



Roj: **STS 2884/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2884**

Id Cendoj: **28079130052022100127**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **13/07/2022**

Nº de Recurso: **946/2021**

Nº de Resolución: **973/2022**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **INES MARIA HUERTA GARICANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 10979/2020,**
ATS 4738/2022,
STS 2884/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 973/2022

Fecha de sentencia: 13/07/2022

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **946/2021**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/07/2022

Ponente: Excm. Sra. D.^a Inés Huerta Garicano

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA CON/AD SEC.5

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Sinforiano Rodriguez Herrero

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: **946/2021**

Ponente: Excm. Sra. D.^a Inés Huerta Garicano

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Sinforiano Rodriguez Herrero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 973/2022

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Octavio Juan Herrero Pina, presidente

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy



D.^a Inés Huerta Garicano

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

D. Fernando Román García

En Madrid, a 13 de julio de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número **946/2021**, interpuesto por **D. Luis Alberto**, representado por la Procuradora Dña. Valentina López Valero, y con la asistencia letrada de D. Ignacio-Casimiro Alonso Cardona, contra la sentencia -nº 4358/20, de 27 de octubre- de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Cataluña, confirmatoria en apelación (264/19) de la dictada (nº 56/19, de 28 de febrero) por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Gerona que desestimó el P.A. 198/18, deducido frente a la resolución -19 de abril del mismo año- que confirmó en alzada la de 23 de febrero de 2018 que le denegó la tarjeta de residencia permanente de familiar de la UE por contar con antecedentes penales y suponer una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecta a un interés fundamental de la sociedad.

No compareció la parte recurrida.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Inés Huerta Garicano.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Antecedentes administrativos:

1.-El hoy recurrente, nacido - NUM000 de 1973- en Gambia, pareja de hecho registrada de la ciudadana española Fátima, empadronado solo en el municipio de Fornells de la Muntanya desde el 20 de junio de 2017, titular de una tarjeta de residencia temporal de familiar de ciudadano de la UE (que no consta en el expediente, ni su fecha de otorgamiento y caducidad), solicitó -13 de julio de 2017- tarjeta de residencia de familiar no comunitario de ciudadano de la UE (en la que no se especifica la clase de tarjeta que solicita, si bien la Subdelegación del Gobierno en Gerona identifica como tarjeta de residencia permanente), presentando informe de vida laboral de su pareja de 3145 días y en el informe de vida laboral del recurrente figura de alta en la Seguridad Social durante 2308 días.

2.- Fue condenado en **sentencia firme** de la Audiencia Provincial de Barcelona **de 15 de febrero de 2007**, por delito de drogas sin grave daño para la salud pública -cometido el 14 de junio de 2005- a pena de 3 años y 8 meses de prisión y de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, 100 € de multa y responsabilidad subsidiaria en caso de impago. En **sentencia firme de 23 de octubre de 2014** fue condenado por la misma Audiencia -delito de tráfico de drogas de las que causan grave daño a la salud pública- a pena de 8 años de prisión y de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo y multa de 265.424,16 €.

3.- En resolución de 20 de octubre de 2017 se denegó la tarjeta de residencia permanente por quedar "acreditada la existencia de motivos graves de salud pública que constituyen una amenaza real, actual y suficientemente grave y que afecta a un interés fundamental de la sociedad (art.15.1.b) del R.D. 240/2007)," siendo revocada en alzada para retrotraer las actuaciones a fin de otorgar el trámite de audiencia, que una vez evacuado, se dictó nueva resolución -24 de enero de 2018- en igual sentido que la anterior.

SEGUNDO.- La sentencia recurrida:

La sentencia recurrida -confirmatoria de la del Juzgado- desestimó el recurso de apelación por entender, en sintonía con otras muchas sentencias de esa Sala, "que no es de aplicación el silencio positivo a las tarjetas de residencia de familiares comunitarios porque 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, de manera que el silencio es negativo>>. Por lo que se refiere a la alegada indebida aplicación del artículo 15 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, recuerda que dicho precepto <<establece que, en los supuestos en que el sujeto incluido en el ámbito de aplicación



del mismo tenga antecedentes, no será de aplicación la prohibición absoluta que se contiene en el artículo 31.4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, sino que deberá acudirse a las disposiciones específicas de este precepto. Significa ello que sólo podrá denegarse la expedición o renovación de las tarjetas de residencia cuando lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública. Como ha precisado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las razones de orden público o de seguridad pública que pueden justificar la denegación de la expedición de una tarjeta de residencia deben basarse exclusivamente en la conducta personal de la persona que sea objeto de aquella medida, y esta conducta debe constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad".

