



**T.S.JILLES BALEARS SALA CON/AD
PALMA DE MALLORCA**

SENTENCIA: 00226/2017

APEL·LACIÓ

Rotlle Sala núm. 324 de 2016

Actuacions Jutjat núm. 3 PA 235/2014

MARGARITA PALOS NADAL

Advocada . Abogada . Lawyer

c/ Cerdania 5 . Entresuelo 2º . Escalera A
07012 Palma de Mallorca . Illes Balears . España

Tel: 971.71.91.22 / Fax: 971.72.75.14 / Móvil: 646.84.86.95
Mail: margaritapalosnadal@gmail.com

SENTÈNCIA núm. 226

Il·lès. Srs. Palma, a 30 de maig de 2017

PRESIDENT:

Gabriel Fiol Gomila.

MAGISTRATS:

Pablo Delfont Maza.

Carmen Frigola Castellón. ----- VISTES per la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears el Rotlle d'apel·lació número 324 de 2016, dimanant de les actuacions número 235/2014 del Jutjat Contenciós Administratiu número 3 dels de Palma, tramitades pel procediment abreujat, seguit entre parts, d'una, com a apel·lant [REDACTED] de nacionalitat nigeriana, representat per la procuradora Sra. Gaspar de L.Hotellerie de Fallois i assistida de la lletrada Sra. Palos Nadal i com a apel·lada, l'Administració General de l'Estat, representada i dirigida pel seu lletrat.

L'objecte del recurs és la resolució dictada el dia 3 de març de 2014 per la Delegació del Govern a les Illes Balears la qual va denegar al Sr. [REDACTED], de nacionalitat nigeriana, la tarja de resident de familiar permanent de ciutadà de la Unió.

Firmado por: GABRIEL FIOL GOMILA
30/05/2017 13:51
Minerva

Firmado por: PABLO DELFONT MAZA
01/06/2017 13:45
Minerva

Firmado por: MARIA CARMEN FRIGOLA
CASTILLON
01/06/2017 13:48
Minerva

La quantia es fixà en indeterminada.

El procediment seguit ha estat el previst a la Llei Jurisdiccional 29/1998.

L'Il·lm. Sr. Gabriel Fiol i Gomila, en qualitat de Magistrat ponent expressà el parer de la Sala.

= ANTECEDENTS DE FET =

1r.- El Jutjat número 3 de l'Ordre Contenciós Administratiu de Palma, el dia 28 d'abril de 2016, dictà la sentència núm. 223 on va desestimar el recurs contenciós administratiu confirmant l'actuació administrativa impugnada.

2n.- Interposat el recurs d'apel·lació per part de la representació de la part actora, en el termini prefixat en la Llei Jurisdiccional de 1998, se li donà el tràmit processal adequat, oposant-se al mateix la direcció lletrada de la part demandada.

3r.- Per provisió s'assenyalà, per a la votació i decisió, el dia 27 d'abril de 2017.

FONAMENTS DE DRET

PRIMER.- Hem assenyalat a l'encapçalament, que la revisió jurisdiccional ho era de la resolució dictada el dia 3 de març de 2014 per la Delegació del Govern a les Illes Balears la qual va denegar [REDACTED], de nacionalitat nigeriana, la tarja de resident de familiar permanent de ciutadà de la Unió.

La sentència d'instància apel·lada, núm. 223 de 28 d'abril de 2016, dictada pel Jutjat Contenciós administratiu núm. 3 del de Palma, va desestimar el recurs contenciós.

La part recurrent, a les dues instàncies jurisdiccionals, ha interessat idèntica declaració; a saber, la que l'estimació del recurs contenciós administratiu incorporés la declaració y/o ordre a què es retrotragués l'expedient administratiu al moment anterior de la



desestimació de la referida tarja amb la finalitat d'oferir-li la possibilitat de sol·licitar altra autorització de residència de llarga durada en règim general, conforme al que es preveu als articles 147 a 150 de la Llei orgànica 4/2000, tramitar-la i concedir-se-la.

En el recurs d'apel·lació, la defensa de la part actora apel·lant, entén que ens trobem en presència d'un supòsit de discriminació entre estrangers i vulneració del principi d'igualtat per aplicació de la Directiva 2004/38/CEE, de tal manera que el seu representat, familiar de la Unió, es veu discriminat davant altres nacionals de 3ers països subjectes al règim general d'estrangeria. Tot això, clar està, en referència a la residència de llarga durada.

