



Roj: STSJ AND 4116/2016 - ECLI:ES:TSJAND:2016:4116
Id Cendoj: 41091330022016100224

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso

Sede: Sevilla

Sección: 2

Nº de Recurso: 222/2016

Nº de Resolución: 452/2016

Procedimiento: CONTENCIOSO - APELACION

Ponente: LUIS GONZAGA ARENAS IBÁÑEZ

Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SEVILLA

SENTENCIA

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

D. ANTONIO MORENO ANDRADE

D. JOSE SANTOS GOMEZ

D. LUIS G. ARENAS IBÁÑEZ

En la ciudad de Sevilla, a veintiuno de abril de dos mil dieciséis.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo con sede en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se expresan, ha visto el **recurso de apelación número 222/2016** interpuesto por **D. Luis Francisco**, representado por el Letrado Sr. Peña Pérez, contra la *Sentencia* de 29 de septiembre de 2015 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número uno de Cádiz dictada en Procedimiento Abreviado num. 430/2015, siendo parte apelada la **SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN CADIZ**, representada por el Abogado del Estado.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. DON LUIS G. ARENAS IBÁÑEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Con fecha 29 de septiembre de 2015 la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número uno de Cádiz dictó *Sentencia* en el proceso desestimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Luis Francisco contra la Resolución de 21 de abril de 2015 del Jefe de la Oficina de Extranjeros de la Subdelegación del Gobierno en Cádiz por la que se desestimó el recurso de reposición que había formulado frente a la Resolución del mismo órgano de 25 de febrero de 2015 denegatoria de las solicitudes de autorización de Tarjeta de residencia permanente de familiar de ciudadano de la UE a nombre de Candido, Luis Francisco, Ernesto y Abilio.

SEGUNDO .- Contra dicha *Sentencia* se presentó en tiempo y forma recurso de apelación por la parte actora, del que se dio traslado a la parte demandada, que formuló escrito de oposición a la apelación en los términos que constan.

TERCERO .- No se ha abierto la fase probatoria en esta instancia.

CUARTO .- Señalado día para votación y Fallo, tuvo éste lugar con arreglo a lo que a continuación se expresa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Alega en primer lugar la parte apelante que no existe confusión entre la tarjeta de residente permanente como familiar de ciudadano de la Unión y la autorización de residencia de larga duración-UE, pues la primera (que es la solicitada) se enmarca en los artículos 2.c) y 10 Real **Decreto 240/2007** y en la Directiva 2004/38/CE, mientras que la segunda responde a la regulación contenida en los artículos 32.3 LO 4/2000 , artículos 151 y ss del Reglamento de Extranjería aprobado por Real **Decreto 557/2011** y Directiva 2003/109/CE del Consejo; añadiendo que cualquier tipo de similitud entre ambas debería ir referida a la simple autorización de residencia de larga duración cuyo requisito esencial es la existencia de cinco años de residencia legal previas a su solicitud, sin que su regulación exija en ambos supuestos la acreditación de medios de vida suficientes para su pleno reconocimiento, siendo únicamente necesario demostrar la existencia de cinco años de residencia legal previas en España. Reitera en segundo término la irrelevancia de acreditar medios de vida para la residencia permanente en régimen comunitario por no resultar de aplicación lo dispuesto el artículo 7 del Real **Decreto 240/2007** ni por ende la Orden PRE/1490/2012, resultando así de lo establecido en el último inciso del artículo 10.2 RD **240/2007** , a tenor del cuál el derecho pedido no estará sujeto a las condiciones prevista en el capítulo III del mismo, dentro del cuál se encuentra el artículo 7 que se refiere a supuestos distintos y es el desarrollado por aquella Orden PRE/1490/2012; expresándose el artículo 16.1 y 2 en idénticos términos que el Real **Decreto 240/2007** . En relación con lo que establece el artículo 9 bis Real **Decreto 240/2007** aduce que debe ser puesto en relación con el artículo originario del que trae causa, el artículo 14 de la Directiva 2004/38/CE , que establece como único condicionantes para mantener el derecho de residencia el hecho de que "se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida", pero no el hecho de que no se acredite la existencia de medios de vida, sin que aquel extremo haya quedado demostrado en la Sentencia apelada ni en el expediente administrativo, no constando bajo ningún concepto que el demandante haya hecho uso de recursos de asistencia social o haya sido beneficiario de ninguna prestación asistencial o no contributiva o que se encuentre en situación de indigencia o similar; concluyendo a partir de lo expuesto que cumple con los requisitos exigidos por el artículo 10.1 Real **Decreto 240/2007** y el artículo 16 de la Directiva 2004/38/CE para el reconocimiento del derecho de residencia permanente regulado en dichos preceptos.

