

***SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE  
CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS***

***SECCION 1ª***

***Presidente/a Ilmo. Sr. D. Eusebio Revilla Revilla***

**SENTENCIA DE APELACIÓN**

***Número: 205/2022***

***Rollo de APELACIÓN Nº: 100/2022***

***Fecha : 15/07/2022***

Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de Burgos, procedimiento abreviado núm. 23/2021

***Ponente D. Eusebio Revilla Revilla***

***Letrado de la Administración de Justicia: Sr. Ruiz Huidobro***

***Escrito por: FVV***

**Ilmos. Sres.:**

**D. Eusebio Revilla Revilla**

**D. José Matías Alonso Millán**

**Dª. M. Begoña González García**

En la ciudad de Burgos, a quince de julio de dos mil veintidós.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, ha visto en grado de apelación el recurso núm. 100/2022, interpuesto por el ciudadano de Colombia \_\_\_\_\_ que actúa en representación del menor D. \_\_\_\_\_ representado por la procuradora D<sup>a</sup> Luisa-Fernanda Alonso Escudero y defendido por el letrado D. Gustavo-Adolfo Pietropaolo Jiménez, contra la sentencia de fecha 28 de febrero de 2022 (aclarada por auto de fecha 14 de marzo de 2.022), dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Burgos en el procedimiento abreviado núm. 23/2021 que desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el anterior contra la resolución de 18 de noviembre de 2.020, dictada por el Subdelegado del Gobierno en Burgos que desestima el recurso de alzada formulado contra la resolución de 9 de julio de 2020 dictado por la Jefa de la Oficina de Extranjería por la que se deniega la tarjeta de residencia permanente de familiar de ciudadano de la Unión \_\_\_\_\_, y ello con condena en costas a la parte actora con el límite de 300,00 euros. Ha comparecido como parte apelada la Administración del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado en virtud de la representación y defensa que por ley ostenta.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Que por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de Burgos en el procedimiento abreviado núm. 23/2021, se dictó sentencia de fecha 28 de febrero de 2.022, aclarada por auto de fecha 14 de marzo de 2.022, con el siguiente fallo:

“Teniendo en cuenta los fundamentos de derecho anteriores ACUERDO DESESTIMAR ÍNTEGRAMENTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la arriba recurrente contra la resolución indicada en el encabezamiento de esta sentencia considerando que la misma es ajustada a derecho.

Con condena en costas al recurrente en límite antedicho”.

**SEGUNDO.-** Que contra dicha sentencia se interpuso por la actora, hoy apelante, recurso de apelación mediante escrito que fue admitido a trámite, solicitando que se dicte sentencia por la que, con expresa estimación del presente recurso de apelación y revocando la sentencia apelada, se declare no conforme a derecho las resoluciones recurridas de la Subdelegación del Gobierno de Burgos, revocando dichas resoluciones y que se dicte sentencia por la que se acuerde y conceda al menor recurrente representado por su tío y tutor D. la tarjeta de residencia permanente como familiar de ciudadano de la Unión, solicitada de forma principal o de forma subsidiaria la tarjeta de residencia permanente con la condena en costas a la Administración demandada en la primera instancia.

**TERCERO.-** De mencionado recurso se dio traslado a la Administración demandada, hoy parte apelada, formulando escrito de oposición al recurso, solicitando que se dicte sentencia, desestimando el recurso, confirmando la sentencia de instancia, con expresa imposición de costas de la apelación a la parte apelante.

**CUARTO.-** En la tramitación del recurso en ambas instancias se han observado las prescripciones legales, habiéndose señalado para la votación y fallo el día 14 de julio de 2.022, lo que así efectuó.