Afirma que, si més no, encara no hagués sol·licitat la residència de llarga durada, l'Oficina d'Estrangeria, era la que directament havia d'haver-li ofert la possibilitat de sol·licitar, precisament, la residència de llarga durada en aplicació de l'article 1.3r de la Llei orgànica 4/2000.

L'actuació administrativa, ens diu, vulnera la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea on està prohibida tota discriminació – article 21 -.

La direcció lletrada de l'Estat s'hi oposa des de la perspectiva inicial que l'apel·lant fonamenta el seu escrit en una sèrie de reiteracions ja plantejades a la primera instància. Dit l'anterior, posa un especial èmfasi en què, i als efectes del present procediment, la valoració ha de prendre en compte el concepte de residència permanent en qualsevol dels supòsits contemplats a l'article 10 del Reial decret 240/2007 i en la previsió del que disposa l'article 7.2 del Reial decret anterior.

Cita, en suport de la seva tesi, la sentència núm. 509 de 9 de setembre de 2015 d'aquest Tribunal, tal com ja ho havia fet, transcrivint-la en gran part, la sentència apel·lada, a partir del seu 3r fonament de dret.

SEGON.- El Tribunal assumeix l'exposició fàctica efectuada per la sentència apel·lada núm. 223/2016. Relació correcta i que no ha esdevingut, en cap moment, qüestionada. Veiem:

“En cuanto a los hechos relevantes ha que señalar que D. Mathew Ibeh Chukwumenye, ciudadano nigeriano, se casó el 2 de abril de 2008 con una española Jéscica Silva Macías en Calvià y obtuvo una tarjeta de residencia inicial de familiar de ciudadana de la Unión Europea en fecha 10.10.08 con validez hasta el 9.10.13. Solicitada residencia permanente de familiar de ciudadana de la UE, primero le fue archivada y de oficio dejado sin efecto el archivo, para, valorando la documentación aportada, un certificado del IMAS aprobando en concepto de Renta Mínima de Inserción a Jéscica Silva Macías, la cantidad de 553,41euros para el periodo de julio a diciembre de 2013, un contrato de seguro de enfermedad firmado el 1.01.14, una Alta en la TGSS en Régimen General de fecha 26.03.14, y un contrato eventual como ayudante de camarero con esa misma fecha de inicio resolver denegar la autorización”.

SEGON.- Veiem, aleshores el que assenyala l’article 7 del Reial decret 240 de 2007, de 16 de febrer:

“Art. 7 Residencia superior a tres meses de ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo

1. 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 :

- a) Es un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en España , o
- 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 , o
- c) Está matriculado en un centro público o privado , reconocido o financiado por la administración educativa competente con arreglo a la legislación aplicable, con la finalidad principal de cursar estudios, inclusive de formación profesional; y cuenta con un seguro de enfermedad que cubre todos los riesgos en España y garantiza a la autoridad nacional

competente , mediante una declaración o por cualquier otro medio equivalente de su elección, que posee recursos suficientes para sí y los miembros de su familia para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado español durante su período de residencia , o

d) Es un miembro de la familia que acompaña a un ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o va a reunirse con él, y que cumple las condiciones contempladas en las letras a), b) o c).

2 . El derecho de residencia establecido en el apartado 1 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 de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo 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.

3 . (...)

7 . En lo que se refiere a medios económicos suficientes, no podrá establecerse un importe fijo, sino que habrá de tenerse en cuenta la situación personal de los nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. En cualquier caso, dicho importe no superará el nivel de recursos por debajo del cual se concede asistencia social a los españoles o el importe de la pensión mínima de Seguridad Social ."

Doncs bé, aquesta Sala, va analitzar el contingut d'aquest article a la sentència 509 de 9 de setembre de 2015. Dèiem llavors en el 3r. fonament de dret, i ho reproduïm, el següent:

"TERCERO.- LA EXIGENCIA DE LOS REQUISITOS Y CONDICIONES DEL ART. 7 DELRD 240/2007, PARA LA OBTENCIÓN DEL PERMISO Y TARJETA DE RESIDENCIA PERMANENTE COMO FAMILIAR DE CIUDADANO DE LA UNIÓN .

(...)

La Administración apelante alega que el derecho a la residencia permanente no sólo está condicionado al mero transcurso del plazo de residencia continuada en España durante cinco años, sino que, además, esta residencia debe ser "legal" y considera que deja de serlo cuando

el ciudadano español que otorgaba el derecho, dejó de cumplir alguna de las condiciones que se establecían en el art. 7, cuando se le concedió el permiso inicial. En concreto, y para el caso que nos ocupa, porque dejó de acreditar " medios de vida del ciudadano de la Unión que le otorga el derecho".