TERCERO.- Preparación del recurso de casación:

La representación procesal del recurrente presentó escrito de preparación de recurso de casación, en el cual, tras justificar el cumplimiento de los requisitos relativos al plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución, identificó como supuestos de interés casacional **el art. 89.2.a) LJCA**, ya que la Sentencia que se pretende recurrir en casación fija una interpretación de las normas de derecho estatal en que fundamenta el fallo, contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales han establecido en supuestos sustancialmente iguales: Stcias. 690/10, de 2 de octubre de la Sección Quinta de la Sala de Barcelona; 422/15, de 23 de septiembre, de la Sección Segunda de la Sala del País Vasco; 10365/16, de 21 de diciembre, de la Sala del T.S.J. de Castilla-La Mancha; 329/17, de 8 de mayo, de la Sección Segunda de la Sala del T.S.J. de Madrid; nº 263/17, de 12 de julio, de la Sección Tercera de la Sala de Madrid; 94/17, de 7 de marzo, de la Sección Primera de la Sala del T.S.J. de Aragón.....; **88.2.c) y 88.3.a) de la misma Ley.**

Las normas jurídicas que reputa infringidas son los artículos 1.3 y Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y 24.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En auto de la Sala de Barcelona (Sección Quinta) de 21 de diciembre de 2020, se tuvo por preparado el recurso, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el plazo de treinta días, con remisión de los autos originales y del expediente administrativo, habiendo comparecido, en tiempo y forma, únicamente la representación procesal del recurrente.

CUARTO.- Admisión del recurso:

Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo dictó auto -30 de marzo de 2022- en el que, tras recordar que la cuestión aquí concernida había sido ya resuelta por esta Sala y Sección **en sentencias de 19 de enero y 2 de febrero de 2022, por las que se estiman los recursos de casación números 3501/2020 y 5916/2020, respectivamente**, ACORDÓ:

" **1º) ADMITIR A TRÁMITE** el recurso de casación nº **946/2021**, preparado por la representación procesal de don Luis Alberto contra la sentencia de 27 de octubre de 2020 de la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Quinta) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que desestima el recurso de apelación nº 264/2019, interpuesto contra la sentencia de 28 de febrero de 2019 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Girona, por la que se desestima el P.A. nº 198/2018 deducido frente a la resolución de 20 de octubre de 2017 -confirmada en alzada por la de 19 de abril de 2018- de la Subdelegación del Gobierno en Girona, por la que se deniega la solicitud de tarjeta de residencia permanente de familiar de ciudadano de la Unión Europea.

2º) Precisar que la cuestión 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.

3º) Identificar 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: artículos 1.3 y Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y 24.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.....".

QUINTO.- Interposición del recurso:

Abierto el trámite, la representación procesal de la parte actora, presentó escrito de interposición, en el que reiteraba que "El Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de los ciudadanos de los estados miembros de la Unión Europea y del otros Estados parte en el



Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, *no contiene* ninguna previsión sobre los efectos del silencio administrativo en los procedimientos que se tramiten al amparo de lo dispuesto en dicha norma, que regula el régimen de residencia en España de los ciudadanos comunitarios y de sus familiares.

La Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 240/2007 establece 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." Asimismo, la Disposición Final Cuarta, apartado 2º, del propio Real Decreto 240/2007, establece que: "Las normas de carácter general contenidas en la citada Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, así como las normas reglamentarias vigentes sobre la materia, serán aplicables a los supuestos comprendidos en el ámbito de aplicación del presente real decreto, con carácter supletorio y en la medida en que pudieran ser más favorables y no se opongan a lo dispuesto en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, así como en el Derecho derivado de los mismos.

Así, se prevé en la norma que regula el procedimiento específico para la tramitación de las tarjetas de residencia en régimen comunitario que con carácter supletorio se aplicarán las normas de procedimiento general de extranjería, previstas en la Ley Orgánica 4/2000 y en su Reglamento, así como la Ley del procedimiento administrativo común (que en la actualidad cabe entender referida a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), en la medida que no se opongan a los tratados constitutivos de la Unión Europea y al derecho comunitario. Y también dispone que se aplicarán las normas generales (es decir, tanto sustantivas como procedimentales) del régimen ordinario de extranjería con carácter supletorio (Disposición Final Cuarta), en tanto sean más favorables y no se pongan al derecho comunitario.

Dado que no existe previsión expresa respecto del silencio administrativo en la norma que regula los procedimientos del régimen comunitario, se debe acudir con carácter supletorio a las normas del régimen ordinario de extranjería (Ley Orgánica 4/2000) y del procedimiento administrativo común (Ley 39/2015), que serán aplicables siempre que no resulten más desfavorables ni se opongan al derecho comunitario".

Además y en todo caso, dado que la solicitud se presentó el 13 de julio de 2017 y la primera resolución -20 de octubre- se notificó el 27 de octubre de 2017, había ya obtenido, por silencio positivo, la autorización de residencia permanente de familiar de ciudadano comunitario.