Siendo ponente D. Eusebio Revilla Revilla, Magistrado integrante de esta Sala y Sección:

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO.- Actividad administrativa impugnada.**

Es objeto de impugnación en el presente recurso de apelación la sentencia reseñada en el encabezamiento que desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de 18 de noviembre de 2.020, dictada por el Subdelegado del Gobierno en Burgos que

desestima el recurso de alzada formulado contra la resolución de 9 de julio de 2020 dictado por la Jefa de la Oficina de Extranjería por la que se deniega la tarjeta de residencia permanente de familiar de ciudadano de la Unión a

En sendas resoluciones se deniega dicha tarjeta y ello porque la solicitud se había realizado por la Red Sara mediante representante y porque el solicitante no justifica cinco años de residencia continuada en España, y ello por lo siguiente:

“Por lo que respecta a la presentación de la solicitud manifestar que, si bien es cierto que durante este periodo las dependencias de la Subdelegación del Gobierno estuvieron cerradas, lo cual impidió que la solicitud se realizara de forma personal, no es menor cierto que esta solicitud debería haberse tramitado por Red Sara por el propio interesado con su correspondiente acreditación digital.

Igualmente hubiera sido válida la presentación de la solicitud por parte del representante legal por el sistema habilitado para ello (Mercurio) que como bien conoce esa representación en la fecha de presentación de la solicitud ya había sido suscrito el Convenio entre la Administración del Estado y el Consejo General de la Abogacía Española en relación con la gestión documental por vía electrónica...

Por lo que respecta a los cinco años de residencia continuada que ha permanecido en España no es cierto que este computo pueda realizarse desde el 20 de febrero, pues como se ha expuesto la vigencia de su no autorización se hizo efectiva en la fecha de entrada en España que fue el 30 de julio de 2015, por lo que difícilmente el 12.2.2020, día en que el que presente la solicitud pudo completar los cinco años de residencia continuada.

Carece de relevancia el hecho de la prórroga de las autorizaciones que establece la Orden SND 421/2020, de 18 de mayo, entre otras razones porque cuando se presentó la solicitud sin estar dictada la Orden, ya se había hecho uso de la misma pues si la autorización concluía el 19.2.2020, la solicitud se presentó el 12 de mayo, es decir casi tres meses después de su vencimiento y en todo caso si se hubiese hecho uso de esa prórroga, otorgada por la Orden posterior, debería haber tramitado la solicitud con posterioridad al 30 de julio”.

## **SEGUNDO.- Sentencia apelada.**

La sentencia dictada en la instancia y objeto de impugnación en el presente procedimiento desestima el recurso con base en los siguientes hechos y argumentos:

<<Sentados los términos del debate y examinado el supuesto de hecho del que parte el recurrente, que disponía de residencia temporal por reagrupación familiar respecto a su tío

otorgada en fecha 19/02/15 con efectos desde el 31/07/15, el recurso no puede ser estimado por no concurrir en él la residencia legal continuada de 5 años que exige el artículo 10 del citado RD. 240/07 a fecha de la solicitud, que tuvo lugar el 11/05/20; y es que la confusa y extensa demanda que plantea el recurrente, así como la genérica y abundante regulación que cita no supone más que una interpretación interesada de la normativa reguladora de la eficacia de los actos administrativos y de las autorizaciones de residencia temporal y permanente que le afectan que no es aplicable al caso ni al supuesto controvertido, pues no se está discutiendo aquí la eficacia de aquella residencia temporal sino verificando la concurrencia de requisitos para acceder a una residencia permanente, lo que nos sitúa automáticamente en el supuesto previsto en el art. 10 del Rd. 240/07...

No es complejo verificar en el caso que afecta al actor que a fecha de la solicitud, 11/05/20, no habían culminado los 5 años de residencia continuada puesto que la residencia temporal por reagrupación que le ha permitido una estancia legal en nuestro país no tuvo efecto, en cuanto a efectiva residencia, sino a fecha que indicó la propia resolución, la de 30/07/2015, no antes. Ello no obsta a que la autorización como documento que habilita a una estancia legal tenga efecto retroactivo a fecha en que se emite, que fue el 19/02/15, pero dicho efecto retroactivo no se extiende a la situación de facto de residencia en España, que solo vendrá determinada por la efectiva entrada en nuestro país. Cualquier otra interpretación de ese efecto retroactivo resulta subjetivo, interesado y vulnera la literalidad de las normas que cita la misma demanda para sostenerlo...