En este punto, entendemos que debe hacerse una distinción entre el cumplimiento de los requisitos y condiciones del art. 7 durante el período de vigencia del permiso inicial (5 años) de los requisitos y condiciones que han de darse en el momento de solicitarse y concederse el permiso de residencia permanente, y durante el disfrute del mismo.

No ofrece dudas que para la obtención del permiso de residencia permanente no será necesario el cumplimiento de las condiciones del Capítulo III y, en concreto, no será necesario acreditar " medios de vida del ciudadano de la Unión que le otorga el derecho" para el período posterior a la solicitud del permiso de residencia permanente. Así lo precisa el art. 10.1º.

Pero cuestión distinta es si puede accederse al derecho de residencia permanente cuando durante el período de los 5 años anteriores del permiso inicial, se han incumplido las condiciones en base a las cuales se concedió.

En la interpretación de idéntica controversia con respecto a la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004 (de la que el RD 240/2007 incorpora su contenido al Ordenamiento jurídico español) se dictó la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión (Gran Sala), de 21 de diciembre de 2011, asunto C-424/2010 (Ziolkowski Szeja).

La cuestión se planteó en los siguientes términos " el tribunal remitente pide que se dilucide si el artículo 16 apartado 1 de la Directiva 2004/38 ha de interpretarse en el sentido de que debe considerarse que un ciudadano de la Unión que haya residido más de cinco años en el territorio del Estado miembro de acogida con fundamento exclusivo en el Derecho nacional de ese Estado adquiere un derecho de residencia permanente conforme a aquella disposición, siendo así que durante esa residencia no reunía las condiciones enunciadas en el artículo 7, apartado 1, de la misma Directiva" .

La sentencia va precisar:

(...)

“Así pues, en aplicación de la Directiva Comunitaria, queda claro que para la obtención del derecho de residencia permanente como familiar de ciudadano de la Unión, es necesario que durante el período de residencia inicial se hayan venido cumpliendo las condiciones enunciadas en el art. 7 de la Directiva.

Desde el momento en que el 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, se dicta para incorporar del contenido de la Directiva al Ordenamiento jurídico español, la interpretación de la normativa comunitaria en los términos expuestos debe trasladarse a la interpretación del RD 240/2007, por lo que también con éste debemos interpretar que para la obtención del permiso permanente es preciso que la residencia durante la vigencia del permiso anterior inicial haya sido "legal" y lo es si se cumplieron aquellas condiciones en base a las cuales se concedió aquella autorización. (...)

En conclusión, para la obtención del derecho de residencia permanente como familiar de ciudadano de la Unión al amparo del RD 240/2007, es necesario que durante el período de residencia continuado anterior de 5 años, se hayan cumplido de las condiciones del art 7 del RD 240/2007 , que son las mismas que las del art. 7 de la Directiva 2004/38 .

Pero una vez cumplidas tales condiciones para el período anterior, ya no podrá exigirse que se cumplan para la concesión del permiso de residencia permanente.

Pues bien, debemos revisar la doctrina del cumplimiento de los requisitos del artículo 7 del citado RD cuando se trata de extranjeros extracomunitarios que están casados legalmente con ciudadanos españoles.

Comencemos señalando que la Orden PRE/1490/2012 de 9 de julio del Ministerio de la Presidencia dicta normas para la aplicación del artículo 7 del Real Decreto 240/2007, de 16-2-2007, 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. Y nos dice en su Exposición de Motivos:

"El 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 no incluyó en su momento la totalidad de las exigencias derivadas del artículo 7 de la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento y del Consejo, de 29 de abril de 2004. Dicha situación ha implicado un grave perjuicio económico para España, en especial en cuanto a la imposibilidad de garantizar el reembolso de los gastos ocasionados por la prestación de servicios sanitarios y sociales a ciudadanos europeos, tal y como ha señalado el Tribunal de Cuentas".

En definitiva está pensando que regula los supuestos de extranjeros comunitarios que vienen a residir a España acompañados de sus familiares.

