

**JUZGADO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 2**  
**DE DONOSTIA - SAN SEBASTIAN**  
TERESA DE CALCUTA 1 3º PLANTA- C.P. 20012  
TELÉFONO: 943-000778

N.I.G.: 20.05.3-04/001042

Procedimiento: **Proced.abreviado 421/04**

Demandante: AIDEE GUAYARA MOTTA

Representante:

Administración demandada: SUBDELEGACION DEL GOBIERNO  
EN GIPUZKOA-EXTRANJEROS  
Representante:

Otros demandados:  
Representante:

**ACTUACIÓN RECURRIDA:**

RESOLUCION DE LA SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN  
GIPUZKOA, DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 2004, MEDIANTE LA CUAL  
SE DECRETA LA EXTINCIÓN DE LA TARJETA EN REGIMEN COMUNITARIO  
Y RESOLUCION DE LA SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN GUIPUZCOA  
DE 8 DE NOVIEMBRE DE 2004 POR LA QUE SE LE DENIEGA EL  
PERMISO DE RESIDENCIA PERMANENTE.

**S E N T E N C I A Nº 183- 2005**

En DONOSTIA - SAN SEBASTIAN, a veintitres de Junio  
de dos mil cinco.

DOÑA MARIA ARANZAZU AGUINAGA MENDIZABAL,  
MAGISTRADO-JUEZ del Juzgado de lo Contencioso-administrativo  
número 2 de DONOSTIA-SAN SEBASTIAN ha pronunciado la  
siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo  
registrado con el número 421-04 seguido por el procedimiento  
Abreviado, en el que se impugna resolución del Subdelegado  
del Gobierno en Gipuzkoa de fecha de 27 de Septiembre de  
2004 por la que se decreta la extinción de la tarjeta en  
regimen comunitario y resolución del Subdelegado del  
Gobierno en Gipuzkoa de fecha 8 de Noviembre de 2004 por

la que se le deniega el permiso de residencia permanente ; son partes en dicho recurso como recurrente AIDEE GUAYARA MOTA representada y dirigida por el Letrado Ignacio Almandoz Ríos y como demandado Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa representado y dirigido por el Sr. Abogado del Estado.

### I. ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** Correspondió a este Juzgado en turno de reparto demanda por procedimiento abreviado interpuesta por AIDEE GUAYARA MOTA representada y dirigida por el Letrado Ignacio Almandoz Ríos, contra las resoluciones citadas, en base a los hechos expuestos en la demanda y ampliación de la demanda , e invocando fundamentos de derecho a su juicio aplicables a los casos termino suplicando al Juzgado que previos los trámites legales dicte sentencia declarando la nulidad de las resoluciones recurridas y y la fijación como fecha de extinción de la tarjeta de familiar de residente comunitario el día 9 de Diciembre de 2002 .

**SEGUNDO:** Admitida a trámite la anterior demanda quedó registrada con el nº 421-04 y se le dió el trámite establecido en el artículo 78 y siguientes de la Ley 29/1998 de 13 de julio reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, hallandose en el tramite de remisión por la Administración del expediente administrativo el letrado director del procedimiento como consecuencia de haberse dictado resolución de fecha 8 de Noviembre de 2004 por el que se le denegaba el permiso de residencia permanente a su representada solicitó ampliación del recurso contencioso administrativo , dictandose diligencia de ordenación de fecha 30 de Noviembre de 2004 por el que se acuerda la suspensión de los autos dando traslado a las partes por plazo común de cinco días para que presenten alegaciones ( art. 36.2 de la Ley 29/1998 de 13 de Julio reguladora de la L.J.C.A. ) , dictandose auto de ampliación del recurso en fecha 17 de Febrero de 2005 , acordandose continúe la suspensión del recurso hasta que la nueva impugnación alcance el estado actual del proceso, reclamandose de la Administración demadada la remisión del expediente administrativo referido a la ampliación.

**TERCERO.-** Verificada la misma en providencia de fecha 15 de Marzo de 2005 se acuerda citar a las partes a juicio para el día 23 de Mayo del año en curso debiendo suspenderse por razones de servicio y convocando a las partes a nueva vista para el día 15 de Junio de 2005 , habiendose celebrado en la Sala de Audiencias de este Juzgado, con el resultado que obra en autos y con asistencia de las partes.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa de fecha 27 de Septiembre de 2004 por la que se decreta la extinción de la Tarjeta Familiar de Residente Comunitario; constituyendo el suplico de la demanda el que por este órgano jurisdiccional se dicte sentencia por la que se declare la nulidad de la resolución recurrida por no ser conforme a Derecho así como que se fije el día 9 de Diciembre de 2002 como fecha de extinción de la mencionada tarjeta .