En el caso que se analiza, pretende el recurrente retrotraer efectos de la residencia autorizada por resolución de fecha 19/02/2015 a esta fecha, cuando el recurrente solo empezó a residir en nuestro país a fecha 30/07/2015, por tanto, pretende extender esa residencia a un momento en el que el supuesto de hecho era inexistente. Algo que no ampara esa normativa. Y todo ello, se reitera, con independencia de la eficacia de la autorización de residencia temporal que tiene lugar desde la fecha que se otorga, eficacia condicionada en este caso a la fecha de efectiva entrada en España, que tuvo lugar en momento temporal posterior, tal y como fue concedida a tenor del art. 56.5 del RD 557/11 y no discutida, cuando dice: "En el supuesto de que se cumpla con los requisitos establecidos para la reagrupación familiar, el órgano competente resolverá la concesión de la autorización de residencia por reagrupación, y se suspenderá la eficacia de la autorización hasta: a) Con carácter general, la expedición del visado, y la efectiva entrada del extranjero en territorio nacional durante el tiempo de vigencia de éste. En este caso, la resolución de concesión hará mención expresa a que la autorización no desplegará sus efectos hasta que no se produzca la obtención del visado y la posterior entrada en España de su titular.">>.

### **TERCERO.- Alegaciones de la parte apelante.**

Dicha parte apelante, tras recordar el iter previo al presente recurso de apelación, tras recordar que tanto en vía administrativa como en vía jurisdiccional había formulado sendas pretensiones, una principal -solicitud de tarjeta permanente como familiar de ciudadano de la Unión- y otra subsidiaria -solicitud de tarjeta de residencia permanente-, sin que esta segunda pretensión fuera resuelta incurriendo por ello en incongruencia omisiva, y tras recordar que en vía administrativa se argumentó como causa de denegación la forma de presentación de la solicitud si bien en el acto de la vista la defensa de la Administración no hace causa de ello, infringiendo por ello el principio de buena fe, tras recordar dichas cuestiones esgrime en apoyo de sus pretensiones los siguientes hechos y argumentos:

1º).- Como hechos señala los siguientes:

-Que el recurrente menor de edad es familiar, sobrino de su tío de ciudadano comunitario y con nacionalidad Española desde el 16.11.2010.

-Que mediante resolución de 20.2.2015 se concedió a dicho menor autorización de residencia temporal por reagrupación de su tutor

con una validez de cinco años, por ello hasta el 20.2.2020, habiendo realizado su entrada en España con base en dicha autorización el 30 de julio de 2.015, no habiendo salido de España desde dicha fecha.

-Que el citado menor convive con su tío en el mismo domicilio, haciéndose cargo en su condición de tutor, de su atención, manutención y vivienda, no solo en España sino también en su país de origen desde el año 2012, ante la situación de desamparo en la que se encontraba.

-Que la solicitud de residencia permanente fue presentada el 11 de mayo de 2.020, cuando estaba decretado el estado de alarma.

2º).- Como fundamentos de derecho, y tras recordar la normativa y jurisprudencia que considera aplicable, esgrime los siguientes:

2.1º).- Que se infringe el art. 210.7 del Reglamento de Extranjería y también el art. 8.5 en relación con el art. 10, ambos del RD 240/2007, con error también en la valoración de la prueba y ello porque se ha omitido que la

tarjeta de residencia del menor no coincide en su vigencia con la autorización o derecho de cinco años que le fue concedido, y ello por lo siguiente:

-Porque la sentencia apelada no tiene en cuenta ni valora la residencia previa temporal otorgada al apelante con una validez de 5 años, tampoco tiene en cuenta ni valora que hay un error en la fecha de validez y vencimiento de la tarjeta previa de residencia otorgada al menor, porque tampoco tiene en cuenta la falta de coincidencia entre el periodo de vigencia del derecho concedido y la tarjeta de residencia otorgada ya que la tarjeta se otorga con fecha de expedición el 31.7.2015 con vigencia hasta el 19.2.2020, cuando la autorización otorgada lo fue el día 19.2.2015 lo fue con un periodo de cinco años y por ello la vigencia de la tarjeta debiera serlo hasta el 31.7.2020.