Ahora bien, cuando se trata de aplicar ese régimen también a los familiares de los ciudadanos comunitarios españoles que viven y residen en España ocurre que ese régimen ha sido objeto de análisis por el TS en sentencias de 1 de junio de 2010 dictada en el recurso de casación 114/2007 y de 20 de octubre de 2011 en el recurso de casación 1470/2009. Con el examen del RD 240/2007 el TS unificó el régimen jurídico aplicable a los familiares extranjeros del ciudadano español, que con la redacción originaria del artículo 2 del RD 240/2007 quedaban sometidos a un régimen diferente al ordenado para los familiares de los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Es por ello que la Sentencia del TS de 1 de junio de 2010 declaró la nulidad del inciso "de otro Estado miembro" del artículo 2º del RD 240/2007. Y en esa misma sentencia y en coherencia con ese pronunciamiento el TS declaró la nulidad del régimen especial que se recogía en la Disposición Adicional Vigésima del RD 2393/2004 por lo que al fin desapareció el régimen especial que se preveía para los familiares de los ciudadanos europeos españoles, los cuales quedaron equiparados a los familiares de los ciudadanos europeos no españoles situados en el ámbito subjetivo del artículo 2 del RD 240/2007 .

Pero ocurre que el Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril que se dicta para "garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones" da una nueva redacción al artículo 7 del RD 240/2007. Con esa redacción lo que se hace es trasponer el resto del artículo 7 de la Directiva 2004/38 al ordenamiento interno, de tal forma que, a partir de él, los ciudadanos de la UE y sus familiares (tanto comunitarios como extracomunitarios) no podrán obtener el derecho a residir en España sin ingresos suficientes para no ser una carga para la asistencia social del Estado Español.

Así las cosas, aplicar ese régimen tanto a los españoles, como a los comunitarios residentes en España, y a sus respectivos familiares, tanto comunitarios como extracomunitarios, resulta para los españoles un contrasentido, porque los españoles en España tienen derecho a residir libremente ya que así se lo garantiza y reconoce la Constitución en su artículo 19” .

Cal citar, en aquest sentit, la sentència núm. 50/2016 dictada per la Sala contenciosa administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Cantabria:

"(...)la literalidad del artículo 7 del Real Decreto 240/2007 también se erigen como un obstáculo a dicha interpretación pues parte de regular el derecho de residencia en España del ciudadano de la Unión Europea , derecho que para él no es absoluto y que puede ser sometido a restricciones, a diferencia del derecho de residencia del español, que consagra y reconoce el artículo 19 de la Constitución: «Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional». Reconocimiento que no llama a ningún condicionamiento legal, como sí sucede en el supuesto de entrada y salida del territorio nacional. Si se da lectura al propio precepto debatido, el artículo 7 del RD delimita el ámbito de exigencia referido al derecho de residencia de quien, en principio, no lo tiene si no cumple con determinados requisitos:

«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 (...)»

Obviamente, el derecho de residencia del español reconocido constitucionalmente no puede ser sometido a condicionamiento por un Real Decreto y, por tanto, los requisitos que a continuación establece no pueden ser exigidos al ciudadano español.

En tercer lugar, el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (por todas, ver STJUE, 15-11-2011, c-256/11 , Murat), rotundamente excluye de la Directiva 2004 a los familiares de un nacional que no ha ejercitado el derecho de libre circulación, desplazando en este caso el problema al art. 7 y 8 del CEDH si se prevén restricciones específicas en el ámbito interno, en cuanto podría afectar al derecho fundamental a la vida familiar del nacional.

Las Directivas 2003/86 y 2004/38 no son aplicables a los nacionales de terceros Estados que solicitan un derecho de residencia para reunirse con ciudadanos de la Unión miembros de su familia que nunca han ejercido su derecho de libre circulación y siempre han residido en el Estado miembro cuya nacionalidad poseen ». (...) «En su calidad de nacionales de un Estado miembro , los miembros de las familias de los demandantes en los litigios principales gozan del estatuto de ciudadano de la Unión en virtud del artículo 20TFUE, apartado 1, y, por lo tanto, pueden invocar, también frente al Estado miembro cuya nacionalidad poseen, los derechos correspondientes a tal estatuto» (...)

La sentència al·ludida, després de reconèixer que aquest no és un dret absolut i que un Estat membre ho pot limitar, afegeix:

«Ello no prejuzga ciertamente la cuestión de si existen otros fundamentos, en especial relacionados con el derecho a la protección de la vida familiar , que se oponen a que se deniegue al derecho de residencia . Esa cuestión, sin embargo, debe tratarse en el marco de las disposiciones referidas a la protección de los derechos fundamentales y en función de su aplicabilidad respectiv a». (...) si «la situación de los demandantes en éstos está regida por el Derecho de la Unión , deberá examinar si la denegación del derecho de residencia de éstos vulnera el derecho al respeto de la vida privada y familiar previsto en el artículo 7 de la Carta. Si considerase, en cambio, que esa situación no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, deberá realizar ese examen a la luz del artículo 8, apartado 1, del CEDH».