SEGUNDO.- Los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda se contraen a los siguientes extremos:

La demandante Sra. Aidee Guayara Motta ,de nacionalidad colombiana ha sido titular de una tarjeta de residencia en regimen comunitario concedida de forma inicial en 1992 y renovada en el año 1997 sobre la base de su matrimonio con el ciudadano español Sr. Carlos Garcia Jimenez .

La Sra. Guayara había contraído matrimonio en San Sebastian en el mes de Agosto de 1990 con el Sr. Garcia Jimenez habiendo nacido de esa unión dos hijos Aritz y Tania que en la actualidad tienen 13 y 10 años de edad , viviendo los menores con su madre.

Ese matrimonio le permitió acceder sobre la base del regimen comunitario a una tarjeta de residencia que le fue concedida en el año 1992 , renovada en el año 1997 hasta el día 9 de Diciembre de 2002.

Con fecha 1 de Septiembre de 2000, el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Irun decretó la separación del matrimonio en procedimiento incoado por solicitud de la actora con el consentimiento de su esposo.

Dado que la tarjeta no caducaba hasta el mes de Diciembre de 2002 - pese a la existencia de una Sentencia de Separación de Septiembre de 2000- la demandante entiende que de conformidad con la legislación vigente su permanencia en España es totalmente legal.

Formuló ante la Subdelegación del Gobierno en fecha 13 de Diciembre de 2002 una solicitud de permiso de residencia permanente, cuya unica exigencia legal es la prueba de haber residido en España de forma continuada durante cinco años .

A mediados de Enero de 2003 la actora recibió desde Subdelegación del Gobierno propuesta de Extinción de la Tarjeta en Regimen Comunitario ( que habia caducado el día 9 de Diciembre de 2002 ) con pretensión de dotar de eficacia retroactiva a dicha extinción a la fecha de Sentencia de Separación ( 1 de Septiembre de 2000 ), lo cual vulnera distintas disposiciones legales además de entender que en ningún caso la residencia legal se pierde por la resolución de Separación.

Dado el silencio de la Administración con fecha 3 de Junio de 2004 instó ante dicha Subdelegación de Gobierno en relación con la residencia permanente la expedición del

certificado acreditativo del silencio producido sobre la base de la legislación Administrativa básica ( art. 43 de la L.O. 30/1992 en relación con la Disposición Adicional Primera de la L.O. 4 /2000 ).

Así pues se le notificó a su representada la extinción con carácter retroactivo de su tarjeta de residencia y la denegación de solicitud de residencia permanente.

- La parte acompaña documentación relativa a su situación actual :

- copia del documento de Afiliación a la Seguridad Social

- Informe de Vida Laboral.

Es trabajadora por cuenta propia desde el mes de Agosto de 2002 por la que cotiza al Regimen Especial de Autonomos desde hace más de dos años.

La demandante funda su pretensión anulatoria en la vulneración de la normativa Comunitaria Real Decreto 766/92 modificado por el Real Decreto 737/95 así como de la Jurisprudencia interpretativa de dichas normas, entendiendo que es de aplicación la normativa comunitaria, siendo al no existir esta norma ni al momento de la separación de la demandante ni cuando caduca su tarjeta de residencia, ni siquiera cuando se inicia por Subdelegación de Gobierno el expediente del que dimana la resolución recurrida. Entienden estamos ante la errónea aplicación de bloque normativo que no se encontraba en vigor en el momento de presentar la solicitud y por lo que hace a la pretensión de reconocimiento de derecho a la expedición de Tarjeta ya referida la demandante sostiene el mantenimiento de sus Derechos como miembro de la familia de un trabajador migrante " reconocida por Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2004, así como la derivada integración normativa de los RRDD 766/92 y 737/95.

TERCERO.- La pretensión anulatoria articulada por la demandante debe ser acogida pues la resolución combatida hace descansar la extinción de la tarjeta de residencia como familiar de residente comunitario en el art. 9 del Real Decreto 178/2003 que condicionaba la vigencia de una tarjeta al hecho de que su titular continuara encontrándose en uno de los supuestos que dieron derecho a su obtención, no siendo de aplicación el precepto invocado en la resolución recurrida al no estar vigente ni al momento de la Separación de la recurrente, ni en fecha de caducidad de su tarjeta comunitaria ni siquiera cuando se inició el expediente de extinción de esa misma tarjeta, vulnerando en este caso el principio de irretroactividad consagrado en el art. 2 pfº3º del Código Civil y art. 57 de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre de Regimen Juridico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, garantizada además la irretroactividad de las disposiciones

sancionadoras no favorables o restrictivas de Derechos individuales por la Constitución en su precepto nº 9 pfº3º, pero es que además de conformidad a lo dispuesto en el art. 41 nº 4 del Real Decreto 864/2001 en desarrollo del art. 16 nº3 de la L.O. 4/2000 en lo que refiere a residencia con reagrupación familiar se protege al conyuge separado que ha convivido en España durante dos años con su cónyuge reagrupante, es suficiente constatar la data de presentación de la solicitud, y la existencia de vínculo matrimonial con ciudadano español para concluir el desacierto en la motivación de la resolución combatida.

