

## **El TS establece el régimen aplicable al silencio administrativo en las solicitudes de tarjeta de residencia permanente de familiar de ciudadano de la UE o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo**

**El TS estima el recurso interpuesto y declara el derecho del recurrente a la concesión, por silencio positivo, de la autorización de residencia permanente solicitada al amparo del RD 240/2007, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la UE y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.**

Basa su fallo en la interpretación y alcance que realiza de la DA 1.ª de la LOEX, en cuyo apartado primero regula el régimen general de autorizaciones, estableciendo el silencio negativo para las iniciales, y, el silencio positivo para las solicitudes de prórroga y autorizaciones de residencia de larga duración. Este régimen del silencio administrativo es aplicable a las solicitudes formuladas en virtud del RD 240/2007, por lo que habrá de tenerse en cuenta en el caso de los ciudadanos de la Unión y sus familiares, la distinta previsión según se trate de acceso inicial a la autorización o de las renovaciones o autorizaciones que traigan causa de una situación de residencia legal previa. Concluye la Sala que, a falta de resolución expresa de las solicitudes de tarjeta de residencia permanente de familiar de ciudadano de la UE o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, opera el silencio positivo y, en consecuencia, han de entenderse concedidas.

### **TRIBUNAL SUPREMO**

#### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección 5.ª**

#### **Sentencia 32/2022, de 19 de enero de 2022**

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 3501/2020

Ponente Excmo. Sr. OCTAVIO JUAN HERRERO PINA

En Madrid, a 19 de enero de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 3501/2020, interpuesto por D. Demetrio, representado por la procuradora D.ª Valentina López Valero y defendido por el letrado D. Enrique Leiva Bojkovic, contra la sentencia de 15 de octubre de 2019, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, estimando el recurso de apelación 724/2017 interpuesto contra la sentencia de 26 de julio de 2017, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 10 de Barcelona en el procedimiento abreviado 273/2016, que tiene por objeto la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Barcelona de 21 de junio de 2016, que confirma enalzada la resolución de la Oficina de Extranjería en Barcelona de 17 de marzo de 2016 que deniega la solicitud de tarjeta de residencia permanente de familiar de ciudadano comunitario. Interviene como recurrido el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la Administración del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por resolución de la Subdelegación del Gobierno en Barcelona de 21 de junio de 2016 se confirma enalzada la resolución de la Oficina de Extranjería en Barcelona de 17 de marzo de 2016, que deniega la solicitud relativa a tarjeta de residencia permanente de familiar ciudadano comunitario, en aplicación del art. 15 del Real Decreto 240/2007.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo, se dictó sentencia estimatoria de 26 de julio de 2017 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 10 de Barcelona, en el procedimiento abreviado 273/2016, entendiéndose obtenida la autorización por silencio positivo, razonando que el art. 11 del Real Decreto 240/2007 establece el plazo de tres meses para resolver el procedimiento, que la única previsión sobre el silencio administrativo negativo se encuentra en la Disposición Adicional Primera de la LO 4/2000, pero la misma se refiere a las solicitudes formuladas al amparo de dicha Ley, por lo que tratándose en este caso de la solicitud formulada al amparo de una norma distinta, como es el Real Decreto 240/2007, resulta de aplicación el principio general del art. 43 LPA en orden a la operatividad del silencio administrativo positivo en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado; en consecuencia, habiendo transcurrido sobradamente el plazo de tres meses entre la solicitud de 17 de abril de 2015 y la notificación de la resolución desestimatoria el 15 de octubre de 2017, deberá estimarse la demanda por considerar que ha intervenido la institución del silencio administrativo positivo.

Interpuesto recurso de apelación se dictó la sentencia aquí recurrida de 15 de octubre de 2019, en la que la Sala describe el planteamiento en los siguientes términos:

"Constituye el objeto del recurso contencioso-administrativo n.º 273/2016, del que ha conocido en 1.ª instancia el Juzgado de lo Contencioso n.º 10 de Barcelona, la impugnación por el actor de la resolución dictada en fecha 21 de junio de 2016 por la Subdelegación del Gobierno en Barcelona, por la que, definitivamente en vía administrativa, se denegó a aquél la solicitud de tarjeta de residencia permanente de familiar de ciudadano de la Unión Europea, formulada el 12 de noviembre de 2015, siendo el motivo de dicha denegación, en los términos de la resolución inicial, que:

"El artículo 15 del R.D. 240/2007 establece las medidas que por razones de orden público, seguridad y salud pública pueden constituir una limitación a la concesión de la Tarjeta de Residencia de Familiar de Ciudadano de la Unión, resultando éstas de aplicación a la solicitud formulada por el interesado en virtud de informes desfavorables emitidos por la Dirección General de la Policía y por el Ministerio de Justicia, desprendiéndose de ellos que la conducta personal del solicitante supone una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecta a un interés fundamental de la sociedad".

2) Se colige del expediente administrativo que el actor, originario de Paquistán, habiéndole vencido en fecha 30 de septiembre de 2015 la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea, formuló el 12 de noviembre de 2015 solicitud de tarjeta de residencia permanente de familiar de ciudadano de la Unión.

El actor se casó en fecha 23 de agosto de 2010 con Dña. Josefa, de nacionalidad española.