Conforme se deduce de la STUE 18-12-2015, C-202/13, McCarthy, el extranjero de un tercer Estado, familiar de un ciudadano de la Unión , tiene un derecho derivado del de éste. Como se indica en la misma, «los derechos conferidos por esa Directiva a los miembros de la familia de un beneficiario de ésta no son derechos propios de esos miembros sino derechos derivados, adquiridos en su condición de miembros de la familia del beneficiario».

Por su parte, reitera esta que la Directiva 2004/38 no es aplicable nacional que reside en su país, tal y como se deriva del art. 3.1 de la Directiva, pues conforme a dicho precepto se aplica a «cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad».

El artículo 20 del TFUE contempla el estatuto del ciudadano de la Unión invocable en el interior de su propio Estado y se opone a medidas que tengan por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos derivados de dicho estatuto.

Por tanto, al ser el del ciudadano del tercer estado un derecho derivado, necesita un derecho originario del familiar ciudadano de la Unión. Lo que implica que, al ciudadano del tercer estado se le exigirán los requisitos que el RD contempla para él (básicamente en el artículo

2) y al titular del derecho originario, los que para él se precisen. De modo que si el titular de este derecho originario lo es de otro Estado de la Unión que ejerce su libertad de circulación (beneficiario de la Directiva conforme al artículo 3.1 de la misma), deben concurrir en éste los requisitos que contempla la Directiva al amparo de su artículo 7 y que traspuso el artículo 7 de nuestro RD. Pero si es nacional del Estado en que reside (español en España), no se le exigen requisitos para residir en su propio país"

Nosaltres, a la recent sentència núm. 99 que dictàrem el dia 7 de març de 2017, en el rotlle d'apel·lació núm. 375/2016, 4t fonament de dret, vàrem dir:

“Así las cosas debemos matizar lo doctrina fijada en nuestra sentencia 509/2015 de 9 de septiembre. Los requisitos contemplados en el *artículo 7 del RD 240/2007* deben cumplirlos y se aplica a los extranjeros ciudadanos de la Unión Europea que sean residentes en España cuando quieran reunirse o acompañarse de sus familiares, pero no pueden ser exigidos esos requisitos a los propios españoles que residen en España, cuyo derecho a residir en su propio país deriva directamente de la *CE y artículo 19* y es un derecho incondicional, y no precisa de ningún otro requisito. Eso ya nos los dice el propio artículo 7 cuando indica *"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: (...)"*. Aunque es cierto que un español es ciudadano comunitario de la Unión Europea su derecho a vivir en España es incondicional y le viene autorizado por la propia *Constitución Española*. De forma que a este español, no se le puede exigir los requisitos que fija el artículo 7 para que pueda reunirse en España, que es su país, con sus familiares. En definitiva los requisitos exigibles para la obtención de tarjeta de residencia de familiar comunitario cuando se trate de un ciudadano español residente en

España, es de aplicación solamente el *artículo 8 del RD 240/2007* pero no el artículo 7 que es aplicable para los extranjeros ciudadanos comunitarios residentes en España.

En definitiva, los únicos requisitos que cabe exigir a los familiares no comunitarios del ciudadano español para obtener la tarjeta de residencia regulada en *RD 240/2007*, son los que ese artículo 8 establece con remisión al *art. 2 del Real Decreto 240/2007*, o sea, o bien el vínculo matrimonial, o bien que se trate de un vínculo afectivo estable debidamente inscrito en el Registro correspondiente, y no establece ese artículo para esos dos casos que esa persona "esté a cargo" del cónyuge.

No ocurre lo mismo en relación al resto de ciudadanos comunitarios con residencia en España, a los que sí les serán aplicables los requisitos del *artículo 7 del RD 240/2007*, de forma que para la obtención de la tarjeta de residencia permanente de familiar comunitario, en ese caso, es preciso que durante el periodo de residencia continuado anterior de 5 años, se hayan cumplido las condiciones establecidas en el artículo 7 de ese Real Decreto, y una vez cumplidas tales condiciones para el periodo anterior, ya no podrá exigirse que se cumplan para la concesión del permiso de residencia permanente".

