

# LA ERA DEL MARKETING EN LOS DESPACHOS DE ABOGADOS

Por **Silvia Oliden**, consultora en Marketing Jurídico

**E**n la última década el ejercicio de la abogacía se ha complicado sustancialmente o, mejor dicho, el ser abogado y conseguir hacerse un hueco en el mercado que nos permita competir.

Si al intrusismo sufrido en la profesión en los últimos años con la entrada masiva en España de nuevos actores –grandes consultoras, firmas extranjeras, redes, franquicias, bancos con fuertes departamentos legales, gestorías...–, le añadimos que las exigencias de los clientes aumentan cada día debido a la amplia oferta de servicios existente, es fácil darse cuenta de que el mercado está cambiando y que tenemos que adaptarnos a la nueva situación.

El rápido incremento de la facturación en los bufetes extranjeros instalados en España es un hecho. Según el último ranking por facturación del sector, publicado en *Expansión* el pasado mes de junio, 5 de los 10 primeros puestos en el ranking están ocupados por despachos extranjeros. Si tenemos en cuenta que 3 de esos 5 extranjeros líderes en facturación tienen hoy sede en Palma de Mallorca: Landwell, KPMG y Ernst & Young –que estrenó nuevas instalaciones en la urbanización Can Granada el pasado mes de julio–, nos daremos cuenta de que el aumento de la competitividad empieza a ser un factor a tener en cuenta.

No podemos negar que parte del éxito de estos despachos extranjeros se atribuye a la gestión empresarial y a la utilización del marketing como herramienta desde hace ya unos cuantos años, mientras que en España sólo unos pocos lo

vienen haciendo desde no hace más de una década, momento en el que los despachos profesionales y familiares se empiezan a convertir en despachos colectivos en un afán de garantizar mejor su crecimiento y permanencia.

Al mismo tiempo el cliente ha evolucionado con el mercado y estamos asis-

tiendo a una realidad: los clientes intentan encontrar en los despachos algo más que un buen servicio jurídico. Y ahí es donde empiezan los problemas.

en el actual mercado de los servicios legales es necesario ofrecer un “valor añadido” que nos diferencie. Ese valor añadido es el que nos va a hacer atractivos frente a la competencia.

Como decimos la alta calidad jurídica es algo que hoy en día se presupone por parte del cliente. Se da por hecho que el abogado va a ofrecer una buena solución jurídica, de forma que para que nos contrate tendremos que ofrecerle algo más, porque sino el precio será el único elemento diferenciador con la competencia.

Cada firma tiene que identificar cuáles son sus valores inherentes y diferenciadores y aprender a hacerlos reconocibles en cada día de ejercicio. Los despachos son empresas que ofrecen servicios, por definición intangibles, y cada contacto con los clientes va a afectar sumando o restando en la percepción final que el cliente se lleva sobre el servicio prestado.

Hay muchos elementos que configuran la estructura de un despacho: abogados, personal de apoyo, sede física, website, servicios, etc. y todos coadyuvan a configurar la imagen de quienes somos en la mente del cliente.

Los despachos de abogados, al ser empresas de servicios, van a tener que lidiar con el handicap de que la percepción sobre la calidad depende del profesional que en cada momento tenga enfrente el cliente. Por tanto, esa percepción tiende a ser subjetiva. Para evitar esta subjetividad, es preciso que todo el personal tenga una manera de actuar sólida y unifor-



me. Y eso sólo se va a lograr con el diseño y utilización diaria de protocolos de relación con el cliente.

Nos encontramos, además, con una debilidad: los abogados están muy acostumbrados a proporcionar un excelente asesoramiento jurídico día tras día, pero dada su falta de formación en gestión empresarial, encuentran algunas dificultades a la hora de identificar oportunidades de negocio, mercado objetivo y competidores.

Así las cosas, hoy en día los despachos de abogados comienzan a invertir recursos en definir no sólo la estrategia del despacho y los planes de acción anuales, sino también en la formación de abogados y de personal de apoyo. Estas decisiones tienen dos ventajas: por una parte consiguen incrementar las habilidades de sus equipos y, por encima de todo, logran una mayor orientación al cliente, destinando recursos a la mejora de la satisfacción de éstos.

La reputación de la marca en los despachos ha empezado a jugar un papel relevante en el desarrollo de estrategias de

posicionamiento y fortalecimiento de la imagen corporativa. Captar, retener y fidelizar clientes siguen siendo prioridades de todo despacho profesional. Sin embargo alcanzar estos objetivos se ha convertido en un difícil reto que exige a los abogados de hoy en día redoblar esfuerzos y argucia comercial.

Ahora bien, se requiere en primer lugar una previa concienciación interna de la importancia que supone la utilización de estas herramientas, una cultura de orientación al cliente y una profunda convicción de que no se trata de labores ajenas a la actividad del despacho.

¿Quiere decir esto que los abogados no habían realizado acciones de marketing hasta ahora? No, todo abogado, en algún momento, ha realizado una presentación del despacho, organizado algún evento corporativo para clientes, inaugurado una nueva oficina. Incluso se ha animado a diseñar un folleto corporativo. El marketing es tan elemental e intuitivo que todos en algún momento lo hemos utilizado, pero algo bien distinto es que se haga de manera eficaz y eficiente.

El marketing gestionado por profesionales que conozcan los objetivos estratégicos del despacho nos aportará sustanciales ventajas, optimizará los recursos del despacho, desarrollará una imagen del despacho coherente y consistente, fomentará las oportunidades de negocio, mejorará la competitividad y hará más fluida la comunicación interna.

Partimos de la base que el marketing no es un nuevo concepto sino una nueva organización de los ya existentes, una nueva forma de gestionar los despachos de manera profesionalizada, llena de ventajas de seguir realizando esta profesión, cuyos orígenes se remontan hasta el momento en que nos empezamos a organizar como sociedades. Se trata de instaurar una nueva cultura que nos ayude día a día a sorprender al cliente para que su experiencia sea única y satisfactoria y, en la medida de lo posible, repita.

En definitiva el marketing nos ofrece sus herramientas para librar la dura batalla de conseguir un espacio privilegiado en la mente de los clientes. Y el profesional posee la alternativa de utilizarlas o no.

## APUNTE SOBRE EL RENOVADO INCIDENTE DE NULIDAD

### Disposición final primera de la L.O. 6/2007, de 24 de mayo

Por **Antonio José Terrasa García**, Magistrado.

#### A.- FAVORECIMIENTO DEL PROCESO.

El carácter eminentemente instrumental del proceso, junto con la permanente tensión entre proporcionar las garantías (necesarias para obtener certeza) y evitar que su abuso desemboque en dilación indebida, explican que los mecanismos para dejar sin efecto el proceso, y en concreto la conocida como “nulidad de actuaciones”, exhiban un desarrollo restrictivo (**favorecimiento del proceso**) que, pese a no coincidir con el de la regulación legal, obedece al siguiente orden lógico:

1. No son tributarias de nulación las **meras irregularidades intrascendentes**, sino que exclusivamente lo son aquellas infracciones que afecten de manera efectiva o sustancial a la dispensación de tutela judicial.

2. Aun concurriendo estas últimas, antes que la nulación proceda la **subsanción** de los actos viciados cuando sea posible, siendo en general subsanables los actos de parte (arts. 243.3 y 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial –LOPJ– y 231 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –LEC–, y asimismo las actuaciones temporáneas en determinadas condiciones (arts. 242 LOPJ y 229 LEC).

3. No siendo posible subsanar procederá la **anulación** de las infracciones auténticamente impeditivas de que la tutela judicial sea efectiva (arts. 238, 239, 240 y 241 LOPJ, y arts. 225 a 228 LEC).