Tras referirse a que el recurso de apelación reitera los argumentos de la demanda ya respondidos en la Sentencia impugnada, el Abogado del Estado sostiene la aplicabilidad del artículo 7 del Real **Decreto 240/2007** a familiares no comunitarios de ciudadanos españoles (según Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010) y que la residencia de la familia de los nacionales españoles que no sean nacionales de un Estado miembro de la Unión está condicionada a idénticos requisitos que los exigidos a los miembros de la familia de un nacional de otro estado miembro de la Unión Europea que ejerce en España su derecho a la libre circulación. Mantiene que la residencia de aquéllos se prevé en el artículo 7.2 Real **Decreto 240/2007** , trasposición del artículo 7 de la Directiva 2004/38/CE ; y que frente a lo que sucede con los ciudadanos españoles para los que el derecho de residencia es incondicionado, en el caso de los familiares extranjeros -de españoles o de ciudadanos de la Unión- su residencia en España está sometida a lo establecido en la normativa española, en este caso al artículo 7.2 RD **240/2007** a tenor del cuál ese derecho de residencia deriva del cumplimiento por parte del ciudadano de la Unión de algunas de las condiciones contempladas en las letras a), b) o c) del apartado 1 de aquel precepto, lo que se desprende igualmente del preámbulo de la Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio; posibilidad -la de establecer condicionantes a cumplir por sus nacionales o los de otros Estados miembros- prevista también en otros países de nuestro entorno, contemplada en el artículo 7.1 de la Directiva 2004/38/CE (traspuesta en el RD **240/2007**), acogida por el TJUE, y acorde con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que cita.

SEGUNDO .- La resolución administrativa impugnada tiene su origen en la solicitud de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la UE (Real **Decreto 240/2007**) presentada el 2 de febrero de 2015 ante la Subdelegación del Gobierno en Cádiz a favor de D. Luis Francisco , nacional de Senegal.

En ella se consignaban como datos del ciudadano que da derecho a la aplicación del régimen comunitario los de su padre D. Abilio , de nacionalidad española. Y se acompañaban a la instancia el pasaporte a nombre de D. Luis Francisco ; declaraciones de IRPF de 2013 y 2014 de D. Abilio ; DNI y tarjeta sanitaria a nombre de D. Abilio ; volante de empadronamiento colectivo; y Tarjeta de familiar comunitario de la Unión válida hasta el 2-2-2015 a nombre de D. Luis Francisco .

La Resolución de 25 de febrero de 2015 deniega la solicitud por no haberse presentado la documentación que acredite el cumplimiento de los requisitos expuestos (Orden PRE/1490/2012), y no haberse probado que dispongan de recursos económicos que no procedan de ayudas asistenciales del Estado en la cuantía indicada para cada supuesto. Mientras que la Resolución de 21 de abril de 2015, desestimatoria del recurso de reposición deducido frente a aquella, expone que: "Efectivamente, no se han acreditados los