En fecha 27 de marzo de 2015, el Juzgado Civil n.º 4 de Mataró admitió a trámite la demanda de divorcio interpuesta por la esposa contra el actor.

3) A tenor de certificado emitido por el Registro Central de Penados en fecha 13 de noviembre de 2019, el actor fue condenado mediante Sentencia dictada en fecha 26 de noviembre de 2014, como autor de un delito de falsificación de documentos públicos del art. 390 C.P., a penas de 9 meses de prisión, suspendida en su cumplimiento durante 2 años, en virtud de Auto de fecha 11 de febrero de 2016, y multa de 720 euros, que no consta pagada.

Solicitado por la Administración actuante en fecha 22 de enero de 2016, por la DG de la Policía se emitió informe en siguiente 10 de febrero de 2016, a cuyo tenor el actor tenía un antecedente policial, de fecha 8 de febrero de 2015, por Lesiones.

4) La solicitud de tarjeta de residencia permanente de familiar de ciudadano de la Unión Europea fue denegada, en la fecha y por el motivo que se ha reseñado.

Interpuesto por la parte actora recurso contencioso, el Juzgado a quo estimó dicho recurso, a tenor de Sentencia dictada en fecha 26 de julio de 2017.

Considera dicha Sentencia (FJ 2.º in fine) que:

"Entre el momento de presentación de la solicitud en el 17/04/15 y la notificación de la resolución desestimatoria de fecha 15/10/17, transcurre sobradamente el plazo de tres meses.

En consecuencia, la demanda deberá de estimarse por considerar que ha intervenido la institución del silencio administrativo positivo".

La mención del *dies a quo* (fecha de presentación de la solicitud por parte del actor) y del *dies ad quem* (notificación de la resolución inicial), son manifiestamente erróneas en la Sentencia apelada, puesto en realidad se trató a la vista del expediente, respectivamente del 12 de noviembre de 2015 (fol. 1) y del 12 de marzo de 2016 (fols. 29 y 37)."

Entrando a resolver sobre la apreciación del silencio administrativo en la instancia, se pronuncia en los siguientes términos:

"No obstante el error reseñado, ciertamente, entre la fecha de presentación de la solicitud, 12 de noviembre de 2015, y la de la notificación de la resolución inicial, 12 de marzo de 2016, transcurrieron más de tres meses (90 días), a saber, 120 días, y aún en el más favorable cómputo para la Administración actuante, esto es, descontando los 5 días en que el actor tardó en cumplimentar el requerimiento que le fue efectuado (fols. 13 a 17), y los 19 días de suspensión hasta la recepción del informe gubernativo (fols. 19 y 23), el plazo resultante (96 días), continúa superando los 3 meses.

Sin embargo no cabe aceptar la conclusión a la que llega el Juzgado a quo (FJ 1.º), a saber, la concurrencia de silencio positivo, con cita al respecto del art. 11 del R.D. 240/2007, de la Disposición Adicional Primera de la L.O. 4/2000, llamada de Extranjería (LOEX) y del art. 43 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre.

Por cuanto no tiene en cuenta la existencia de la Disposición Adicional Segunda (" Normativa aplicable a los procedimientos") contenida en el R.D. 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, del tenor siguiente:

"En lo no previsto en materia de procedimientos en el presente real decreto, se estará a lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su Reglamento, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, y en su normativa de desarrollo, con carácter supletorio y en la medida en que no se oponga a lo dispuesto en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y el derecho derivado de los mismos".

2) Así las cosas, debe estarse, resultando de aplicación al caso, a lo razonado en la Sentencia de esta Sala y Sección de 2 de marzo de 2016, rec. 358/2013, FJ 2.º:

"Como se ha dicho, el actor fundamenta este recurso en un primer motivo en el sentido que la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea quedó concedida por silencio administrativo.

Según dispone el artículo 8.4 del Real Decreto 240/2007 el plazo para resolver las solicitudes de tarjeta de residencia de ciudadano de la Unión Europea es de tres meses, plazo que cuenta desde el día siguiente de la presentación de la petición. En el caso que nos ocupa se produjo efectivamente una situación de silencio puesto que la solicitud de licencia fue presentada el día 9 de noviembre de 2011, mientras que la resolución no fue dictada hasta el 27 de febrero de 2012.

La cuestión es el sentido de dicho silencio. Si el silencio es positivo, conlleva un auténtico acto presunto de concesión de la tarjeta solicitada ( artículo 43.3 de la Ley 30/92 ) de forma que la Administración no puede desconocer tal circunstancia y el acto expreso no puede más que confirmar el acto presunto consumado por silencio ( artículo 43.3 de la Ley 30/92 ). En este sentido, un posterior acto expreso denegatorio de la tarjeta constituiría una revocación ilegítima en tanto que la revocación sólo sería posible mediante los procedimientos específicos de revisión de oficio o declaración de lesividad previstos al efecto en los artículos 102 y 103 de la Ley mencionada.