4. El carácter de la nulación es limitado, puesto que prevalece la **conservación** total o parcial del acto cuando quepa independización de lo no afectado por el vicio, siempre que lo conservable

tenga entidad bastante para satisfacer la finalidad procesal (arts. 243.1 y 2 LOPJ y 230 LEC).

#### B. SISTEMA DE FUENTES. SIMPLE ANULABILIDAD RELATIVA

Como consecuencia de lo expuesto, a la invalidez procesal le conviene un sistema de fuentes propio y distinto del regulado por el Código civil (especialmente su art. 6.3), porque: “*La doctrina jurisprudencial sobre el carácter de orden público de todos los preceptos procesales y de la nulidad de todos los actos procesales no acomodados a la ley, que nunca tuvo otro rango que el de una doctrina jurisprudencial, no encuentra hoy acomodo*” (STC 29/1988, de 9 de marzo), habiendo efectivamente evolucionado las declaraciones del Tribunal Supremo hasta establecer que la invalidación de los

## “Para el Derecho procesal no resulta bastante suavizar las consecuencias derivables de aplicar las normas sustantivas civiles sobre nulidad, sino que resulta imprescindible invertir por completo el postulado”

actos procesales observa un régimen propio en función de su carácter medial en pos de la sentencia o acto judicial último que debe prestar efectiva y materialmente la tutela judicial ofrecida por el proceso (STS 1ª 29 Oct. 1993).

Y es que para el Derecho procesal no resulta bastante suavizar las consecuencias derivables de aplicar las normas sustantivas civiles sobre nulidad, sino que resulta imprescindible invertir por completo el postulado, porque: aunque las normas procesales son de interés general y no disponibles, sin embargo los actos contrarios a ellas surten efectos salvo que haya prosperado el procedimiento de invalidación (diseñado en torno al sistema que responde a lo que Piero Calamandrei designó como “principio de absorción de la invalidez en la impugnación”), lo que desde el punto de vista técnico desdibuja el perfil ortodoxo de la denominada nulidad de pleno derecho, radical, o absoluta, difícilmente conjugable ante semejante postulado.

Sentado que debe acudir al Derecho público, no estará de más recordar que la primera regulación con vocación sistemática y generalista (para algunos importada del Derecho administrativo) se plasmó en la LOPJ, confirmada ahora como derecho común, puesto que la Disposición final primera de la L.O. 6/2007, de 24 de mayo ha modificado el incidente de nulidad de actuaciones exclusivamente en el art. 241.1 LOPJ, pero sin modificar ni derogar expresamente su equivalente art. 228.1 LEC (cuya redacción previa a la comentada reforma era idéntica en ambos preceptos, salvo en lo relativo a la incongruencia como motivo invalidatorio).

### C. EVOLUCIÓN DEL SISTEMA

Especialmente relevante es que se afianza la evolución del sistema desde lo tópico hasta lo axiomático, ahondando en la superación del método tradicional que atendía al incumplimiento de las “formalidades” prescritas para cada acto o trámite mediante preceptos concretos, y que evoluciona hasta ser sustituido por la formulación de motivos generales para cualquier actuación o trámite por lesión de “derechos” fundamentales, que se completa mediante previsiones legales individualizadas de nulidad por razo-

nes concretas no lesivas de derecho fundamental, más una cláusula residual de cierre para cuando la ley prescriba expresamente la posibilidad de anular en otros casos.

Evolución que se confirma mediante esta última modificación del art. 241.1 LOPJ, puesto que la posibilidad anulatoria de la resolución que ponga fin al proceso se reducía anteriormente al quebrantamiento de formas efectivamente lesivo del derecho a la defensa (“*nulidad de actuaciones basada en defectos de forma que hayan causado indefensión*”), mientras que tras la reforma se autoriza la invalidación de actuaciones “*fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el art. 53.2 de la Constitución*”.

Esta ampliación de los motivos pivota desde ahora sobre la lesión de alguno de los derechos fundamentales mencionados en el art. 53.2 CE, y no sólo por vulneración del derecho a la defensa como una de las manifestaciones específicas del derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 24 CE, por lo que carece de sentido mantener un sistema exclusivamente referido al quebrantamiento de formas por inobservancia de normas procesales esenciales que afecten a la defensa (art. 238.3º LOPJ), o por otros defectos formales igualmente lesivos para ella (según la antigua redacción del art. 241.1 LOPJ ahora modificado), ya que la lesión no puramente formalista sino efectiva del “derecho de defensa”, ni probablemente constituía -antes- una infracción claramente derivable de la resolución finalizadora del proceso (al estar agotadas las posibilidades de alegación y prueba en el momento de dictarse la resolución viciada), ni constituirá -ahora- la única vulneración de dimensión constitucional justificante de la invalidación; y en consecuencia los motivos anulatorios ya no necesitan responder necesariamente a un “quebrantamiento” de forma lesivo para la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), sino que también pueden sustentarse en la “infracción” de precepto constitucional relativo a cualquier otro derecho fundamental de los mencionados en el art. 53.2 CE.

Con ello se amplía el objeto del incidente, y el resultado de esta reforma

probablemente enriquecerá el debate sobre el mantenimiento o no del amparo extraordinario ante el Tribunal constitucional.

La nueva situación incorpora sin duda aumento de carga para los órganos jurisdiccionales cuyas resoluciones pongan fin al proceso por no caber contra ellas recurso ordinario ni extraordinario, bajo la afirmación expresa de que la reforma opera “*con la intención de aumentar las facultades de la jurisdicción ordinaria (sic) para la tutela de los derechos fundamentales*”, y bajo una doble suposición: a) que correlativamente se generará un descenso significativo en la cantidad de solicitudes de amparo extraordinario ante el Tribunal constitucional; b) que si la anterior suposición es correcta, disminuirá el tiempo de respuesta ante la denuncia de lesión, porque los Tribunales de justicia deberían resolver por lo general la cuestión en menos tiempo del que ahora tarda un recurso de amparo, y porque el Tribunal constitucional acelerará su respuesta si no necesita resolver tantas demandas de amparo.

La problemática no es inédita, sino que ha dado pie a sucesivas modificaciones en el régimen anulatorio inicial diseñado en la LOPJ (LO 5/1997, de 4 de diciembre, LO 13/1999 de 14 de mayo, LO 19/2003, de 23 de diciembre, y ahora esta disposición final primera de la L.O. 6/2007, de 24 de mayo), de precaria estabilidad estructural por la introducción tardía de este incidente (que complementa la invalidación a través del sistema de recursos) y sus posteriores ajustes para tratar de guardar equilibrio entre satisfacer el Derecho y evitar el abuso, auténtico nudo gordiano en la regulación de esta materia.

### D. LA ANULACIÓN POR INCONGRUENCIA.

Aparte de las nuevas competencias para conocer del incidente, esta última reforma suprime la referencia expresa a la incongruencia como motivo anulatorio, probablemente porque, como lesión, surge necesariamente de la propia sentencia y no del curso procedimental previo a ella, obedeciendo eminentemente a vicios in iudicando y no in procedendo, de modo que bajo esa designación (incongruencia) se cobija una amalgama de situaciones sin homogeneidad en su naturaleza y alcance.

Para empezar, de entre los supuestos modernamente designados como “incongruencia por error”, la omisión de pro-

nunciamento reclama un tratamiento coherente con las pautas del sistema invalidatorio enunciadas al inicio de este apunte, de modo que tales casos merecen ser tratados como acto procesal incompleto, antes que como acto procesal inválido, siendo procedente la subsanación hasta completar la resolución afectada con el pronunciamiento indebidamente omitido, y así lo previene la LEC en cuyo art. 228 se suprimió la referencia al vicio de incongruencia como motivo anulatorio para este incidente, regulando aparte la omisión de pronunciamiento en su art. 215.