-Porque ante ese error el periodo de residencia del menor que va desde la fecha de expedición de su tarjeta el 31.7.2015 hasta la fecha de 31.7.2020, que es la fecha hasta la cual debería durar su tarjeta y en virtud del derecho concedido por residencia de 5 años, debería ser entendido como periodo legal a todos los efectos y como suficiente para poder acceder a la residencia permanente solicitada.

-Porque las resoluciones recurridas lesionan el principio de confianza legítima del ciudadano en la Administración, y ello porque si se dictó una resolución administrativa que otorgaba al apelante un derecho a residir por cinco años, ahora no se le puede decir que no lleva residiendo en España dichos años por causa de un error en la expedición de la tarjeta.

3º).- Que en todo caso y por lo dicho concurre en el solicitante el requisito de la residencia legal continuada por el plazo de cinco años, de ahí que no sean conformes a derecho ni las resoluciones administrativas impugnadas ni la sentencia apelada, amen de que concurre la preexistencia del derecho de residencia del menor en virtud de la conexión y vínculo entre el ciudadano de la Unión y su familiar que está a su cargo, tal y como resulta del derecho de la UE y de la Jurisprudencia del TJUE.

4º).- Que complementaria o subsidiariamente a los anteriores argumentos hemos de considerar que ha habido prórroga y continuidad de la

residencia previa, así como de la validez de la tarjeta del menor, y ello: porque la formulación de la solicitud el 11.5.2020 prorroga la validez de la autorización, como así resulta de lo dispuesto en el art. 61 del RD 557/2011 y en el art. 11.1. del RD 240/2007; porque de conformidad con lo dispuesto en el art. 117.3 de la Ley 39/2015 esa prorroga resulta de la solicitud de suspensión del acto recurrido, solicitud de suspensión que no ha sido respondida; y porque esa prórroga resulta también del estado de alarma declarado el 14 de marzo de 2.020 como resulta de la Orden SND/421/2020, de 18 de mayo, que es plenamente aplicable al caso de autos.

4º).- Que el recurrente cumple los requisitos documentales y materiales para acceder a la tarjeta de residencia permanente exigidos en los arts. 10.6, 11, 14.2 y 15.3 del RD 240/2007 en relación con los arts. 148 y 166.2 del RD 557/2011, y en especial cumple por lo ya argumentado el requisito de la residencia legal continuada por el plazo de cinco años, y que las resoluciones administrativas impugnadas y la sentencia apelada no valoran si el recurrente cumple o no tales requisitos, centrándose únicamente la sentencia apelada en el requisito de la residencia continuada de cinco años.

5º).- Que no se ha tenido en cuenta en el presente caso los derechos fundamentales puestos en juego, el interés superior del menor y el derecho a la reagrupación familiar, conforme exige la Jurisprudencia del TJUE, no habiéndose valorado tampoco el arraigo personal y familiar del menor en España, su convivencia y dependencia de su tío y tutor y la inexistencia de causas de orden público, resultando por tal motivo infringidos los arts. 39 y 18.1 de la CE y el derecho a la vida en familia de dicho menor.

6º).- Que solicita la revocación de la imposición de costas y ello porque las resoluciones no son conformes a derecho, porque la sentencia apelada incurre en incongruencia omisiva ya que no resuelve la pretensión subsidiaria.