Ciertamente el artículo 43.2 de la Ley 30/92 introduce la regla general de silencio positivo o de acto presunto por transcurso del plazo de resolución. A su vez, la disposición adicional primera de la Ley orgánica 4/2000 establece que la no resolución en plazo de las solicitudes cursadas en materia de extranjería es una circunstancia que puede ser interpretada en sentido desestimatorio con las únicas excepciones previstas en el mismo precepto, que no son el caso. El cuadro de referencias legislativas aplicables se cierra con la disposición final cuarta y la disposición adicional segunda del Real Decreto 240/2007, resoluciones que limitan la aplicación supletoria del régimen general de extranjería -tanto de la ley como del reglamento- a los casos favorables.

Pues bien, el juego de tales preceptos ha sido interpretado por esta Sala y sección en el sentido de entender que la cláusula de regulación más favorable se establece respecto la elección entre ordenamiento interno y el ordenamiento comunitario. Por ello, al no existir previsión sobre silencio administrativo en el ordenamiento comunitario, no juega tal regla de elección de régimen jurídico.

Situados pues en la perspectiva de derecho interno, hemos considerado que las lagunas del régimen de extranjeros de familiares de ciudadanos comunitarios se integran ordinariamente a partir de la normativa general de extranjería, que es un ordenamiento especial y por tanto preferente al general. Así nos hemos manifestado en sentencia n.º 280/2015, de 23 de abril (apelación n.º 334/2012 ):

"Resulta de aplicación lo dispuesto en la disposición adicional 2.ª del Real Decreto 240/2007, a cuyo tenor, en lo no previsto en materia de procedimientos en dicha disposición reglamentaria, se estará a lo dispuesto con carácter general en la Ley Orgánica 4/2000 y en su Reglamento, además de en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en su normativa de desarrollo, con carácter supletorio, en la medida en que no se oponga a lo dispuesto en la normativa europea.

Resulta de ello que, en lo que no prevea de forma específica el Real Decreto 240/2007 en materia de procedimientos, se aplican las previsiones generales de la Ley Orgánica 4/2000 y en su Reglamento, lo que remite a la disposición adicional 1.ª de dicho texto legal, que establece, como norma general, que las solicitudes de autorización se entenderán desestimadas por silencio administrativo, salvo en los supuestos contemplados específicamente en el apartado 2.º de la misma disposición adicional. Además, la remisión que el Real Decreto 240/2007 hace a la normativa general de procedimiento administrativo lo es con el carácter de supletoria de segundo grado, puesto que sólo será aplicable en defecto de previsión expresa en la Ley Orgánica 4/2000 y en su Reglamento.

Una remisión similar a la referida Ley Orgánica se contiene en la disposición final 4.ª, apartado 2, del Real Decreto 240/2007, si bien en este caso se refiere a la normativa de carácter sustantivo, y no procedimental como en el caso anterior. Pues bien, sólo en cuanto a dichas normas sustantivas se contiene la salvaguarda de que se trate de disposiciones más favorables al interesado, lo que viene a

ser plasmación de lo establecido en el artículo 1.3 de la Ley Orgánica 4/2000, que invoca el recurrente (aunque, por error, cita en su recurso el artículo 3.1).

Por todo ello, debe concluirse que resulta aplicable en este caso lo que establece la disposición adicional 1.ª, apartado 1, de la Ley Orgánica 4/2000, lo que conduce a descartar que la solicitud del actor hubiera sido estimada por silencio administrativo positivo."

Rechazada la obtención de la autorización de residencia solicitada por silencio positivo, la Sala de apelación examina la cuestión de fondo, confirmando la legalidad de la resolución adoptada por la Administración, cuestión de fondo que no se discute en este recurso de casación.

SEGUNDO.- Una vez notificada la sentencia, por la representación procesal de D. Demetrio se presentó escrito de preparación de recurso de casación, en los términos previstos en el art. 89 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/1015, que se tuvo por preparado por auto de 15 de marzo de 2020, ordenando el emplazamiento de las partes ante esta Sala de Tribunal Supremo, con remisión de los autos y del expediente administrativo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes, por la Sección Primera de esta Sala se dictó auto de 10 de junio de 2021 admitiendo el recurso de casación preparado, al apreciar interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia y declarando que la cuestión planteada en el recurso, que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, consiste en determinar: "cuál es el sentido del silencio administrativo en las solicitudes de tarjeta de residencia permanente de familiar de ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo."

Se identifican como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, las siguientes: Arts. 11.1, DA2.ª y DF. 4.ª.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, y, DA1.ª de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

CUARTO.- Abierto el trámite de interposición del recurso, se presentó el correspondiente escrito, con exposición razonada de las infracciones que denuncia y precisando el sentido de las pretensiones que deduce, solicitando que se estime el recurso en el sentido de:

"1.º Anular las resoluciones de la Subdelegación del Gobierno en Barcelona de 15 de octubre de 2015 y 8 de febrero de 2016, declarando el derecho del actor a la concesión de la tarjeta permanente,

2.º Declare que la única interpretación posible y ajustada a Derecho del los artículos 21.4 Ley 39/15, 42 Ley 30/90, DA 2 y DF 4 RD 240/2007 y DA 1.ª LO 4/2000, es que el régimen aplicable al silencio administrativo de las solicitudes de tarjeta permanente realizadas al amparo del RD 240/2007 es el régimen positivo y por lo tanto estimatorio;

3.ª Subsidiariamente, declare que la única interpretación posible y ajustada a Derecho de los artículos 21.4 Ley 39/15, 42 Ley 30/90, DA 2 y DF 4 RD 240/2007 y DA 1.ª LO 4/2000, es que el régimen aplicable al silencio administrativo de las solicitudes de tarjeta permanente realizadas al amparo del RD 240/2007 cuando el solicitante ya se hallaba en alguno de los supuestos del artículo 9.4 RD 240/2007, es el régimen positivo y por lo tanto estimatorio."