Podemos entonces constatar que ambas regulaciones (LOPJ y LEC) han acabado expulsando la referencia expresa a la incongruencia como motivo de nulidad para este incidente, aunque numerosas declaraciones del Tribunal constitucional y el Tribunal supremo la sitúan como anomalía que -en determinadas circunstancias- puede afectar a los prin-

## “La sustitución del método basado en la inobservancia o quebranto de formalidades por otro apoyado en la infracción de derechos, aleja la cuestión del puro formalismo y traslada plausiblemente el enfoque del problema a parámetros de sustantividad jurídica”

cipios de igualdad de partes y de contradicción, e incluso lesionar el derecho de defensa y la tutela judicial efectiva, por lo que actualmente podría resultar idónea, en determinados casos, como motivo anulatorio por infracción de uno de los derechos fundamentales (art. 24 CE) referidos en el art. 53.2 CE.

### E. IMPOSICIÓN DE COSTAS FRENTE AL RIESGO DE ABUSO.

De cualquier modo, la sustitución del método basado en la inobservancia o quebranto de formalidades por otro apoyado en la infracción de derechos, aleja la cuestión del puro formalismo y trasla-

da plausiblemente el enfoque del problema a parámetros de sustantividad jurídica, aunque con ello buena parte de los criterios determinantes adquieren tintes valorativos (racionalidad, proporcionalidad, ponderación), lo que no necesariamente contribuye a aumentar las dosis de seguridad y concreción iniciales, ni menos a disminuir el peligro de abuso, principal riesgo del sistema frente al que se alza como único elemento disuasorio una imposición de costas rígida (art. 241.2 in fine LOPJ) que -como tal- pugnará en muchas ocasiones con la naturaleza valorativa de los criterios, ahora más elásticos y difíciles de objetivizar.

# ¡FUERA DEL COLEGIO!

Por **Francisco J. López Hinojosa**, abogado

Las primeras líneas de mi réplica al artículo de Tomeu Sitjar del pasado MISSÈR van dedicadas a otro compañero, ajeno al caso, pero que desde que tengo el placer de conocerle no se ha mostrado nunca rácano en enseñarme lo que su sabiduría atesora y nunca ha escatimado tiempo a la hora de pararse en los pasillos de los juzgados para regalarme consejos cuidadosamente envueltos por la experiencia de más de treinta años de ejercicio:

“Estimado Pep: ¡Gracias otra vez, amigo mío! No me apetece tanto dedicar mi tiempo a contestar un artículo botarate como tomarme un café contigo y charlar sobre “el abogado y la vida”, pero supongo que nadie mejor que tú comprenderá el sentido de mi contestación al ex decano. Sé que no aprobarás el contenido por lo que te pido disculpas de antemano.”

El hecho de que nuestro compañero Tomeu Sitjar me dedique unas líneas en la pasada edición del MISSÈR de julio me llena de orgullo. Para aquellos que no hayan vivido nunca la sensación de escuchar su nombre en boca de un decano, les diré que, como “abogado joven”, es enormemente gratificante llamar la atención de tus mayores.

Pero vayamos al tajo. Querido Tomeu: ¿Realmente leíste mi artículo? ¿O te lo contaron? Lo digo porque de tus comentarios se deduce que no entendiste nada. Los artículos (me atrevería a afirmar que cualquier texto) hay que interpretarlos en su conjunto y en su contexto. Si este artículo se lo leyera un joven fontanero madrileño de veinte años de edad dentro de veinticinco años, probablemente sacaría tus mismas conclusiones. Por ello pienso que quizá lo que se te atragantó no fue el contenido, sino la sintaxis. Y ya que críticas mi sintaxis créeme, el hecho de que por cuestiones de trabajo me enfrente a diario con textos en varias lenguas vivas (español, catalán, alemán, inglés, francés, italiano) me lleva a construir con cierta facilidad sintaxis complicadas. En todo caso, no creo que deba ser algo por lo que debas preocuparte a estas alturas de tu carrera profesional.

Por ello, sobre el tema del abogado dedicado a temas de urbanismo no voy a comentar mucho. En primer lugar, porque malinterpretas al pensar que mi artículo es de crítica a los compañeros, cuando en realidad es un elogio a la honestidad y, en segundo lugar, porque me da la impresión de que quieres centrar la atención en un tema sobre el que tú

puedas decir algo, para salir así a la palestra creando una polémica inexistente. Por ello, como me solicitas en tu artículo, pido disculpas a todos los letrados que se dedican al urbanismo y que se puedan haber visto atacados. Pido disculpas a todos menos a tí, que por el botarate de artículo que me has dedicado no mereces mi respeto. Como joven abogado siempre había pensado que un ex decano, al escribir, al opinar, mostraría mayor altura.

¡Me engañaste! Creo que todos merecen saber que me engañaste. Y me explico. Durante los últimos años he ejercido de presidente de la abogacía joven balear y, por ello, he tenido el honor de dar la bienvenida institucional a muchos de los nuevos colegiados en el solemne acto de su jura, a través de un pequeño discurso de congratulación. Pues bien, en una ocasión, al acabar dicho discurso te dirigiste a mí y, tras presentarte, te ofreciste para cuanto precisara, tanto personal como institucionalmente, en mi labor de presidente de los Abogados Jóvenes. Y mira por donde que en lugar de recibir una llamada condescendiente del compañero senior, advirtiéndome sobre algún desliz en mi artículo que debiera enmendar, me encuentro con la publicación de un libelo sin previo aviso. Si la hipocresía debiera mos-

trarse socialmente como muestra de la buena educación enfrentada con la, en ocasiones, grosera sinceridad, debo decirte que fuiste muy educado. Pero era de esperar. Durante tu mandato como decano de Baleares no hiciste nada significativo por la abogacía joven balear. Es más, mantuviste la Agrupación de Jóvenes Abogados de Baleares en un total oscurantismo, quizá por miedo a la crítica de tu gestión como decano. Sólo tras tu salida del Colegio como decano, la abogacía joven de Baleares ha tenido el apoyo que se merece de la mano de Joan Font, un decano para todos. Quizá sea ya la hora en la que debas reflexionar sobre aquel momento en el que tus compañeros te invitaron a dejar la palestra colegial. Como presidente saliente de los jóvenes abogados de Baleares, condición en la que firmé el artículo criticado, me permito aconsejarte que te dediques a ejercer dignamente tu profesión y que te olvides de la vida colegial,

ya que nada has hecho nunca por la abogacía joven. Personalmente te diría que no merece la pena seguir escribiendo artículos como el que me dedicas porque te puedes ver en la situación de que tus compañeros te digan: ¡Fuera del Colegio!

Y como no pienso contestar la posible dúplica del ex decano, no me queda más que despedirme como presidente de los Jóvenes Abogados de Baleares ya que, recientemente, se han celebrado elecciones en las que ha salido elegido como nuevo presidente D. Antonio Monserrat Moyá. La nueva Junta Directiva de la AJAIB es el satisfactorio resultado de conjugar la voluntad de continuidad de aquéllos que han ostentado puestos de representatividad en la anterior Junta, con la voluntad de otros tantos que se animan a arrimar el hombro, formando parte del nuevo equipo, y la voluntad de aquellos que, como yo, dejamos el puesto convencidos de que un pilar básico de la Aboga-

cía Joven está formado por su propia renovación interna (es una obviedad). Quiero, por ello, dejar constancia de mi agradecimiento a la que ha sido mi Junta Directiva de la AJAIB por el trabajo y la amistad compartidos (los letrados Elena Teruel, Carlos Gelabert, Laura Gené, Toni Monserrat, Xisco Grimalt, Pablo Martín, Alicia Timoner, Toni Valls y Toni Restoy); a todos aquellos que desinteresadamente han participado en las actividades organizadas por nuestra Agrupación de Jóvenes Abogados; y a los miembros de la Junta de Gobierno del ICAIB por su apoyo a la abogacía joven institucional. En especial, quiero mostrar mi agradecimiento a nuestro decano D. Joan Font i Servera, por ser el verdadero artífice del resurgimiento de la Agrupación de Jóvenes Abogados del ICAIB y por el apoyo mostrado a todas las iniciativas que la Agrupación le haya podido proponer. A todos vosotros: ¡Muchas gracias!