#### **CUARTO.- Alegaciones de la parte apelada.**

Dicha parte apelada tras recordar determinados antecedentes administrativos, las alegaciones básicamente esgrimidas por la parte apelante

en su recurso de apelación y tras dar respuesta a determinadas cuestiones que se mencionan en el recurso de apelación pero que no se esgrimen como motivos del mismo, opone al recurso de apelación los siguientes argumentos:

1º).- Que tanto la tarjeta de residencia permanente de familiar de ciudadano de la UE como la tarjeta de residencia de larga duración exigen respectivamente según el art. 10 del RD 240/2007 y el art. 32.2 de la L.O. 4/2000 el requisito insoslayable de la residencia legal continuada en España durante el periodo de 5 años; y en el presente caso resulta evidente que el demandante entró en España el 30 de julio de 2.015 y por ello hasta el 30 de julio de 2.020 no cumpliría los 5 años de residencia continuada en España, y sin embargo la solicitud fue formulada el 11 de mayo de 2.020, antes de cumplir los citados 5 años de residencia; el resto de cuestiones a cerca de la anterior tarjeta, su duración, la fecha de efectos y demás carecen de toda trascendencia y supone dar vueltas ajenas a este pleito.

2º).- Sobre la supuesta discordancia entre la fecha de vigencia de la autorización de residencia otorgada y la tarjeta de residencia, por no hacerse constar en esta como fecha limite la de 31 de julio de 2.020, señala la apelada que ello en nada afecta a lo recurrido y sentenciado, porque lo relevante es que los cinco años de residencia en España exigidos no los cumplía el recurrente hasta el 30 de julio de 2.020, y por ello no hay error en la prueba porque la sentencia apelada no entra a valorar el periodo de validez de la tarjeta de residencia temporal, sino si se cumplía el periodo legal de residencia de cinco años; además referido error en la tarjeta de residencia no es la causa de la denegación de la solicitud formulada.

3º).- Sobre la preexistencia del derecho de residencia del menor en base a la conexión y vinculo con el familiar que está a su cargo, señala que lo que evidencia es que la apelante evita enfrentarse al hecho cierto de que el recurrente no llevaba cinco años de residencia legal en España.

4º).- Sobre la prórroga de la validez de la autorización anterior por la presentación de la solicitud de residencia permanente ello pretende desviar la atención del asunto que nos ocupa porque ello no oculta que el solicitante no llevaba residiendo cinco años en España.

5º).- Sobre el cumplimiento por la demandante de los demás requisitos para acceder a la tarjeta de residencia permanente, nada se discute por la Administración salvo el relativo al cumplimiento de los cinco años de residencia que debe cumplir en el momento de la solicitud y no a fecha de hoy.

6º).- Que no se vulneran los derechos fundamentales del menor porque no se le niega su arraigo, no se acuerda su expulsión ni su salida obligatoria de España, pero lo que ocurre es que el derecho a la residencia permanente, e incluso el derecho a la nacionalidad, debe ejercitarse en tiempo y forma, lo que no ha ocurrido en autos.

7º).- Que no cabe apreciar incongruencia en la resolución administrativa impugnada ni en la sentencia apelada al no existir más que una tarjeta de residencia permanente que es la de los familiares de los ciudadanos de la UE prevista en el RD 240/2007, y por ello en el presente caso es clara y está justificada la imposición de costas en la primera instancia, ya que no había dudas de hecho ni de derecho desde el momento en que el solicitante no llevaba residiendo 5 años en España.

#### **QUINTO.- Hechos y circunstancias concurrentes.**

Planteados en dichos términos el presente recuso de apelación, su examen exige reseñar los siguientes hechos y circunstancias que resultan del expediente y demás documentación aportada a los autos:

1º).- Que mediante resolución de la Subdelegación del Gobierno de Burgos de fecha 20 de febrero de 2015 le fue otorgada al menor, de nacionalidad Colombiana, nacido el de autorización de residencia por reagrupación familiar como menor extranjero adoptado en el exterior por su tío, ciudadano español desde el 11.6.2011 y con residencia en España, D. , con una validez de cinco años, manteniendo en suspenso su eficacia hasta la expedición de visado y hasta la efectiva entrada en territorio nacional. Dicha autorización de residencia fue otorgada en aplicación de los arts. 17 y

siguientes de la L.O. 4/2000 y del art. 56 del Reglamento de Extranjería aprobado por el RD 557/2011.