medios económicos exigidos en la norma para el acceso a la residencia permanente. En las solicitudes de autorización de residencia de familiar de ciudadano comunitario (permanente) presentadas a partir del 24 de abril de 2012 hay que valorar que desde esta fecha se han cumplido los requisitos previstos en los artículos 7, 8 y 9 del Real **Decreto 240/2007**. Ello es así por cuanto el apartado 1º del artículo 10 del Real **Decreto 240/2007** establece que el derecho a residir con carácter permanente no estará sujeto a las condiciones previstas en el capítulo III del presente Real **Decreto**; es decir, que cuando el extranjero ha adquirido ya el derecho a residir con carácter permanente no se le exigirá el mantenimiento de los requisitos económicos que motivaron la concesión de su autorización de residencia, pero para su acceso a la residencia de carácter permanente sí se requiere el cumplimiento de los requisitos de los artículos 7, 8 y 9 del Real **Decreto 240/2007**.

El cabeza de familia en los últimos cinco años ha trabajado: nada en el año 2010; dos meses en el año 2011; nada en el año 2012; nada en el año 2013; un mes en el año 2014. En el domicilio familiar figuran empadronadas 12 personas. Y desde el 31-8-2014 no ha trabajado, por lo que al solicitar el acceso a la autorización de residencia de familiar de ciudadano comunitario (permanente) el 2-2-2015 no reunía los requisitos económicos para ello".

TERCERO .- Dispone el artículo 10.1 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 su párrafo primero, que " *Son titulares del derecho a residir con carácter permanente los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, y los miembros de la familia que no sean nacionales de uno de dichos Estados, que hayan residido legalmente en España durante un período continuado de cinco años. Este derecho no estará sujeto a las condiciones previstas en el capítulo III del presente Real **Decreto** .*"

Los presupuestos subjetivos y objetivos establecidos en la norma de referencia no se discuten; esto es: el actor es hijo de ciudadano español (dentro por tanto del ámbito de aplicación del Real **Decreto 240/2007** de acuerdo con su artículo 2.c)), y ha residido en España durante un periodo continuado de cinco años.

Lo que se discute es si a efectos de obtener la autorización de residencia permanente solicitada ha de cumplir y justificar el condicionante a que se refiere el artículo 7.1.b) del mismo cuerpo normativo a tenor del cuál "todo ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo tiene derecho de residencia en el territorio del Estado Español por un período superior a tres meses si:..b) *Dispone, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España*", teniendo en cuenta que el apartado 2 del mismo artículo 7 previene que ese derecho de residencia *se ampliará a los miembros de la familia* que no sean nacionales de un Estado miembro cuando acompañen al ciudadano de la Unión Europea o se reúnan con él en el Estado español, " *siempre que dicho ciudadano cumpla las condiciones contempladas en las letras a), b) o c) de dicho apartado 1 .*"

A nuestro entender, discrepando del parecer de la Magistrada de instancia, la respuesta a dicho interrogante debe ser negativa, pues como se ha visto el último inciso del artículo 10.1 RD **240/2007** prevé explícitamente que ese derecho a residir con carácter permanente "no estará sujeto a las condiciones previstas en el capítulo III del presente Real **Decreto**", entre las que se encuentran las del artículo 7 antes referenciado .

En este sentido no es procedente la distinción que a estos efectos realiza la resolución administrativa impugnada entre el reconocimiento del derecho y el mantenimiento del mismo, considerando que sólo a este último se referiría la excepción del último inciso del artículo 10.1 RD **240/2007** .

En primer término, porque ese artículo 10.1 se refiere al reconocimiento del derecho de residencia permanente, por tanto al acceso a dicha condición por parte del extranjero que cumpla los requisitos dispuestos en él.

En segundo lugar, porque ese capítulo IV del Real **Decreto 240/2007** que regula la residencia de carácter permanente no contiene precepto similar al del artículo 9 bis del cuerpo normativo referido al mantenimiento del derecho de residencia establecido en los artículos 7, 8 y 9 mientras cumplan las condiciones en ellos previstas.