QUINTO.- Dado traslado para oposición a la parte recurrida, se presentó escrito por el Abogado del Estado argumentando en contra del planteamiento del recurso y solicitando su desestimación y la confirmación de la sentencia recurrida.

SEXTO.- Por providencia de 12 de noviembre de 2021, no considerándose necesaria la celebración de vista, se señaló para votación y fallo el día 18 de enero de 2022, fecha en la tuvo lugar.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el escrito de interposición del recurso se denuncia la infracción del art. 43.1 de la Ley 30/92, al considerar de aplicación el silencio positivo, por tratarse de procedimiento y solicitud en el seno de la Directiva 2004/38, que se refiere a derechos preexistentes que deben ser declarados, no constituidos, por la Administración del Estado miembro, salvo el caso de que concurran razones imperiosas de interés general, o una norma con rango de Ley o de Derecho comunitario establezca lo contrario, y ninguna "razón imperiosa de interés general" parece justificar que la autorización de residencia de larga duración no se deba resolver antes de tres meses, y la tarjeta permanente pueda la Administración demorar cuanto guste.

Alternativamente denuncia la infracción del artículo 11.1 del RD 240/2007, en relación con la DA 2 y DF 4 RD 240/2007 y DA 1.ª LO 4/2000, entendiendo que aunque la cuestión esta resuelta por sentencia de 24 de junio de 2019 para el caso de las tarjetas de residencia temporal de familiar de ciudadano comunitario, no lo está respecto de la residencia permanente, como es el caso, alegando que pudo optar por la autorización de residencia de larga duración al amparo del artículo 148 y ss RD 557/2011 y que si el administrado sujeto al régimen general de la LO 4/2000 -DA 1.ª 2.ª-, tiene derecho al silencio estimatorio de su solicitud de autorización de residencia de larga duración, idéntico derecho debería conferirse al solicitante de tarjeta permanente de familiar de residente comunitario. En otro caso se estaría haciendo de peor condición a los titulares de residencia comunitaria, que a los titulares de autorizaciones de residencia del régimen general.

Añade para justificar esta asimilación otras razones como: la consideración del silencio administrativo positivo en relación con derechos preexistentes y la evolución de la regulación al efecto; el caso particular de los interesados que se acogen a alguno de los supuestos del artículo 9 bis RD 240/2007, que pueden cursar la solicitud bien por la vía de la solicitud de autorización de residencia de larga duración bien por la solicitud de tarjeta de residencia permanente, considerando que no consentiría la cláusula de régimen más favorable de la DF 4.ª RD 240/2007, hacer de peor condición al solicitante de idéntico derecho por el cauce del RD 240/2007 que al que solicite por el cauce de la LO 4/2000 si materialmente lo asisten ambos derechos; y que, si el régimen del silencio es derecho material y no procedimental, la DF 4.ª RD 240/2007 impondría la aplicación del régimen más favorable ante idéntico supuesto de hecho: y en este caso el supuesto de hecho idéntico es el de la solicitud de autorización de residencia de larga duración, sujeto a régimen de silencio positivo.

Finalmente invoca la conocida STJUE en caso [Ibrahima Diallo, C-246/17, ap.47 y 50], que falló que la Directiva 2004/38 se opone a una normativa nacional, la belga, que obliga a las autoridades nacionales competentes a expedir de oficio una tarjeta de residencia de miembro de la familia de un ciudadano de la Unión al interesado si se sobrepasa el plazo de seis meses establecido en el artículo 10, apartado 1, de la Directiva 2004/38, sin comprobar previamente si el interesado reúne efectivamente los requisitos para residir en el Estado miembro de acogida de conformidad con el Derecho de la Unión.

Señala al efecto que la Administración disponía de mecanismos para suspender los efectos del procedimiento, incluido el silencio positivo, y si no recurrió a los mismos debemos tener por probado que sí estaba comprobado que se reunían los requisitos, pero no se resolvió hasta pasado el plazo legalmente establecido; y que dicha sentencia, cuando dice que la regulación de los procedimientos es materia de los estados miembros, añade la precisión: "a condición de que se observen los principios de efectividad y de equivalencia", por lo que, mientras esté vigente en nuestro Ordenamiento una norma ( DA 1.ª LO 4/2000) que sujeta a silencio positivo o negativo solicitudes que sin embargo

proviene de idéntico derecho material -autorizaciones de residencia de larga duración y tarjetas permanentes-, los principios de efectividad y equivalencia del derecho comunitario y la jurisprudencia que lo interpreta impone que se aplique el régimen que resulte más favorable para el ciudadano comunitario o sus familiares.