## CARTA AL EXDECANO DON TOMEU SITJAR, PARA SER LEÍDA TAMBIÉN POR EL PRESIDENTE DE LA AGRUPACIÓN DE JÓVENES ABOGADOS, SIN QUE ELLO IMPLIQUE VIOLACIÓN DE CORRESPONDENCIA

Por **Bernardo Garcías Vidal**

Querido amigo y ex decano:

Y compañero de verdad, desde que coincidimos como pasantes del gran maestro que fue Andrés Rullán, a quien dedicaste tu artículo “Gracias Andrés”, en el pasado número de *Missèr*, cuyo contenido he de asumir plenamente. Yo añadiría que cuanto hemos llegado a ser en nuestro cometido profesional, a él se lo debemos; y que el prestigio que tú tienes, y el mío que creo tener, y el de quienes fueron sus pasantes, ha de revertir en él, como merecido homenaje.

Pero, Tomeu, en el mismo número de *Missèr* escribes otro artículo, “¡Fuera del despacho!” destinado al presidente de la Agrupación de Jóvenes Abogados. He de coincidir contigo en casi todas tus aseveraciones, pero de ahí a asumir tu crítica... No, no la asumo.

No hay que matar ruiseñores. Y es difícil juzgar; y no se puede condenar, dejando indefenso al sentenciado.

Yo no creo que el presidente aludido haya merecido un capón como el que le propinas, tanto en el fondo como en la forma, porque no creo que en él existiera *animus injuriandi* alguno. Sí podrían ser sus manifestaciones fruto de cierta impremeditación e inmadurez, e incluso de quiméricas ilusiones o sueños de gloria (reconoce, él, en su previo artículo, “una propensión un tanto peliculera”). Amén de también cierta dosis de complejo por ser joven, y carecer, por ello, de clientes “ricos”, sean urbanizadores, políticos, hoteleros, industriales, inversionistas o gente de similar potencial económico; sin olvidar a los narcos, que tienen, con todo derecho, sus letrados especialistas, y a nadie se le ocurre tildarles de ser sus cómplices. (Espero me perdone, si considera ofensivo lo dicho, y no hay en mí intención alguna de menosprecio; le aseguro que yo, en mis tiempos, podría haber sido igual).

Desgraciadamente, o por suerte, todos hemos pasado por ello. Primero envidiamos a los mayores, y después, cuando

ya lo somos, quisiéramos regresar a nuestra juventud; pero, eso sí, con el bagaje de nuestra experiencia, y sin pasar penurias. Y no es posible. Recordemos que “grande es mi riqueza-pero en mi cabeza-los hilos de plata veo yo brillar” o “el dinero que atesoro, todo el oro nada vale para mí”, o, “no se compra con dinero la juventud y el amor”. O, para no ser tan zarzueleros, “a la vejez viruelas” o “a buenas horas Mangas Verdes”, también de aplicación. Y con moraleja diríamos que no todo lo que reluce es oro, y, en contraposición y en inglés, ya que está de moda la cuestión del tercer idioma, *a good name is better than riches*. Y que cada cual se lo aplique según su conciencia.

Pero dejémonos de filosofías y voy al grano. No estoy de acuerdo contigo en la frase de tu artículo, en que le dices al joven presidente, como axioma: “Recuerda que Jueces y Fiscales son siempre nuestros adversarios, nunca nuestros compañeros”.

Me niego a admitirlo. A menos que yo haya interpretado mal el vocablo “adversario”, dándole un significado distinto al de persona contraria o enemiga, que le da el diccionario. (Solo faltaría que Jueces y Fiscales, con la imputación de adversarios, se sintieran ofendidos y exigieran disculpas, como las que pides al joven presidente que motivó tu artículo).

Nosotros, junto con los Procuradores, Secretarios, Funcionarios, Fiscales y Jueces, somos compañeros de viaje en la ruta de la Administración de Justicia, porque así se desprende de nuestro ordenamiento. Cada uno de nosotros tiene su papel, interdependiente. Como también

lo tendría una acusación particular, cuyo Abogado, según tú, se convertiría de compañero en adversario.

Los profesionales del Derecho nunca somos contrarios, enemigos o adversarios de nadie. Los Abogados representamos o defendemos los derechos de nuestros clientes que, éstos sí, pueden ser adversarios, enemigos o contrarios de alguien, a su vez defendido por otro Abogado.

Los Abogados entre sí, nunca son adversarios.

Los Abogados y los Fiscales, a veces actúan conjuntamente, y a veces tienen posturas diferentes.

Los Jueces no son adversarios de los Fiscales ni de los Abogados. Se decantan por lo defendido por unos u otros, según interpreten la Ley.

Y los que colaboramos, por mandato legal asumido voluntariamente al ejercer nuestra profesión, en la Administración de Justicia, todos, siempre, somos compañeros.

Sin ánimo de polemizar, pero entendiendo que es bueno, como tú haces y es de alabar, dar cierta publicidad a cuestiones que la merecen.

Recibe un fuerte abrazo de tu amigo y compañero.

## LA EXTINCIÓN DE LAS TARJETAS DE FAMILIAR DE RESIDENTE DE LA UNIÓN A NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES EN VIRTUD DE NULIDAD DEL VÍNCULO MATRIMONIAL, SEPARACIÓN DE DERECHO, DIVORCIO O CANCELACIÓN DE INSCRIPCIÓN DE PAREJA DE HECHO<sup>1</sup>

Por **Margarita Palos Nadal**, abogada

El presente trabajo se enmarca en la localización de aquellas situaciones en que los extranjeros residentes legales y, por tanto, documentados en España devienen irregulares en territorio español desde una situación previa de regularidad, sus motivos, posibles soluciones y mecanismos para evitarlas. Fue publicado en el nº 13 de la Revista de Derecho Migratorio y Extranjería de la Editorial Lex Nova, en noviembre de 2006. Constituye una adaptación de la referida publicación al RD 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 (BOE nº 51 de 28.02.2007<sup>2</sup>), que incorpora la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 (DOUE 30.04.2004/ES/L158/77).

**I.- INTRODUCCIÓN.** La transversalidad del llamado Derecho de Extranjería alcanza a todos los ámbitos del Derecho, entre ellos al Derecho de Familia y al Derecho de Nacionalidad. De todos es sabido que en nuestro derecho interno y con carácter general existen dos regímenes que afectan a los extranjeros residentes en España: el régimen general y el régimen comunitario<sup>3</sup>.

El ámbito de aplicación de cada uno de ellos viene determinado por su legislación específica. El régimen general por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (reformada por Ley Orgánica 8/2000, Ley Orgánica 11/2003 y Ley Orgánica 14/2003) y su reglamento de desarrollo contenido en el RD 2393/2004<sup>4</sup>. La Ley Orgánica 4/2000 en su artículo 1º delimita su ámbito de aplicación. El ámbito de aplicación del régimen comunitario se determina por el RD 240/2007<sup>5</sup> de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados

1. EL RD 240/2007 presenta como novedad, debido a la incorporación de la Directiva, la extensión a la pareja inscrita con la que se mantiene una unión análoga a la conyugal del régimen comunitario. Ahora bien, las Instrucciones de la DGI/SGRJ/03/2007, relativas al RD 240/2007, en su pág 4, establecen que “Los diferentes registros de Parejas Estables existentes en diversas Comunidades Autónomas o Ayuntamientos españoles no serán válidos a estos efectos, por el momento, en tanto no cumplen los requisitos señalados en el art. 2b del RD 240/2007.”/ La Sta 422/07 de la Sala de lo contencioso administrativo del TSJ del País Vasco, de veintidós de junio de dos mil siete, se pronuncia a favor de los registros autonómicos de parejas./Vid. Baleares, Ley 18/2001, de 19 de diciembre, sobre normas reguladoras de las parejas estables BOE nº 14 de 16.01.2002 /Vid. Mercedes Soto Moya, La entrada y residencia en España de las parejas registradas y de hecho (1) LA LEY - AÑO XXVIII. Número 6786. Martes, 25 de septiembre de 2007.