, tiene la condición de tutor, así como la guarda y custodia de referido menor desde el 8 de febrero de 2.012, en que le fue otorgada por las autoridades colombianas; en dicha fecha también le fue otorgada al Sr. la custodia y cuidado personal de la hermana de dicho menor, llamada quien en la actualidad se encuentra en España y ya tiene nacionalidad española.

2º).- Dicho menor, tras obtener dicha autorización, obtuvo el correspondiente visado con fecha 15 de mayo de 2.015 y con vigencia hasta el 30 de mayo de 2.015, vino a España el 30 de julio de 2.015 solicitando la expedición de la correspondiente tarjeta de identidad (tarjeta de residencia) a que se refiere el art. 210 del citado Reglamento, consignándose como fecha de expedición de dicha tarjeta el 31.7.2015 y con validez hasta el 19.2.2020; es decir, que a dicha tarjeta de identidad, como exige el citado art. 210.7, no se le dio el mismo periodo de vigencia de 5 años contemplado en la anterior autorización, y que justificaba la expedición de dicha tarjeta.

Dicho menor, tras venir a España pasó a convivir con su tío en el mismo domicilio, haciéndose este cargo de su custodia, cuidado personal, manutención y asistencia, como también lo hizo y lo ha venido haciendo de su hermana.

3º).- Vencida la vigencia de dicha tarjeta el día 19.2.2020, en fecha 11 de mayo de 2.020, (y en su nombre por ser menor su tío presento solicitud de tarjeta de residencia permanente de familiar de ciudadano de la Unión para seguir residiendo en España junto a su familiar , siéndole denegada dicha solicitud por resolución de 9 de julio de 2.020, entre otros motivos, por considerar que entre el 30.7.2015 y el 12.5.2020 no llevaba residiendo el solicitante de forma continuada cinco años en España; recurrida en alzada dicha resolución dicho recurso ha sido desestimado mediante resolución de fecha 18 de noviembre de 2.020.

4º).- El actor, hoy apelante, tras vencer la vigencia de dicha tarjeta de identidad y del citado permiso de residencia, y también durante la tramitación y resolución del recurso administrativo de autos, e incluso durante la tramitación del presente procedimiento jurisdiccional, ha continuado residiendo en España en compañía de su tío.

#### **SEXTO.- Examen de fondo (I).**

La parte apelante en su recurso de apelación muestra su disconformidad tanto con las resoluciones administrativas impugnadas como con la sentencia apelada y ello porque le ha sido denegado al actor la solicitud de tarjeta de residencia permanente de familiar de Ciudadano de la Unión Europea, cuando a su juicio considera que concurren los requisitos formales y de fondo exigidos para dicho otorgamiento, y que ello es así si se hubiera tenido en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el art. 210.7 del RD 557/2011 la tarjeta de residencia (de identidad) expedida debiera haberle sido otorgada con vigencia no hasta el 19.2.2020 sino hasta el 31.7.2020 porque la autorización de residencia tenía una vigencia de 5 años, porque debe considerarse periodo de residencia legal no solo hasta el 19.2.2020 sino hasta el día 31.7.2020 al haberse expedido la tarjeta citada el 31.7.2015 y de este modo se daría cumplimiento al requisito de los cinco años de residencia, amén de que con la solicitud de la citada tarjeta de residencia permanente de familiar de ciudadano de la Unión y con la prórroga resultante del Estado de alarma declarado el 14.3.2020 y expresamente declarada por la Orden SND/421/2020, concurre de facto y de derecho una verdadera prórroga legal en dicha residencia, y por cuanto que concurre en el menor solicitante la preexistencia del derecho de residencia del menor en virtud de la conexión y vínculo que mantiene el mismo como su tío, familiar reagrupante, ciudadano de la Unión Europea. A dicho motivos se opone la parte apelada en los términos reseñados en el F.D. Cuarto, que damos por reproducidos para evitar reiteraciones innecesarias.