Alternativamente, denuncia la infracción del artículo 24.1 Ley 39/15, con relación a la vulneración del art.9.1 y 9.3 CE, principio de legalidad y jerarquía normativa, DA 2 y DF 4 RD 240/2007, y DA 1.ª LO 4/2000, razonando al efecto que no existe norma con rango de ley que determine qué tipo de procedimiento deba seguir el autorizado a residir por virtud del RD 240/2007, al contrario solo hay una remisión a que, en lo no regulado, se aplicarán los procedimientos de la LO 4/2000, y en los procedimientos que allí se regulan no hay mención alguna a procedimientos semejantes a los del RD 240/2007: solo el de autorización de residencia de larga duración, por tanto es un reglamento y la potestad ejecutiva, el que va a decidir que régimen de silencio corresponderá a sus procedimiento, en este caso con la sencilla remisión a una norma como es la LO 4/2000, cuando podría perfectamente haber sido la Ley 30/92 o la 39/15, harto más favorable ambas a la hora de garantizar a los administrados la obligación de resolver de la Administración. Por lo que la DA 2.ª del RD 240/2007, o bien es ilegal si lo que se pretende es establecer un efecto de silencio negativo al transcurso del plazo máximo para resolver, porque no corresponde a la potestad reglamentaria determinar el régimen de silencio administrativo, o bien se está produciendo una delegación encubierta de la potestad de definir las consecuencias del silencio al permitir que sea el Gobierno a través de la potestad reglamentaria el que determine qué es renovación, qué es modificación, cuándo se le va a llamar modificación, cuándo prórroga, cuándo renovación, cuándo larga duración o en cuál de los procedimientos incardinarse los elementos materiales que regula en su seno el RD 240/2007.

Por su parte, el Abogado del Estado, en su oposición al recurso se refiere a la remisión de la Disposición Adicional Segunda del RD 240/2007, en lo no previsto sobre procedimiento, a la LO 4/2000, cuya Disposición Adicional Primera, párrafo primero, establece con carácter general el silencio administrativo negativo cuando transcurra el plazo establecido para la notificación de las correspondientes solicitudes. Razona que es lógica la remisión del Real Decreto a la norma que con carácter general regula la materia de extranjería y ya sólo con un carácter residual acudiríamos a la citada Ley 30/92 (hoy Ley 39/2015). Conclusión que también se extrae de la lectura del art. 43.1 de la citada Ley 30/92 y, en el mismo sentido, del art. 24 de la actual Ley 39/2015.

Invoca al efecto la sentencia de 24 de junio de 2019, que reproduce, señalando que ninguna razón existe para no aplicar la doctrina anterior *mutatis mutandis* a la residencia de carácter permanente.

Y en cuanto a la cuestión en el ámbito europeo, reproduce la STJUE dictada en el caso I.D. contra el Estado belga, asunto C.246/17 en los siguientes términos:

"Sobre la quinta cuestión prejudicial.

44.-Mediante su quinta cuestión prejudicial, que procede examinar antes que las cuestiones prejudiciales tercera y cuarta, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, esencialmente, si la Directiva 2004/38 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que obliga a las autoridades nacionales competentes a expedir de oficio una tarjeta de residencia de miembro de la familia de un ciudadano de la Unión al interesado, si se sobrepasa el plazo de seis meses establecido en el artículo 10, apartado 1, de la Directiva 2004/38, sin comprobar previamente que el interesado reúne efectivamente los requisitos para residir en el Estado miembro de acogida de conformidad con el Derecho de la Unión.

45.-A este respecto, procede señalar que la Directiva 2004/38 no contiene disposición alguna que rijan las consecuencias que se derivan del incumplimiento del plazo establecido en el artículo 10, apartado 1, de la Directiva, pues dicha cuestión está comprendida, en principio, dentro de la autonomía de

procedimiento de los Estados miembros a condición de que se observen los principios de efectividad y de equivalencia (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de marzo de 2016, Bensada Benallal, C-161/15, apartado 24).

46 En este marco, si bien el Derecho de la Unión no se opone en absoluto a que los Estados miembros establezcan regímenes de aceptación o de autorización implícita, es necesario que tales regímenes no sean contrarios al efecto útil del Derecho de la Unión.

47 A este respecto, como se desprende del artículo 10, apartado 1, de la Directiva 2004/38, el derecho de residencia de los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, en el sentido del artículo 2, punto 2, de dicha Directiva, será "reconocido" mediante la expedición de una tarjeta de residencia de miembro de la familia de un ciudadano de la Unión. A estos efectos, el artículo 10, apartado 2, de la referida Directiva enuncia los documentos para demostrar la condición de "miembro de la familia" en el sentido de la Directiva 2004/38, que los ciudadanos de Estados terceros deben presentar a fin de obtener dicha tarjeta de residencia.

48 Pues bien, como se desprende de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la entrega de un permiso de residencia, como el previsto en el artículo 10, apartado 1, de la Directiva 2004/38, a un nacional de un Estado tercero, no debe considerarse un acto constitutivo de derechos, sino un acto de reconocimiento, por parte de un Estado miembro, de la situación individual de un nacional de un Estado tercero en relación con las disposiciones del Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de julio de 2011, Dias, C-325/09, apartado 48, y de 12 de marzo de 2014, O. y B., C-456/12, apartado 60).

49 El carácter declarativo de las tarjetas de residencia implica que estas reconocen un derecho de residencia preexistente del interesado ( sentencias de 25 de julio de 2008, M. y otros, C- 127/08, EU:C:2008:449, apartado 52, y de 21 de julio de 2011, Dias, C-325/09, EU:C:2011:498, apartado 54).