2. Vid Instrucciones de la DGI/SGRJ/03/2007, relativas al RD 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, web del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales( Dirección General de Inmigración).

3. Derecho interno y comunitario.

4. Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE nº 6 de 7 de enero de 2005), modificado por el RD 240/2007 (BOE Nº 51 DE 28.02.2007).

5. El RD 240/2007 deroga el RD 178/2003, de 14 de febrero, sobre 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.

Vid. Aurelia Álvarez Rodríguez, profesora titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad de León, “Análisis crítico del RD 178/2003: algunas de sus deficiencias y necesaria reforma”, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, Lex Nova, número 3, julio 2003, pp 29 – 59. El mencionado Real Decreto ha sido modificado por las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2004 que eliminó el párrafo 1º del art. 2º, relativa al ámbito de aplicación del inciso “y siempre que mantengan un vínculo de convivencia estable y permanente con estos”, (BOE de 23 de agosto de 2004) y por Sentencia de 9 de febrero de 2005, de la Sala Tercera del TS por la que se anula el inciso “o de denegación de tarjetas” del apartado 2º del art. 18 (BOE de 3 de junio de 2005). Aurelia Álvarez, “Régimen jurídico de los ciudadanos de la Unión Europea”, V Curso de iniciación a la práctica del derecho de extranjería, Valladolid, Lex Nova, mayo 2006, pp. 703 – 853.

miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo ( que incorpora la Directiva 2004/38/CE ) y en su arts 1º y 2º se refiere al objeto y ámbito de aplicación<sup>6</sup> del mismo:

Art. 1º.- Objeto.- 1. El presente real decreto regula las condiciones para el ejercicio de los derechos de entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia, residencia de carácter permanente y trabajo en España por parte de los ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como las limitaciones a los derechos anteriores por razones de orden público, seguridad pública o salud pública.

El art. 2º regula la extensión del régimen comunitario a los familiares, cualquiera que sea la nacionalidad, del ciudadano de otro Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el EEE, cuando le acompañen o se reúnan con él, que a continuación se relacionan:

a) A su cónyuge<sup>7</sup>, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal.

b) A la pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público estable-

cido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte del EEE, que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado, y siempre que no se haya cancelado dicha inscripción, lo que deberá ser suficientemente acreditado. Las situaciones de matrimonio e inscripción como pareja registrada se considerarán, en todo caso, incompatibles entre sí.

c) A sus descendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja, menores de veintiún años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo, o incapaces.

d) A sus ascendientes directos<sup>8</sup>, y a los de su cónyuge o pareja registrada que vivan a su cargo, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja<sup>9</sup>.

En virtud del RD 240/2007 los extranjeros nacionales de terceros países

cónyuges de españoles o de residentes de la Unión Europea y de otros estado parte en el Acuerdo sobre el EEE son documentados en España obteniendo una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión<sup>10</sup>, conforme a lo previsto en el art. 8 del RD 240/2007. Su vigencia y renovación están condicionadas al hecho de que su titular continúe encontrándose en alguno de los supuestos que dan derecho a su obtención. Los interesados comunicarán el cambio de circunstancias a las autoridades competentes conforme a lo dispuesto en el art. 9 del RD 240/2007. La Disposición final Cuarta del RD 240/2007 establece que es además de aplicación la Ley Orgánica 4/2000 en los supuestos en que los extranjeros no reúnan los requisitos del RD 240/2007.

## II.- CUESTIÓN QUE SE PLANTEA:

### 1 ) Supuestos de extinción de tarjeta de familiar de residente comunitario<sup>11</sup>.

Nos encontramos con demasiada frecuencia en nuestra práctica profesional con supuestos de extinción de tarjetas de residencia de familiar de la Unión (hasta ahora denominadas tarjeta de familiar de residente comunitario) por separación matrimonial de derecho<sup>12</sup> o por divorcio<sup>13</sup>, que afecta a

los ex – cónyuges de nacionales españoles o de ciudadanos de la Unión y del Acuerdo sobre el EEE que en vir-

**Por nuestra parte consideramos que sólo la nulidad y el divorcio extinguen el vínculo matrimonial, de forma que los beneficios concedidos al cónyuge comunitario se extienden a pesar de la constancia de la separación de derecho**

6. Destinatarios: Ciudadanos de la Unión Europea, del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE) y de la Confederación Suiza, Búlgaros y Rumanos (para estos últimos en las condiciones del Tratado de Adhesión y al período transitorio establecido).

7. En cuanto a su extensión a los cónyuges españoles *Vid Sentencia nº 339/07* de 17 de septiembre, del Juzgado de lo contencioso administrativo número 2 de Palma de Mallorca, Ilmo Sr F. Pleite Guadamillas.

8. En cuanto a su extensión a los ascendientes de españoles *Vid Sentencia nº 366/2007* de 30 de julio de 2007, del Juzgado de lo contencioso administrativo número 1 de Palma de Mallorca, Ilma Sra C. Frigola Castillon. Primera sentencia en España que analiza el RD 240/2007 y anuncia cuestión de ilegalidad ante el Tribunal Supremo de la Disposición Adicional Vigésima apartado 2º del RD 2393/2004, de 30 de diciembre añadida por la Disposición Final Tercera del RD 240/2007 de 16 de febrero (la Abogacía del Estado ha recurrido la sentencia ante el TSJB).

9. "Redacción conforme a la normativa anterior RD 178/2003 (BOE nº 43 de 22 de febrero de 2003): Artículo 1. Objeto.- El presente Real Decreto regula las formalidades administrativas para el ejercicio de los derechos de entrada y permanencia en España por parte de nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo... artículo 2. Ámbito de aplicación.- El presente Real Decreto se aplica, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste a los familiares de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo: a ) A su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho. b) A sus descendientes y a los de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, menores de veintiún años o mayores de dicha edad que vivan a sus expensas. c) A sus ascendientes y a los de su cónyuge siempre que no estén separados de derecho, que vivan a sus expensas, con la excepción de los ascendientes de los estudiantes y de sus cónyuges."

10. Art.8.1 del RD 240/2007 Los miembros de la familia de un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo especificados en el art. 2 del presente Real Decreto, que no ostenten la nacionalidad de uno de dichos Estados, cuando le acompañen o se reúnan con él, podrán residir en España por un período superior a tres meses, estando sujetos a la obligación de solicitar y obtener una "tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión".

11. Fundamentación legal de la extinción en la legislación de extranjería: Disposición Final Cuarta del RD 240/2007, normativa subsidiaria y supletoria del RD 240/2007 es la Ley Orgánica 4/2000 y su Reglamento cuando no se acrediten los requisitos previstos en el mismo, en relación con el RD 2393/2004. Constituye infracción leve conforme a lo dispuesto en el art. 52 de la LO 4/2000 : "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 otras circunstancias determinantes de su situación laboral cuando les sean exigibles por la normativa aplicable". Vid. Art. 53 de la LO 4/2000, infracciones graves.