SEXTO.- Señalamiento

Conclusas las actuaciones, no habiéndose solicitado la celebración de vista y sin que la Sala la considerase necesaria, se señaló, para deliberación, votación y fallo, la audiencia del día 12 de julio de 2022, que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso:

Como se informaba en el Auto de admisión, la cuestión propuesta ya ha sido contestada en las recientes sentencias de esta Sala y Sección nº 32 y 118/22, de 19 de enero y 2 de febrero (Rc 3501 y 5916/20) que fijó como doctrina que **la falta de respuesta -en el plazo de tres meses- de una solicitud de tarjeta de residencia permanente de familiar de ciudadano comunitario determina su concesión por silencio positivo, doctrina que hemos de reiterar.**

Y, como decíamos en las precitadas sentencias, dos son las cuestiones a tomar en consideración: las fuentes legales aplicables al silencio administrativo en los procedimientos seguidos conforme al RD 240/07, y, 2) la interpretación y alcance de los preceptos que resulten aplicables. El precitado Real Decreto distingue entre estancia inferior a tres meses (art. 6); residencia superior a tres meses (art. 7); Residencia superior a tres meses con tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la UE (art. 8), y, residencia de carácter permanente (arts. 10 y 11).

En el plazo de tres meses desde la solicitud se expedirá la tarjeta de residencia permanente a la que tendrán derecho quienes hubieran residido legalmente en España durante un período de 5 años. La solicitud deberá presentarse durante el mes anterior a la caducidad de la tarjeta de residencia o dentro de los tres meses posteriores.



Ningún precepto establece el régimen del silencio en caso de falta de respuesta a tales peticiones, pero su Disposición Adicional Segunda, bajo la rúbrica "Normativa aplicable a los procedimientos", establece: " 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".

Así, se establece un orden respecto de la normativa aplicable al prevenir que en primer lugar ha de estarse a lo dispuesto en el Real Decreto; en segundo lugar a la LOEX y su Reglamento, y, en tercer lugar a la normativa general (Ley 39/15), de ahí que haya de acudir a la LOEX que regula el sentido del silencio en su Disposición Adicional Primera: <<Plazo máximo para resolución de expedientes>>.

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>>.

Autorización equiparable, en este aspecto, a la residencia de larga duración del régimen general de la LOEX. Por ello ha de entenderse que en caso de solicitud de residencia permanente (a diferencia de la residencia temporal a la que se refiere nuestra Sentencia de 24 de junio de 2019), la falta de respuesta en plazo determina su concesión por silencio positivo.

SEGUNDO.- Respuesta a la cuestión interpretativa planteada por el auto de admisión:

Dicho cuando antecede, la respuesta a la cuestión propuesta no puede ser otra que la que anticipamos en el F.D. Primero: **la falta de respuesta -en el plazo de tres meses- de una solicitud de tarjeta de residencia permanente de familiar de ciudadano comunitario determina su concesión por silencio positivo.**

TERCERO.- Resolución de las cuestiones que el recurso de casación suscita y pronunciamiento sobre costas:

1.- La falta de diligencia de la Administración para dar respuesta a la solicitud ha determinado la imposibilidad -salvo que se acuda a la revocación de oficio o a la declaración de lesividad- de denegar la residencia permanente en aplicación del art. 15 del Real Decreto 240/07 que prevé como Medidas por razones de orden público, seguridad y salud pública.

<<1. Cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, se podrá adoptar alguna de las medidas siguientes en relación con los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o con los miembros de su familia:

.....

b) Denegar la expedición o renovación de las tarjetas de residencia previstas en el presente real decreto.....>>.

Y desde luego las dos condenas penales por tráfico de drogas (2007 y 2014) ponen de manifiesto la peligrosidad del recurrente que hubiera justificado la denegación de la residencia permanente, sin que el buen comportamiento carcelario restara gravedad a los delitos por los que ha sido condenado, atentatorios de la seguridad pública.



Igualmente, queremos poner de manifiesto que en los expedientes que se instruyan han de constar los elementos imprescindibles para una correcta resolución administrativa y judicial y decimos esto porque no constan dos extremos esenciales: fecha de otorgamiento y de caducidad de la tarjeta de residencia temporal de familiar de la UE, antecedente obligado de la petición de residencia permanente, ganada por silencio positivo.

Procede, en consecuencia la estimación del recurso de casación.

2.-Conforme a lo dispuesto en el art. 93.4 y 139 LJCA, no se efectúa pronunciamiento respecto de las costas causadas en casación, ni en ninguna de las instancias.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

PRIMERO.- Determinar -con interpretación del art. 10 y Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 240/07 en relación con la Adicional Primera de la LOEX- que la falta de respuesta -en el plazo de tres meses- de una solicitud de tarjeta de residencia permanente de familiar de ciudadano comunitario determina su concesión por silencio positivo.

SEGUNDO.-**HA LUGAR al recurso de casación** número **946/2021**, interpuesto por **D. Luis Alberto** , contra la sentencia -nº 4358/20, de 27 de octubre- de Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Cataluña, que **SE REVOCA, ASÍ COMO** la dictada (nº 56/19, de 28 de febrero) por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Gerona, y, en consecuencia, **SE ESTIMA** el P.A. 198/18, **CON ANULACIÓN DE LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS IMPUGNADAS.**

TERCERO.- Sin pronunciamiento en materia de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.