50 Por lo tanto, el artículo 10, apartado 1, de la Directiva 2004/38 se opone a que la tarjeta de residencia de miembro de la familia de un ciudadano de la Unión se expida a un nacional de un Estado tercero que no reúna los requisitos establecidos por ella para su otorgamiento.

51 En estas circunstancias, aunque nada impide que una normativa nacional establezca que el silencio de la administración competente durante un período de seis meses a contar desde la presentación de la solicitud equivalga a una decisión denegatoria, los propios términos de la Directiva 2004/38 se oponen, en cambio, a que equivalga a una decisión de aceptación.

52 Sin embargo, en el presente asunto, por una parte, se desprende de los autos presentados al Tribunal de Justicia que el demandante no puede invocar la condición de "ascendiente directo a cargo" del ciudadano de la Unión de que se trata, en el sentido del artículo 2, punto 2, letra d), de la Directiva 2004/38 y del artículo 4, apartado 2, letra a), de la Directiva 2003/86, de manera que no puede considerarse un "miembro de la familia" en el sentido de dichas disposiciones (véase, en este sentido, la sentencia de 8 de noviembre de 2012, I., C-40/11, EU:C:2012:691, apartado 54).

53 Pues bien, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la Directiva 2004/38 no reconoce derechos de entrada y de residencia en un Estado miembro a todos los nacionales de terceros países, sino únicamente a aquellos que son "miembros de la familia", en el sentido del artículo 2, punto 2, de esta Directiva, de un ciudadano de la Unión que haya ejercido su derecho de libre circulación estableciéndose en un Estado miembro distinto del de su nacionalidad ( sentencia de 8 de noviembre de 2012, I., C-40/11, EU:C:2012:691, apartado 51).

54 Por otra parte, se desprende de los autos remitidos al Tribunal de Justicia, así como de las precisiones hechas por el Gobierno belga en la vista, que la normativa nacional controvertida en el litigio principal establece la expedición automática de tarjetas de residencia de miembro de la familia



de un ciudadano de la Unión en virtud de la cual la autoridad nacional competente debe expedir de oficio tales tarjetas a los solicitantes cuando se sobrepasa el plazo de seis meses del artículo 10, apartado 1, de la Directiva 2004/38.

55 Tal sistema, al permitir la expedición de la tarjeta de residencia a una persona que no reúna los requisitos para obtenerla, es contrario a los objetivos de la Directiva 2004/38.

56 Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la quinta cuestión prejudicial que la Directiva 2004/38 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que obliga a las autoridades nacionales competentes a expedir de oficio una tarjeta de residencia de miembro de la familia de un ciudadano de la Unión al interesado, si se sobrepasa el plazo de seis meses establecido en el artículo 10, apartado 1, de la Directiva 2004/38, sin comprobar previamente si el interesado reúne efectivamente los requisitos para residir en el Estado miembro de acogida de conformidad con el Derecho de la Unión".

A la vista de dicha sentencia y frente al planteamiento de la parte recurrente sobre la equiparación a las autorizaciones de residencia de larga duración y el silencio positivo al amparo del párrafo segundo de la DA 1.ª de la LO 4/2000, señala que, aun en la hipótesis de aceptar dicho planteamiento, las solicitudes de autorización de residencia de larga duración no constituyen término de comparación hábil respecto al estatuto de los ciudadanos de la UE ni en cuanto a los requisitos y consecuencias de ambas ni desde el punto de vista de las normas de la Unión, recordemos que en el caso de las autorizaciones de residencia de larga duración se deja a las legislaciones de los Estados miembros libertad para establecer las consecuencias de la ausencia de una resolución al expirar el plazo del procedimiento para obtener el estatuto de residente de larga duración ( Directiva 2003/109/CE, art. 7.2), precepto inexistente en la Directiva 2004/38/CE 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.

SEGUNDO.- La resolución del recurso, en los términos que viene planteado, supone responder, esencialmente, a dos cuestiones: primera, la determinación de las fuentes legales aplicables al silencio administrativo en los procedimientos seguidos conforme al Real Decreto 240/2007; y segunda, la interpretación o alcance de los preceptos que resulten aplicables.

La primera cuestión ya ha sido examinada por esta Sala en la sentencia de 24 de junio de 2019 (rec. 1307/2018), citada por ambas partes, en la cual se llega a la consideración de la aplicación, en lo no previsto por el RD 240/2007, de lo establecido en la legislación sectorial de extranjería, Ley Orgánica 4/2000 y su Reglamento y, solo en su defecto, la legislación general en materia de procedimiento administrativo, todo ello en interpretación y de acuerdo con la Disposición Adicional Segunda del propio RD 240/2007 y las previsiones de la Disposición Adicional Primera de la LO 4/2000.

Así se razona en dicha sentencia que: "Para responder a la cuestión planteada en el auto de admisión es obligado tener en cuenta que el artículo 8 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, prevé en su apartado 4 que ""La expedición de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión deberá realizarse en el plazo de los tres meses siguientes a la presentación de la solicitud"" y en su disposición adicional segunda que ""En lo no previsto en materia de procedimientos en el presente real decreto, se estará a lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su Reglamento, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, y en su normativa de desarrollo, con carácter supletorio y en la medida en que no se oponga a lo dispuesto en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y el derecho derivado de los mismos"".

