los cambios de nacionalidad, de estado civil o de domicilio, así como de otras circunstancias determinantes de su situación laboral cuando les sean exigibles por la normativa aplicable. Sin embargo ni de dicha Ley ni de su reglamento de desarrollo aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, se desprende que el incumplimiento de dicho plazo provoque eo ipso, automáticamente, la extinción de derecho otorgado por la tarjeta de residente comunitario, puesto que no se encuentra entre las previstas en el apartado 1º del artículo 162 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, siendo por tanto de aplicación el apartado 2º que prevé para los supuestos de desaparición de las circunstancias que sirvieron de base para su concesión la posibilidad de extinción de las autorizaciones autorización pero siendo imprescindible para ello una resolución del órgano competente para su concesión, conforme a los trámites previstos en la normativa vigente para los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones, es decir tras la tramitación del correspondiente expediente.*

## OCTAVO

*Además de ello la Sentencia dictada por la sección décima de esta Sala de lo Contencioso Administrativo, de 9 de diciembre de 2016 ( ROJ: STSJ M 13619/2016 - ECLI:ES:TSJM :2016:13619 ) dictada en el recurso de apelación 180/2016 en la que se llega a la conclusión de que el titular de una tarjeta de residente comunitario tiene derecho a seguir conservando a título personal la residencia adquirida en calidad de miembro de la familia de un ciudadano de la Unión y el plazo aplicado para negarle tal derecho derivado del incumplimiento del plazo para comunicar a las autoridades el cambio de las circunstancias personales no resulta oponible a tal efecto.*

*Esta sentencia indica que para justificar lo primero, la conservación del derecho a la residencia, debemos acudir a 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 por la que se modifica el Reglamento (CEE) nº 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE Y 93/96/CEE.*

*Según el Considerando 15:*

*"Conviene, por otro lado, ofrecer protección jurídica a los miembros de la familia en caso de fallecimiento del ciudadano de la Unión o de divorcio o anulación del matrimonio o de una unión de hecho registrada. Resulta pues necesario adoptar medidas que garanticen que, en tales supuestos, los miembros de la familia que residieran ya en el territorio del Estado miembro de acogida conserven su derecho de residencia, a título exclusivamente personal, con el debido respeto por la vida familiar y la dignidad humana y bajo ciertas condiciones para evitar abusos".*

*Protección jurídica que desarrolla el art. 13 de la Directiva 2004/38/CE en los siguientes términos:*

*"Mantenimiento del derecho de residencia de los miembros de la familia en caso de divorcio, anulación del matrimonio o fin de la unión registrada*

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

*Antes de adquirir el derecho de residencia permanente, los interesados deberán cumplir las condiciones previstas en las letras a), b), c) o d) del apartado 1 del artículo 7.*

*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.*

*Dichos miembros de la familia seguirán conservando su derecho de residencia exclusivamente a título personal".*



*En el caso español, la trasposición de la Directiva 2004/38/CE se ha verificado en virtud 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.*

*En concreto, en el aspecto examinado, debemos acudir al art. 9.4 del Real Decreto 240/2007, que 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) Existencia de circunstancias especialmente difíciles como:*

*1.º Haber sido víctima de violencia de género durante el matrimonio o la 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 de género, y con carácter definitivo cuando haya recaído resolución judicial de la que se deduzca que se han producido las circunstancias alegadas.*

*2.º Haber sido sometido a trata de seres humanos por su cónyuge o pareja durante el matrimonio o la situación de pareja registrada, circunstancia que se considerará acreditada de manera provisional cuando exista un proceso judicial en el que el cónyuge o pareja tenga la condición de*

*imputado y su familiar la de posible víctima, y con carácter definitivo cuando haya recaído resolución judicial de la que se deduzca 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".*

*Para finalizar la exposición del marco normativo relevante, conviene citar el art. 200.3 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, conforme al cual:*