En el 5è fonament de dret afegíem:

“QUINTO: Pues bien, sentada esa matización importante, el requisito que es exigible para la obtención de la tarjeta de residente de larga duración conforme al *artículo 148 del Real Decreto 557/2011* es haber residido legalmente y de forma continuada en el territorio español durante cinco años. No puede la Administración ampararse en que la recurrente no ha residido legalmente durante ese plazo por no cumplir con los requisitos del *artículo 7 del RD 240/2007* ya que dicho artículo no es aplicable al caso de autos en atención a lo ya expuesto. Por lo tanto debemos anular la resolución dictada que no le reconoce ese plazo temporal por ese motivo.

Pero tampoco estamos en disposición de poder valorar si cumple efectivamente con el requisito de los 5 años de residencia legal continuada, en tanto que solamente conocemos en el expediente que la recurrente estaba en poder de un permiso de residencia por familiar de ciudadano comunitario con vigencia hasta el 19 de octubre de 2014, sin saber cuándo fue expedido ese permiso, sabiendo también que dicha situación cambió al existir sentencia de

divorcio, anterior a la fecha de presentación de la solicitud de residencia de larga duración. Por ello anulamos la ~~sentencia dictada y debemos retrotraer las actuaciones al momento de que la Administración valore de nuevo la petición planteada conforme a la situación fáctica creada, y resuelva conforme a derecho, valorando exclusivamente si a fecha de la presentación de la solicitud la recurrente tenía acreditados 5 años de residencia legal continuada en España, sin necesidad de cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 7 del RD 240/2007 . De tener esa residencia legal deberá expedir el permiso de residencia de larga duración. Y para el caso de no cumplir con dicho plazo temporal se le denegará el permiso de residencia de larga duración solicitado”.~~

Doncs bé, arribem a idèntica conclusió que en el citat rotlle 375/2016, estimem parcialment el contenciós; revoquem la sentència apel·lada i anul·lem els actes administratius impugnats: Són disconformes amb l'ordenament jurídic. Estimació parcial del recurs contenciós administratiu que incorpora la declaració y/o ordre a què es retrotraguí l'expedient administratiu al moment anterior de la desestimació de la referida tarja amb la finalitat d'oferir-li la possibilitat de sol·licitar altra autorització de residència de llarga durada en règim general, conforme al que es preveu als articles 147 a 150 de la Llei orgànica 4/2000, tramitar-la i concedir-se-la si compleix amb el requisit de 5 anys de residència legal continuada i sense necessitat de complir amb els requisits fixats a l'article 7 del Reial decret 240/2007.

TERCER.- No es fa imposició de costes processals de conformitat amb l'article 139 de la Llei Jurisdiccional.

VIST els articles esmentats i d'altres disposicions de caràcter general

DECIDIM

PRIMER.- ESTIMAR el present recurs d'apel·lació contra la sentència número 223 de 28 d'abril de 2016 dictada pel Jutjat Contenciós Administratiu número 5 de Palma en el si de les seves actuacions 235/2014 tramitades pel procediment abreujat, la qual **REVOQUEM**.

SEGON.- **ESTIMAR** parcialment el contenciós administratiu. **Anul·lem** l'acte administratiu impugnat per la seva disconformitat amb l'ordenament jurídic i **acordem** la



retroacció de l'expedient administratiu al moment en què l'Administració resolguí novament la petició formulada pel Sr. [REDACTED] conforme al que s'ha assenyalat a l'anterior fonamentació jurídica.

TERCER.- No es fa imposició de costes processals.

Contra la present, i conforme a la modificació operada per la Llei Orgànica 7/2015, de 21 de juliol, en quant afecta a la Secció 3era del Capítol III del Títol IV integrada pels articles 86 a 93 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la Jurisdicció Contenciosa Administrativa, hi cap recurs de cassació per a davant el Tribunal Suprem en el termini de 30 dies comptador des del següent a la notificació de la sentència amb la forma prevista als citats articles i amb més prenent-se en compte l'acord de la Sala de Govern del Tribunal Suprem de 26 d'abril de 2016, publicat que fou en el BOE núm. 162 de 6 de juliol de 2016.

Si el recurs hagués de fundar-se exclusivament en infracció de normes emanades de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, serà competent aquest Tribunal.

Així per aquesta nostra sentència ho pronunciem, manem i signem.

PUBLICACIÓ.- Llegida i publicada que ha estat l'anterior sentència pel Magistrat d'aquesta Sala II·lm. Sr. Gabriel Fiol i Gomila ponent a aquest tràmit d'Audiència Pública, dono fe. El Secretari, rubricat.