Puede observarse con la lectura de la indicada disposición adicional segunda que a efectos procedimentales se establece en ella un orden respecto a la normativa aplicable, al prevenir que en primer lugar ha de estarse a la normativa del propio Real Decreto; en su defecto, y en segundo lugar, a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y a su reglamento; y, en tercer lugar, a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Pues bien, siendo de aplicación a las solicitudes de tarjeta de residencia temporal de familiar de ciudadano de la Unión Europea el citado artículo 8 del reseñado Real Decreto 240/2007, en el que ni en dicho precepto ni en otro de su articulado se regulan los efectos de no dictarse resolución en el plazo de los tres meses siguientes a la formulación de la solicitud, la respuesta a la cuestión planteada en el auto de admisión no puede ser otra, en aplicación de la disposición adicional primera, apartado 1, de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que el régimen aplicable al silencio administrativo en los expedientes de solicitud de residencia temporal de familiar de ciudadano europeo, es el previsto en el apartado 1 de la indicada disposición adicional en el que se previene que ““El plazo general máximo para notificar las resoluciones de las solicitudes de autorizaciones que formulen los interesados a tenor de lo previsto en esta Ley será de tres meses, contados a partir del día siguiente al de la fecha en que hayan tenido entrada en el registro del órgano competente para tramitarlas; ello, sin perjuicio del plazo máximo de 15 días naturales establecido por la normativa comunitaria en relación con procedimientos de solicitud de visado de tránsito o estancia (así como de las excepciones previstas en la misma para su posible ampliación). Transcurrido el plazo para notificar las resoluciones de las solicitudes, salvo lo dispuesto en el apartado siguiente, éstas podrán entenderse desestimadas””. Esto es, que transcurridos los tres meses de la solicitud sin notificar de la resolución el silencio opera de forma negativa, pudiendo el interesado recurrir.

Y es que el régimen general que sobre el silencio positivo establece el artículo 43.1 de la Ley 30/92 al prevenir que: ““En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario””, cede ante el régimen especial.”

Pues bien, ninguna alegación de las formuladas por las partes en este proceso vienen a desvirtuar de manera fundada los razonamientos de dicha sentencia, cuyo criterio compartimos y confirmamos por las mismas razones.

Otra cuestión es, como ya hemos indicado, la interpretación o el alcance de la referida Disposición Adicional Primera de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, relativa al plazo máximo para la resolución de expedientes, según la cual: "1. El plazo general máximo para notificar las resoluciones de las solicitudes de autorizaciones que formulen los interesados a tenor de lo previsto en esta Ley será de tres meses, contados a partir del día siguiente al de la fecha en que hayan tenido entrada en el registro del órgano competente para tramitarlas; ello, sin perjuicio del plazo máximo de 15 días naturales establecido por la normativa comunitaria en relación con procedimientos de solicitud de visado de tránsito o estancia (así como de las excepciones previstas en la misma para su posible ampliación). Transcurrido el plazo para notificar las resoluciones de las solicitudes, salvo lo dispuesto en el apartado siguiente, éstas podrán entenderse desestimadas.

2. Las solicitudes de prórroga de la autorización de residencia, la renovación de la autorización de trabajo, así como las solicitudes de autorización de residencia de larga duración que se formulen por

los interesados a tenor de lo dispuesto en la presente Ley Orgánica se resolverán y notificarán en el plazo máximo de tres meses contados a partir del día siguiente al de la fecha en que hayan tenido entrada en el registro del órgano competente para tramitarlas. Transcurrido dicho plazo sin que la Administración haya dado respuesta expresa, se entenderá que la prórroga o renovación han sido concedidas.

3. Las solicitudes de modificación de la limitación territorial o de ocupación de las autorizaciones iniciales de residencia y trabajo se resolverán y notificarán por la administración autonómica o estatal competente en el plazo máximo de un mes. Transcurrido dicho plazo sin que la Administración haya dado respuesta expresa, se entenderá que la solicitud ha sido concedida."

Se desprende de dicho precepto, sin ninguna dificultad, que en el apartado primero se regula el régimen general de las solicitudes de autorizaciones formuladas al amparo de dicha normativa, estableciendo el silencio negativo para las mismas, salvo lo dispuesto en el apartado siguiente, salvedad que nos sitúa ante las solicitudes de prórroga de las autorizaciones, y autorizaciones de residencia de larga duración, en cuyo caso se establece la regla del silencio positivo. Con ello se está distinguiendo claramente entre el acceso inicial a las autorizaciones correspondientes y la prórroga o renovación de las mismas, lo que tiene su justificación lógico jurídica en el hecho de que, en esta situación, el interesado ya ha acreditado el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos y ha disfrutado de la pertinente autorización y consiguiente regularización de su situación en España, de manera que la prórroga o renovación es consecuencia de la previa declaración administrativa y sujeta, únicamente, a la solicitud de renovación en las condiciones legalmente establecidas, por lo que no resultaría conforme a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima una denegación presunta, en virtud del silencio administrativo, por el incumplimiento del deber de la Administración de resolver sobre la petición de prórroga o renovación en el plazo establecido al efecto. Más aun teniendo en cuenta que la Administración dispone de las facultades que la normativa le reconoce para adoptar las resoluciones pertinentes sobre el mantenimiento de las autorizaciones concedidas e, incluso, la aplicación de un régimen de infracciones y sanciones.