En tercer término, porque cuando en otros supuestos de residencia permanente el legislador ha querido tomar en consideración la situación económica o laboral del ciudadano comunitario lo ha previsto así explícitamente; es el caso de los supuestos de los apartados 2 y 3 del artículo 10 RD **240/2007** .

Y finalmente, porque la aprobación de ese Real **Decreto 240/2007** es el resultado de la incorporación al Ordenamiento jurídico español de la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004, sobre Libre Circulación de Personas, que en su capítulo IV (referido al Derecho de residencia permanente) regula dentro de su Sección I la " *Adquisición* " de dicho derecho en los mismos términos que el artículo 10 RD **240/2007** . En particular, dispone en su artículo 16 (Norma general para los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia) que "Los ciudadanos de la Unión que hayan residido legalmente durante un período continuado de cinco años en el Estado miembro de acogida *tendrán un derecho de residencia permanente en éste. Dicho derecho no estará sujeto a las condiciones previstas en el capítulo III* " (apartado 1); y que "El apartado 1 *será asimismo aplicable a los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro y que hayan residido legalmente durante un período continuado de cinco años consecutivos con el ciudadano de la Unión en el Estado miembro de acogida* " (apartado 2). Téngase presente que dentro de ese capítulo III de la Directiva se integra el artículo 7 (sobre Derecho de residencia por más de tres meses) cuyos apartados 1.b) y 2 coinciden en su redacción con los apartados 1.b) y 2 del Real **Decreto 240/2007** .

Por tanto, el reconocimiento en casos como el de autos del derecho a la residencia permanente no está sujeto al cumplimiento de los condicionantes económicos dispuestos en el artículo 7 del Real **Decreto 240/2007** (en particular al de su apartado 1.b)), ni en consecuencia al de los establecidos en la Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio, dictada para la aplicación del referido artículo 7 del Real **Decreto 240/2007** .

Resta por añadir que frente a la normativa especial referenciada más favorable a las personas incluídas en su ámbito de aplicación no cabe oponer la normativa general contenida en el artículo 47 del Reglamento de Extranjería aprobado por Real **Decreto 557/2011**, referida además a la obtención de autorizaciones de residencia temporal.

Y que del propio modo no cabe confundir el caso que analizamos con el regulado en los artículos 151 y ss del Reglamento de Extranjería de 2011 (Residencia de larga duración-UE) en concordancia con los artículos 4 y ss de la Directiva 2003/109/CE , de 25 de noviembre, sobre Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración; pues estos últimos se refieren a la residencia legal permanente de extranjeros (y a los miembros de su familia) de terceros países en el territorio de un Estado miembro, no a ciudadanos de la Unión -como es el caso de autos- a los que son de aplicación las previsiones del Real **Decreto 240/2007** .

Por lo expuesto procede, con estimación del recurso de apelación, revocar la Sentencia de instancia; y en su lugar estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acto administrativo impugnado y, con anulación del mismo, reconocer el derecho del demandante a la tarjeta de residencia permanente de familiar de ciudadano de la UE.

CUARTO .- Conforme a lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, no procede hacer expresa imposición respecto de las costas procesales causadas en esta segunda instancia.

VISTOS los preceptos legales de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por D. Luis Francisco contra la Sentencia de 29 de septiembre de 2015 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número uno de Cádiz dictada en Procedimiento Abreviado num. 430/2015, debemos revocarla. En su lugar procede estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Luis Francisco contra la Resolución administrativa citada en el Antecedente de Hecho primero de esta Sentencia, anulándola por no ser conforme a Derecho; reconociendo el derecho del recurrente a la tarjeta de residencia permanente de familiar de ciudadano de la UE. Sin costas.

Intégrese esta Resolución en el Libro correspondiente. Remítase testimonio de la misma junto con las actuaciones del Juzgado al órgano que las remitió para su cumplimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.