12. La separación de hecho no afecta a la condición de familiar de residente comunitario del nacional de tercer país por aplicación de la Sentencia del TS de 10 de junio de 2004, vid, nota 5º.

13. Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio ( BOE de 9 de julio de 2005 ) y Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Sólo la sentencia de divorcio produce la disolución del matrimonio, por lo que después de la separación de derecho el "cónyuge" continúa siéndolo (cabe reconciliación conforme al Código Civil) . Algún sector doctrinal defiende que sólo el divorcio implica la pérdida del status de familiar de residente comunitario, lo cual compartimos, especialmente al amparo de lo dispuesto en el art. 13 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 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. "Desde luego desde la perspectiva comunitaria el cónyuge es cónyuge hasta que se disuelva el matrimonio" (Cf. A. Álvarez Rodríguez, "Nacionales de terceros países familiares de un ciudadano comunitario en el territorio de su propio Estado: ¿régimen de extranjería general o aplicación de la normativa comunitaria relativa a la libre circulación? (A propósito de la STJCE de 23 de septiembre de 2003)", A.L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz, *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: Aspectos Internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 23-41; id, "Régimen aplicable a los extranjeros comunitarios y asimilados", Sánchez Jiménez, Mª.A. (Coord), *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen jurídico del extranjero en España* (Jurisprudencia y Formularios), Murcia, Diego Marín Libro Editor, 2005, pp. 105-157; id, "La reagrupación familiar como vehículo de integración", Álvarez Conde, E. y Pérez Martín, E. (Dirs.): *Estudios sobre Derecho de extranjería*, Madrid, Instituto de Derecho Público, Universidad Rey Juan Carlos, 2005, pp. 211-248).

tud del vínculo matrimonial contraído en su día se vieron beneficiados por la adquisición de la condición de familiar de residente de la Unión. Para evitar que esta situación se produzca, cuando el cónyuge de español o de ciudadano comunitario se separa judicialmente, divorcia o cancela su inscripción como pareja de hecho, debe poner inmediatamente este hecho en conocimiento de la Administración y más concretamente de la oficina de Extranjeros (en las Comunidades Autónomas uniprovinciales) o subdelegación del Gobierno en su caso (en las Comunidades Autónomas pluriprovinciales) al objeto de solicitar el cambio del régimen de extranjería. Dicho cambio se concreta en la solicitud de una autorización de residencia o de trabajo y residencia al amparo del RD 2393/2004, con la presentación de la documentación que por la Administración General del Estado se requiera. El plazo para realizar este cambio es de seis meses desde que se produzca la nulidad del matrimonio, divorcio, separación legal o se cancele la inscripción de pareja de hecho. De no realizarse la comunicación en plazo se extingue la tarjeta concedida al amparo de lo dispuesto en el RD 240/2007 (salvo que el sujeto esté incurso en causa de no extinción) y automáticamente el extranjero nacional de tercer país se convierte en irregular en territorio español. Por nuestra parte consideramos que sólo la nulidad y el divorcio extinguen el vínculo matrimonial y que, por tanto, los beneficios concedidos al cónyuge comunitario se extienden a pesar de la constancia de la separación de derecho puesto que el art. 85 del CCivil no señala la separación legal como forma de disolución del matrimonio. La Directiva 2004/38/CE, en su art. 13, se refiere al mantenimiento del derecho de residencia de los miembros de la familia en caso de divorcio, anulación del matrimonio o fin de la unión registrada.

2) **Supuestos de no extinción.** A nuestro juicio podemos enumerar los siguientes supuestos de no extinción de las tarjetas de residencia de familiar de la Unión:

a) Los ascendientes de menores españoles a su cargo. El Tribunal Supre-

mo, en sentencia de 7 de septiembre de 2006, en un supuesto de denegación de nacionalidad española<sup>14</sup> declaró que conserva la tarjeta de residente comunitario (hoy tarjeta de residencia de familiar de la Unión) la madre extranjera de una niña española al tiempo de la separación legal de su esposo por estar la menor a su cargo (v. Nota 13). Ello implica, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo, para la ascendiente de menor de nacionalidad española la no extinción de la tarjeta de residente comunitario (hoy tarjeta de residente de familiar de la Unión) a pesar de la separación legal. La sentencia del Supremo va más lejos que la Directiva y el propio RD 240/2007 que la transpone ya que hablan de conservación del derecho de residencia, no de conservación del derecho de residencia en régimen comunitario. En ningún caso la legislación española debiera permitir la irregularidad de los ascendientes de españoles<sup>15</sup> en territorio español por razones obvias. No tiene sentido que nuestro ordenamiento jurídico conceda la nacionalidad a menores nacidos en España y mantenga en la irregularidad<sup>16</sup> a quienes ostentan la patria potestad sobre los mismos.

b) Supuestos de conservación de la residencia en territorio español a pesar de la pérdida del derecho de residencia como familiar de la Unión. Por la incorporación al derecho español mediante el RD 240/2007 de la Directiva 2004/38/CE<sup>17</sup> se enumeran los siguientes casos en los que se pierde el status comunitario, pero no se extingue el derecho de residencia del cónyuge en territorio español acreditando alguno de los siguientes supuestos, art 9 - 4º:

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.

c) Residentes permanentes.- La residencia permanente es la situación en la que se encuentran los ciudadanos de la Unión y sus familiares que hayan residido legalmente en España durante un período continuado de cinco años. A los nacionales de terceros países titulares de una residencia permanente no les es de aplicación lo dispuesto en el capítulo III del RD 240/2007 a pesar de encontrarse incurso en causa de nulidad, divorcio, separación legal o fin de la unión registrada.

### III.- Consecuencias de la extinción de la tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión.

Con carácter general los años anteriores a la resolución judicial firme de nulidad, separación de derecho o de divorcio no computan a efectos de "residencia legal" porque se ven interrumpidos por la sentencia firme que determina el "cambio de circunstancias" (según establece el RD 240/2007), o el "cambio de estado civil", según lo

14. Vid. Id Cendoj: 28079130062006100316. Sta TS de siete de septiembre de 2006. Ponente Sr. Lecumberri Martí ( Vid n. 21 ).

15. Vid. Recomendación del Defensor del Pueblo a este respecto: <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/revista/DefPuebloPadresEspanol.pdf>

16. Después de la entrada en vigor del RD 2393/2004 con la desaparición de las denominadas exenciones de visado.

17. La sentencia de la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 21 de diciembre de 2005 (Id. Cendoj: 38038330022005100627 - Ponente St. Moya Meyer) ya adelantó que la Directiva era más garantista para el cónyuge de español o nacional de tercer país que el RD 178/2003: "Como es sabido 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, que deberá trasponerse a los derechos internos antes del 30 de abril del 2006, va mucho más lejos en el reconocimiento de los derechos del cónyuge no nacional de un Estado miembro a residir en el Estado donde tenga su residencia el otro, ya que regula el derecho de residencia incluso en los supuestos de ruptura del vínculo familiar siempre que concurren determinados requisitos". La Directiva, 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 se refiere en su art. 13.2 a los supuestos en los que se mantiene el derecho de residencia de los miembros de la familia del ciudadano de la Unión que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro, en caso de divorcio, anulación del matrimonio o fin de la unión registrada. Véase que la Directiva ni menciona el supuesto de separación de derecho. La separación de derecho que no determina un cambio de estado civil (soltero, casado, divorciado y viudo) aparece discutida en el derecho español (Vid n. 13) al objeto de determinar o no la extinción de la tarjeta de familiar de residente comunitario.