*"3. 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 no lucrativa o de residencia y trabajo por cuenta ajena, del tiempo que corresponda, en función de la duración de la documentación de la que fuera titular".*

*No cabe ninguna duda, a la vista de lo expuesto, de que el recurrente tenía derecho a conservar su derecho de residencia adquirido como miembro de la familia de un ciudadano de la Unión.*

NOVENO

*Y respecto del el plazo en que debía comunicar el cambio de circunstancias familiares y las consecuencias asociadas a su eventual incumplimiento la citada Sentencia dictada de 9 de diciembre de 2016, indica que conviene hacer una referencia preliminar a la redacción original del artículo 9.4 del Real Decreto 240/2007, antes citado, que contenía un último párrafo con el siguiente contenido:*

*"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 ( RCL 2000, 72 y 209) , 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".*

*Dicho párrafo ha sido eliminado tras la reforma operada por el 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.*

*Las razones de la modificación las explica el Preámbulo del Real Decreto 1710/2011:*

*"Sin embargo, la experiencia práctica en aplicación del Real Decreto 240/2007 ha evidenciado la necesidad de proceder a la modificación de algunos de sus artículos en orden a reforzar la conexión de su interpretación con el contenido de la Directiva 2004/38/CE a través de los mismos, así como con los criterios establecidos por el Tribunal Supremo en su sentencia de 1 de junio de 2010, por la que se anulan diversos apartados de artículos del Real Decreto 240/2007".*

*Más concreto resulta al respecto el Dictamen del Consejo de Estado en relación al Proyecto de Real Decreto (expediente 1901/2011, fecha de aprobación 17/11/2011):*

*"Finalmente, en relación con este artículo 9.4 se ha reparado en que el Proyecto procede a la supresión de su último párrafo. Dicha supresión parece traer causa de la sentencia del Tribunal Supremo, que procedió a declarar la nulidad del párrafo segundo del artículo 9.2, que contenía una regla semejante a la del párrafo ahora suprimido".*

*En efecto, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 1 de junio de 2010 (Sec. 5ª, recurso nº 114/2007, ponente D. Rafael Fernández Valverde, Roj STS 4259/2010, FJ 8) anuló una previsión similar contenida en el art. 9.2 del Real Decreto 1710/2011, razonando al efecto lo siguiente:*

*"OCTAVO.- Dentro, también, del artículo 9, al que ya antes nos hemos referido y dedicado a la regulación del "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", se impugna por los recurrentes el párrafo segundo del apartado segundo. El apartado 2 del precepto regula, en concreto, el supuesto de la ruptura familiar por el fallecimiento del ciudadano de la Unión Europea, poniendo de manifiesto que, como regla general "El fallecimiento del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, en el caso de miembros de la familia que no sean ciudadanos de uno de dichos Estados, tampoco afectará a su derecho de residencia, siempre que éstos hayan residido en España, en calidad de miembros de la familia, antes del fallecimiento del titular del derecho. Los familiares tendrán obligación de comunicar el fallecimiento a las autoridades competentes". El problema surge con la adición de un segundo párrafo, aquí impugnado, en el que se expresa que "Transcurridos seis meses desde el fallecimiento salvo que haya adquirido el derecho a residir con carácter permanente, el familiar deberá solicitar una autorización de residencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 96.5 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. 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". Pues bien, nuevamente nos encontramos con otra interpretación restrictiva de la Directiva 38/2004/CEE y con una transposición limitativa de derechos, que, en modo alguno contiene las restricciones a la continuación del derecho a la residencia, que en el precepto impugnado se vislumbran, para el supuesto del fallecimiento del ciudadano de la Unión Europea. Efectivamente, el artículo 12.2 de la tan citada Directiva dispone que "el fallecimiento del ciudadano de la Unión no supondrá la pérdida del derecho de residencia de los miembros de su familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro y que hayan residido en el Estado miembro de acogida en calidad de miembros de su familia durante al menos un año antes del fallecimiento del ciudadano de la Unión".*