En efecto le asiste la razón a la demandante en la individualización de la normativa aplicable que no es otra que el RD 766/1992 modificado por RD 737/1995, toda vez que el primero de los Reales Decretos en su art. 6 pfº3º disponía que " la situación de residencia por periodo superior a un año se acreditará mediante la obtención de tarjeta de residencia de nacional de un Estado miembro de las Comunidades Europeas con cinco años de vigencia y renovable automáticamente ", disponiendo la disposición transitoria 1º del Real Decreto 737/1995 que lo modificó, en referencia a la validez de los documentos expedidos " Los permisos de residencia, permisos de trabajo y residencia, las tarjetas de estudiante y las tarjetas de residencia, de los que sean titulares las personas incluidas en el ámbito de aplicación de este Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, en la redacción dada por el presente Real Decreto, que tengan validez en la fecha de entrada en vigor del mismo, conservarán dicha validez durante el tiempo para el que hubieran sido expedidos, sin perjuicio del derecho de sus titulares a optar por la obtención de la documentación regulada en este Real Decreto, previo pago de la correspondiente tasa por la expedición de dicha documentación", entendiéndose la Administración que es de aplicación el Real Decreto 178/03 de 14 de Febrero cuando éste no estaba en vigor en ese momento, ni cuando se separa la demandante, ni cuando caduca la tarjeta de residencia ni siquiera cuando se inicia por la Subdelegación del Gobierno el expediente del que dimana la resolución recurrida.

Asi como tampoco es de aplicación el art. 42.1 del Real Decreto 864/2001 de 22 de Diciembre que establecía " tendrán Derecho a tener permiso de residencia permanente los extranjeros que acrediten haber residido legalmente de forma continuada en el territorio español durante cinco años " en el sentido que la Administración interesa, pues estima extinguida la tarjeta de residencia familiar con efectos desde 1 de Septiembre de 2000, fecha de Separación decretada por el Juzgado de Primera Instancia nº2 de Irun, cuando la separación no produce extinción del vínculo matrimonial.

Por todo ello y no encontrando amparo en el concreto

supuesto que nos ocupa la aplicación del Real Decreto 178/2003 de 14 de Febrero, deben estimarse las pretensiones accionadas por la demandante acordando la nulidad, por no ser conforme a Derecho de la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Guipuzcoa de fecha 27 de Septiembre de 2004 de extinción de la tarjeta de familiar de residente comunitario con efectos desde 1 de Septiembre de 2000, fijando el día 9 de Diciembre de 2002 como fecha de extinción de la mencionada tarjeta. Asimismo se acuerda la nulidad de la resolución de fecha 8 de Noviembre de 2004 dictada por esa Subdelegación del Gobierno en Guipuzcoa y conceder a la Sra. Aydee Guayara Motta el permiso de residencia permanente.

CUARTO.- No apreciándose temeridad o mala fe en la oposición al recurso accionado ni la pérdida de la finalidad legítima del recurso no procede realizar expresa condena en costas.

QUINTO.- Visto el objeto del procedimiento y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 81 de la LJCA cabe apelación frente a la presente resolución.

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

#### FALLO

ESTIMANDO recursos contencioso-administrativos interpuestos por el Letrado D. Ignacio Almandoz Rios en representación de Doña Aydee Guayara Motta frente a las resoluciones de la Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa de fechas 27 de Septiembre de 2004 y 8 de Noviembre del mismo año, por la que se declara la extinción de la tarjeta de residencia como familiar de residente comunitario con efectos desde el día 1 de Septiembre de 2000 en que se dictó la Sentencia de Separación legal del matrimonio y la denegación del permiso de residencia permanente solicitado por la anterior, se acuerda :

- La nulidad, por no ser conforme a Derecho de la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Guipuzcoa de fecha 27 de Septiembre de 2004 de extinción de la tarjeta de familiar de residente comunitario con efectos desde 1 de Septiembre de 2000, fijando el día 9 de Diciembre de 2002 como fecha de extinción de la mencionada tarjeta.

- Asimismo se acuerda la nulidad de la resolución de fecha 8 de Noviembre de 2004 dictada por esa Subdelegación del Gobierno en Guipuzcoa y se acuerda conceder a la Sra. Aydee Guayara Motta el permiso de residencia permanente.

No procede imponer las costas a ninguna de las partes.

MODO DE IMPUGNAR ESTA RESOLUCIÓN: mediante RECURSO DE APELACIÓN EN AMBOS EFECTOS , por escrito presentado en este Juzgado en el plazo de QUINCE DÍAS, contados desde el siguiente a su notificación (artículo 81.1 de la LJCA).

Así por esta mi Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACION.-** En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a MAGISTRADO-JUEZ que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.