dispuesto en el RD 2393/2004. Podemos encontrarnos en los siguientes supuestos:

a) **Supuestos de no renovación por extinción.**- En la mayoría de los casos el extranjero ignora tal circunstancia, normalmente de buena fe<sup>18</sup> y no se percató de dicha situación continuando en el goce pacífico de la tarjeta de residencia de familiar de la Unión (antes tarjeta de residencia de familiar comunitario) hasta que la misma caduca. Su status jurídico en España ha cambiado, pero administrativamente sigue gozando de los derechos de su situación privilegiada como cónyuge de español o de familiar de la Unión puesto que no ha realizado ningún trámite administrativo ante la Administración General del Estado competente. Será en el momento de la renovación de la documentación como familiar de ciudadano de la Unión cuando se le indicará por la Administración la imposibilidad de renovarla y la necesidad de modificar su régimen de extranjería, advirtiéndole de que la tarjeta se extinguió a la fecha de la nulidad, divorcio o separación legal en su caso.

b) **Repercusiones en la solicitud de nacionalidad.**-

1) **Solicitud de nacionalidad española.**- De no realizarse el cambio de documentación en los supuestos de nulidad, divorcio y separación legal<sup>19</sup> al solicitar la nacionalidad española (por ejemplo, si hubiera sido cónyuge de español<sup>20</sup>) y en el acto de iniciación del expediente de nacionalidad, le informarán de que de no mantenerse el

vínculo matrimonial con ciudadano español su documentación como familiar de residente de la Unión está extinguida, y que debe de iniciar los trámites pertinentes para su modificación. Lo mismo sucederá en el trámite de audiencia ante la Jefatura Superior de Policía, que tiene lugar con posterioridad a la iniciación del expediente de nacionalidad, si la nulidad, divorcio o separación legal fueron posteriores al momento de solicitud de la nacionalidad española.

2) **Denegación de la nacionalidad española.**- Con independencia de la irregularidad sobrevenida se produce un efecto jurídico colateral de importancia en sus “derechos expectantes” y que tendrá consecuencias en la adquisición de nacionalidad futura para el sujeto en cuestión. Tal como hemos avanzado se interrumpe la residencia legal y continuada al amparo de lo dispuesto en el art. 22 del Civil<sup>21</sup>. Puede producirse la denegación de la nacionalidad española por residencia, al considerar la Dirección General de los Registros y del Notariado la interrupción de la residencia conforme a los requisitos establecidos en el Código Civil<sup>22</sup>.

c) **Denegación de la residencia permanente e imposibilidad de acceso al estatuto de residentes de larga duración.**- Del mismo modo esta cuestión adquiere especial relevancia a la vista de la Directiva 2003/109/CE del Consejo<sup>23</sup> (que todavía no ha sido transpuesta por España) relativa al estatuto de nacionales de terceros países residentes de larga duración, que exige el

plazo de residencia de cinco años ininterrumpida para acceder a la tarjeta de residencia CE. La figura prevista en la Directiva no incorporada es análoga a la residencia permanente en régimen general de extranjería (para aquellos extranjeros que acrediten cinco años de residencia temporal, legal y continuada en territorio español) y que autoriza conforme al art. 32 de la LO 4/2000 a residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles (sin limitación de ámbito geográfico y por cuenta ajena y propia). Su incorporación a la legislación española sería interesante porque permitiría el acceso a trabajos por cuenta ajena en todo el territorio de la Unión de trabajadores extracomunitarios constituyendo un nuevo supuesto preferente y sin necesidad de salir a sus países de origen para proveerse del correspondiente visado.

d) **La irregularidad sobrevenida puede tener consecuencias en el ámbito laboral del extranjero.** La extinción de su residencia en España conlleva la carencia de autorización para trabajar y esto, evidentemente, trasciende de su ámbito personal pudiendo incluso tener consecuencias jurídicas para el empleador (persona física o jurídica) del extranjero, que podría ser sancionado por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

#### IV.- LA VIGENCIA Y ADECUACIÓN DE LA DOCUMENTACIÓN ES RESPONSABILIDAD DEL EXTRANJERO -<sup>24-25</sup>

Para que la situación que describimos no se produzca conviene recordar, especialmente a los especialistas en

18. Vid. Instrucción de 31 de enero de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre los matrimonios de complacencia (BOE de 17 de febrero de 2006).

19. Téngase en cuenta que la separación de hecho si es relevante a efectos de la solicitud y adquisición de la nacionalidad española de acuerdo con el art. 22.2 d del Código Civil.

20. Art. 22.2 del Código Civil, es suficiente un año de residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición de nacionalidad para los cónyuges de españoles (Vid. Álvarez Rodríguez, *La nacionalidad española (Análisis de la normativa vigente)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Subdirección Publicaciones, 2003.

21. Sobre la extensión y mantenimiento del régimen comunitario véanse respectivamente, **Cendoj: 48020330032006100161**, órgano Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso Sede: Bilbao Sección: 3 N° de Recurso: 607/2000 N° de Resolución: 184/2006 Procedimiento: CONTENCIOSO – APELACIÓN Ponente: Ilmo Sr. J. L. Ibarra Robles y **Cendoj: 28079130062006100316** Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso Sede: Madrid Sección: 6 N° de Recurso: 7201/2001 N° de Resolución: Procedimiento: CONTENCIOSO Ponente: ENRIQUE LECUMBERRI MARTI Tipo de Resolución: Sentencia 7/09/2006 Resumen: EXTRANJEROS. DENEGACIÓN DE CONCESIÓN DE NACIONALIDAD, conserva la tarjeta de residente comunitario la extranjera madre de una niña española al tiempo de su separación, por estar la menor a su cargo.

Aunque no es objeto de este trabajo es importante señalar la incidencia de esta última sentencia en **cuanto a los ascendientes de españoles irregulares en territorio nacional** (aparentemente desaparecieron del D° español al suprimir las “exenciones de visado” en la reforma de la Ley Orgánica 4/2000 llevada a efecto por la Ley Orgánica 14/2003), por cuanto abre la posibilidad, junto con alguna jurisprudencia, de considerar su residencia en territorio español al amparo del Derecho Comunitario (Vid Aurelia Álvarez Rodríguez, “Derecho a residir en España de los ascendientes de nacionales: de la flexibilidad de la Jurisprudencia del TJCE y del TS a la rigidez de la normativa vigente y futura”, revista de Derecho migratorio y extranjería nº 9 Editorial Lex Nova, julio 2005; id, Nacionalidad de los hijos de extranjeros nacidos en España. Regulación legal e interpretación jurisprudencial sobre un análisis de datos estadísticos de los nacidos en España en territorio español durante el período 1996 – 2002, web del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales – Observatorio Permanente de la Inmigración (“http://extranjeros.mtas.es/es/general/ Nacionalidad\_hijos\_inmigrantes.html”8); Elena Arce Jiménez “Los familiares extranjeros del español en el Derecho de extranjería (Libertad de circulación y de residencia en el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia)” Revista de Derecho migratorio y extranjería nº 12, Editorial Lex Nova. Margarita Palos Nadal, “Niños españoles, papás sin papeles”, Baleares sin fronteras, 2006.

22. Con anterioridad a la INSTRUCCIÓN de 26 de julio de 2007, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE 189 de 8 de agosto de 2007), sobre tramitación de las solicitudes de adquisición de la nacionalidad española por residencia los certificados de residencia legal (documentos anteriormente requeridos en las solicitudes de nacionalidad española) expedidos por el Ministerio del Interior no reflejaban dicha interrupción, lo que sucedía si el extranjero no había comunicado su cambio de estado civil y modificado su documentación, lo que daba lugar a equivocaciones. <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/impresos/DGRNresproc.pdf> <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/impresos/nacresidencia.pdf>

23. Directiva 2003/109/CE (Diario Oficial de la Unión Europea n° L016 de 23/01/2004 p.044-0053). Establece un nuevo status jurídico para los residentes nacionales de terceros países en la Unión Europea cuyo contenido se concreta en el **permiso de residente de larga duración** – CE y exige en su art. 4 el requisito de residencia “legal e ininterrumpida durante los cinco años inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud correspondiente” en su art. 5 lo sujeta a las siguientes condiciones: Recursos fijos y regulares para el solicitante y sus familiares, seguro de enfermedad, la posibilidad de exigir por los Estados la integración del sujeto en el marco de la legislación nacional. España no ha incorporado la Directiva incumpliendo el art. 26 de la misma: “Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más a tardar el 23 de enero de 2006. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión”. España no ha transpuesto la Directiva, jurídicamente es posible solicitar dicho status jurídico para los nacionales de terceros países. Es evidente que tendrán que ser los Tribunales los que se pronuncien sobre el supuesto en el caso de exigir la aplicación de la Directiva de considerarse que es una norma comunitaria de efecto directo.