*En síntesis, y frente a ello, el precepto interno español impugnado, impone:*

*a) La obligación de solicitar una autorización de residencia conforme al régimen general de extranjería, transcurridos seis meses desde el fallecimiento, y salvo en el supuesto de que se haya adquirido el derecho a residir con carácter permanente.*

*b) Y, para ello, deberá demostrar, alternativamente:*

1. *Estar de alta en el régimen de la seguridad social como trabajador, bien por cuenta ajena, o propia; o,*
2. *La disponibilidad de medios económicos suficientes; o,*
3. *La integración en otra familia, en el país de acogida, de una persona que cumpla los anteriores requisitos.*

*Tal remisión al régimen general de extranjería (artículo 96.5 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 2393/2003) y el cumplimiento de las exigencias expresadas para la obtención de una nueva e independiente autorización de residencia, implica una extralimitación restrictiva en la función de transposición de la norma comunitaria que debe de ser depurada en atención al efecto directo del contenido de la Directiva 38/2004/CEE, que no puede servir de apoyo a la expresada restricción.*

*El párrafo segundo, del artículo 9.2 ha de ser suprimido y eliminado del Real Decreto 240/2007".*

*Todo lo anterior nos lleva a concluir que no resultan oponibles a la solicitud del recurrente de conservación del derecho a la residencia ni el plazo aplicado por la Administración -tres meses- ni el opuesto por la sentencia de instancia -un mes, con base en el art. 214 del Real Decreto 557/2011-. La normativa más específica referida a este tipo de situaciones ha sido modificada en el sentido de dejar sin efecto el plazo de seis meses anteriormente previsto. En este contexto, la Sala concluye que no cabe integrar el actual silencio normativo sobre esta cuestión por vía de aplicación supletoria de otros plazos previstos en la normativa de extranjería, plazos que además resultan más restrictivos que los previstos inicialmente."*

Todo ello lleva a concluir que no resultan admisibles los obstáculos opuestos por la Administración a la solicitud de la recurrente dirigida a conservar una autorización de residencia que adquirió en su condición de familiar de ciudadano comunitario, y a cuya modificación tiene derecho conforme al artículo 200.3 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

**CUARTO.-** De conformidad con el artículo 139 LJCA, dadas las circunstancias del presente caso no procede hacer expresa imposición de costas a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

### FALLO

ESTIMAR el recurso interpuesto por la representación procesal de DOÑA [REDACTED] [REDACTED] contra la Resolución de la DELEGACIÓN DEL GOBIERNO DE MADRID de 27 de mayo de 2019, por la que se desestima el recurso de reposición formulado contra la resolución de 18 de febrero de 2019, que deniega la solicitud de autorización de residencia temporal y trabajo inicial por cuenta ajena. En consecuencia conceder la autorización solicitada por la recurrente. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de APELACIÓN en el plazo de QUINCE DIAS a contar desde el siguiente a su notificación, advirtiéndoles que deberá constituir depósito de **50 euros**. Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado nº [REDACTED] BANCO DE SANTANDER GRAN VIA, 29, especificando en el campo **concepto** del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 22 Contencioso-Apelación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, el código y tipo concreto de recurso debe indicarse justamente después de especificar los 16 dígitos de la cuenta expediente (separado por un espacio), lo que deberá ser acreditado al presentarse escrito de interposición del recurso, bajo el apercibimiento de que no se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido y que de no efectuarlo se dictará auto que pondrá fin al trámite del recurso.

Así lo acuerda, manda y firma la Ilma. Sra. Dña. LORETO FELTRER RAMBAUD Magistrada-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 33 de los de Madrid.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



La autenticidad de este documento se puede comprobar en [www.madrid.org/cove](http://www.madrid.org/cove)  
mediante el siguiente código seguro de verificación: **1055086491718105902326**

Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia estimatoria firmado electrónicamente por LORETO FELTRER RAMBAUD