Este planteamiento justifica la expresa referencia, en este apartado segundo del precepto, a la autorización de residencia de larga duración, ya que la misma responde y tiene como presupuesto el haber disfrutado de residencia temporal durante cinco años, es decir, de un considerable periodo de residencia legal (art. 32 LOEX).

Por otra parte, que la justificación de este distinto régimen del silencio administrativo, negativo o positivo, se encuentra en el hecho de que se trate de solicitudes de autorización iniciales o renovadas, resulta del apartado tercero de la propia Disposición Adicional Primera, cuando se refiere expresamente a las modificaciones de las autorizaciones iniciales de residencia y trabajo y las sujeta al régimen de silencio administrativo positivo, a diferencia de la previsión general del apartado primero.

Pues bien, siendo esta la interpretación que se entiende procedente de la Disposición Adicional Primera de la LOEX, sobre el régimen del silencio administrativo en relación con las solicitudes de autorización de residencia, y siendo aplicable a las que se formulan al amparo del RD 240/2007 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, habrá de tenerse en cuenta, también en este caso de los ciudadanos de la Unión y sus familiares, la distinta previsión según se trate del acceso inicial a la autorización (silencio negativo) o de las renovaciones o autorizaciones que traigan causa de una situación de residencia legal previa (silencio positivo).

Y este el caso de la autorización de residencia de carácter permanente de los ciudadanos de un Estado de la Unión y de los miembros de su familia, a que se refiere el art. 10 del RD 240/2007, a la que tienen derecho quienes hayan residido legalmente en España durante un periodo continuado de cinco años, derecho que no está sujeto a las condiciones previstas en el capítulo III (sobre estancia y

residencia), debiéndose expedir la correspondiente tarjeta de residencia permanente, a petición del interesado, en el plazo de tres meses desde la fecha de la solicitud (art. 11). Situación y autorización equiparable, en estos aspectos, a la residencia de larga duración del régimen general de la LOEX. Por ello ha de entenderse que, en este caso de la residencia permanente (a diferencia de la residencia temporal a que se refería la sentencia de 24 de junio de 2019), la falta de resolución de la solicitud en plazo determina su concesión por silencio positivo.

Dicha interpretación no supone contradicción con la doctrina del TJUE sentada en la sentencia dictada en el caso I.D. contra el Estado belga, asunto C.246/17, a que se refiere el Abogado del Estado, pues, según resulta de los propios párrafos que antes se han reproducido, dicha sentencia se está refiriendo al acceso inicial a la correspondiente autorización de residencia y en tal sentido considera contrario al Derecho de la Unión la expedición "de oficio una tarjeta de residencia de miembro de la familia de un ciudadano de la Unión al interesado, si se sobrepasa el plazo de seis meses establecido en el artículo 10, apartado 1, de la Directiva 2004/38, sin comprobar previamente si el interesado reúne efectivamente los requisitos para residir en el Estado miembro de acogida de conformidad con el Derecho de la Unión".

Y por otra parte, queda a salvo el ejercicio por la Administración de las facultades que el ordenamiento jurídico sectorial le atribuye sobre el control de la regularidad y mantenimiento se la situación de residencia legal del interesado.

TERCERO.- Por todo ello y en respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo planteada en el auto de admisión, ha de entenderse que: a falta de resolución en plazo de las solicitudes de tarjeta de residencia permanente de familiar de ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo formulada al amparo del Real Decreto 240/2007, opera el silencio administrativo positivo y, en consecuencia, han de entenderse concedidas.

CUARTO.- La interpretación de las normas que se acaba de establecer, conduce a la estimación del recurso de casación en cuanto en la sentencia recurrida se entiende aplicable al caso el silencio administrativo negativo en contra de dicha interpretación, por lo que procede su casación y la estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Barcelona de 21 de junio de 2016, que confirma en alzada la resolución de la Oficina de Extranjería en Barcelona de 17 de marzo de 2016 que deniega la solicitud de tarjeta de residencia permanente de familiar de ciudadano comunitario, en el sentido de declarar el derecho del recurrente a la concesión de la autorización de residencia permanente solicitada.

QUINTO.- No ha lugar a la imposición de las costas de este recurso al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes, de manera que, como determina el art. 93.4 de la Ley jurisdiccional, cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecidas en el fundamento jurídico tercero:

Estimar el recurso de casación n.º 3105/2020, interpuesto por la representación procesal de D. Demetrio contra la sentencia de 15 de octubre de 2019, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, estimando el recurso de apelación 724/2017, que casamos; en su lugar estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Barcelona de 21 de junio de 2016, que confirma en alzada la resolución de la Oficina de Extranjería en Barcelona de 17 de marzo de 2016 que

deniega la solicitud de tarjeta de residencia permanente de familiar de ciudadano comunitario, en el sentido de anular dicha resolución y declarar el derecho del recurrente a la concesión, por silencio positivo, de la autorización de residencia permanente solicitada; con determinación sobre costas en los términos establecidos en el último fundamento de derecho.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.