Vid. La transposición de directivas de la UE sobre inmigración. Las directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración. Barcelona, documentos CIDOB (Fundación Cidob), Serie Migraciones, número 8, marzo de 2006.

24. Art. 4 de la Ley Orgánica 4/2000 “Los extranjeros que se encuentren en territorio español tienen el derecho y la obligación de conservar la documentación”.

25. Vid. Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Vid. Arts. 148 y 149 del RD 2393/2004.

Derecho de Familia y de los Turnos de Oficio correspondientes, la ineludible necesidad de indicar a sus patrocinados la realización del cambio de régimen que se producirá, o no, dependiendo de cada supuesto, tras la nulidad, divorcio, separación judicial o fin de la unión registrada. La responsabilidad de la documentación que concreta el régimen jurídico de los extranjeros en territorio español, su vigencia y actualización, es única y exclusivamente de éstos y, en consecuencia, el letrado que intervenga en un procedimiento de familia no tiene responsabilidad ninguna sobre este extremo, salvo que voluntariamente la asuma. Considero que entre todos podemos evitar estos supuestos o la disminución de su incidencia con el objetivo de colaborar a que los extranjeros residentes en España no pierdan derechos adquiridos y, por tanto, la posibilidad de mantener o mejorar su situación jurídica en territorio español.

#### **V.- TRÁMITES ADMINISTRATIVOS A REALIZAR CON POSTERIORIDAD A LA SEPARACIÓN JUDICIAL O AL DIVORCIO Y RECURSOS A INTERPONER EN SU CASO POR EL EXTRANJERO AFECTADO.**

1.- Deberán acometerse los siguientes trámites conforme a lo dispuesto en el art. 9 del RD 240/2007 *in fine*:

“Transcurridos seis meses desde que se produjera cualquiera de los supuestos anteriores (nulidad, separación, divorcio o fin de la unión registrada), 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<sup>26</sup> 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.”

2.- Los extranjeros que se hallen en supuestos de extinción de la tarjeta de familiar de residente de la Unión por no cumplir ninguna de las condiciones del art. 9º del RD 240/2007, procederán a regular su situación jurídica en España al amparo de lo dispuesto en los arts 31.3º de la Ley Orgánica 4/2000 y art 45 - 2b<sup>27</sup> del RD 2393/2004 que regula la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, el comúnmente denominado “procedimiento de arraigo”<sup>28</sup>. Ello implica iniciar de nuevo el cómputo de la residencia en territorio español a todos los efectos, convirtiendo el tiempo de residencia legal anterior en inexistente para una posterior solicitud de nacionalidad española o para una solicitud de residente de larga duración CE conforme a la Directiva 2003/109/CE .

3.- De solicitarse por el extranjero la renovación de la tarjeta de familiar de la Unión o el cambio de régimen de extranjería (de comunitario a general) y no considerarse ajustada la resolución administrativa que finalice el procedimiento administrativo, bien se trate de una resolución de inadmisión a trámite o de denegación en su caso de la renovación o del cambio de régimen solicitado queda expedita para el sujeto afectado la vía de recursos administrativos - conforme a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administra-

ciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común - y judiciales en su caso.

**VI.- PROPUESTAS.** Como ha quedado dicho, el presente trabajo se enmarca en la localización de aquellas situaciones en que los extranjeros residentes y documentados en España devienen irregulares en territorio español desde una situación previa de regularidad, sus motivos, soluciones y mecanismos para evitarlas. En consideración a todo lo expuesto, y teniendo en cuenta que la extranjería es una competencia exclusiva del Estado se sugiere :

.- Proponer al Consejo General del Poder Judicial la inclusión en las sentencias de nulidad, divorcio y separación judicial, una “advertencia” sugiriéndose el siguiente texto : “En el supuesto de ser alguno de los cónyuges nacional de tercer país esta sentencia puede afectar a su situación jurídica en territorio español”.

.- Proponer a las Comunidades Autónomas que, igualmente, cuando se proceda a las inscripciones de pareja de hecho, incluyan una advertencia sugiriéndose el siguiente texto : “En el supuesto de ser alguno de los inscritos nacional de tercer país la cancelación de la inscripción puede afectar a su situación jurídica en territorio español”, (vid 1, inexistencia de un registro estatal).

.- Comunicar a la Secretaría de Estado de Inmigración la necesidad de incluir una advertencia en los idiomas más utilizados en las Resoluciones de concesión de tarjeta de residencia de familiar de la Unión. El extranjero no queda notificado con la suficiente claridad y precisión de la extinción de la tarjeta de residente comunitario en los supuestos mencionados con arreglo a las exigencias de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del RJAP y del PAC.

Palma, octubre 2007

26. Art. 96- 5º del RD 2393/2004. “ 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”.

27. Art. 45 - 2b del RD 2393/2004: Se podrá conceder una autorización de residencia por razones de arraigo, en los siguientes supuestos: A los extranjeros que acrediten una permanencia continuada en España durante un período mínimo de tres años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen, cuenten con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud cuya duración no sea inferior a un año y bien acrediten vínculos familiares con otros extranjeros residentes, bien presenten un informe que acredite su inserción social emitido por el ayuntamiento en el que tenga su domicilio habitual”. Dicho precepto se ha convertido en un auténtico corrector de todos los supuestos de irregularidad, inicial y sobrevenida, reconduciéndose a través del mismo todos los casos de irregularidad en territorio español.

28. Hasta no hace mucho para la solicitud de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales se accedía a la Administración por el procedimiento de “cita previa” (cinco meses de media en la Delegación del Gobierno de Baleares - Mallorca -) lo que perjudicaba enormemente la posición jurídica de los extranjeros afectados por los supuestos de extinción, al no obtener una solución inmediata por la Oficina de Extranjeros o Subdelegación del Gobierno en su caso. El procedimiento administrativo en estos supuestos no se utilizaba con carácter integrador. Todo lo contrario, la rigidez administrativa y la dificultad de acceso a la Administración (cita previa) perpetuaba aquellas situaciones de irregularidad sobrevenida que con una adecuada actuación administrativa, incluso de oficio, se hubieran erradicado en gran medida. Hoy esta situación ha cambiado en la Oficina de Extranjeros de la Delegación del Gobierno de Baleares, habiéndose suprimido la cita previa para la iniciación de expedientes administrativos de residencia temporal por circunstancias excepcionales (arraigo) lo que permite dar una solución más ágil a los supuestos que requieren ser encauzados por esta vía.

Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 28/09/2007 nº 289-1. De especial interés es la lectura de la Proposición de Ley 124/000025 Orgánica de medidas para la lucha de la inmigración clandestina remitida por el Senado al Congreso de los Diputados el pasado veintiocho de septiembre. Con referencia al denominado arraigo (figura creada por la Jurisprudencia en atención a los vínculos familiares y sociales del extranjero en territorio español) se propugna su desaparición en la redacción propuesta para el actual art. 31.3º de la LO 4/2000.