Antes de seguir con el examen del fondo del presente recurso hemos de precisar que es cierto que no es objeto del presente recurso la resolución

de 20.2.2015 de la Subdelegación del Gobierno en Burgos por la que se concede al apelante la autorización de residencia temporal inicial por reagrupación familiar por el periodo de cinco años, y tampoco lo es la tarjeta y/o permiso de residencia otorgada al mismo tras venir a España con vigencia de 31.7.2015 hasta el 19.2.2020, pese a que en este extremo no se ajustaba a dicha resolución ni a lo dispuesto en el art. 210.7 del RD 557/2011. Pero también lo es, que esa discordancia entre referido permiso de residencia y la autorización otorgada mediante resolución de 20.2.2015 nos ayuda a comprender y entender por qué el actor, hoy apelante se ve obligado a solicitar el 11 de mayo de 2.020 la tarjeta de residencia permanente de familiar de ciudadano de la Unión y no por ejemplo con posterioridad al 31 de julio de 2.020, y que ello fue así porque la vigencia de dicho permiso concluía el 19.2.2020 y no el 31 de julio de 2020, como así debiera haber sido, y también nos ayuda a comprender por qué en esa fecha de 11 de mayo de 2020 al solicitante le faltaban algo más de dos meses para completar el periodo de residencia legal y continuada de cinco años para poder optar a la obtención de dicha tarjeta de residencia, y si bien y pese a ello formuló dicha solicitud con la única finalidad de evitar que dicho menor quedara en situación irregular tras perder vigencia el permiso de residencia otorgado. Por tanto, aquella resolución y la subsiguiente tarjeta no son ni pueden ser objeto del presente recurso, pero las circunstancias expuestas son aclaratorias y relevantes para entender y comprender la actuación llevada a cabo por el apelante en su intento de regularizar su situación y de continuar residiendo de forma legal en España, que no olvidemos se trata de un menor de edad que desde que vino a España el 30 de julio de 2.015 viene residiendo de forma legal y continuada en territorio nacional y que lo hace en compañía, bajo la guarda, custodia, cuidado y mantenimiento de su tutor,

Por otro lado, la parte apelante refiere nuevamente en su recurso de apelación para denunciar en cierto modo que la sentencia apelada incurre en un vicio de incongruencia omisiva que en el suplico de la demanda solicita que se dicte: "...sentencia por la que se acuerde y conceda al recurrente la tarjeta de residencia permanente como familiar de ciudadano de la Unión

solicitada o de forma subsidiaria a tarjeta de residencia permanente”. En el recurso de alzada solicitaba que se concediera “la autorización de residencia permanente bien conforme al régimen legal o conforme a derecho comunitario, que entendemos más acorde y procedente conforme en función de las circunstancias fácticas y familiares del recurrente”.

Es clara la pretensión de solicitar en cumplimiento de lo dispuesto en el RD 240/2007 la tarjeta de residencia permanente como familiar de ciudadano de la Unión, porque en definitiva esta es la solicitud que se formuló, se tramitó y se resolvió en vía administrativa, pero no se comprende bien qué concreta autorización está pretendiendo con su solicitud subsidiaria de “tarjeta de residencia permanente”, toda vez que leído detenidamente el cuerpo y fundamentación de su demanda no se contiene en la misma los preceptos legales conforme a los cuales reclama la misma; parece que quiere dar a entender que está pidiendo dicha tarjeta en cumplimiento del RD 557/2011 pero no lo reseña ni especifica al respecto, pero es que además en dicho Real Decreto se contempla la autorización de residencia de larga duración (antes conocida como autorización de residencia permanente) pero no se contempla en dicho RD 557/2011 expresamente “la tarjeta de residencia permanente”; y si a ello añadimos que en vía administrativa no se solicitó no se tramitó ni se resolvió en ningún momento una autorización de residencia de larga duración ni tampoco ningún otro tipo de autorización de residencia al amparo del RD 557/2011, es por lo que hemos de concluir que su pretensión subsidiaria de que se le concediera la tarjeta de residencia permanente es totalmente improcedente amen de incurrir en clara desviación procesal porque dicha pretensión no fue objeto del expediente administrativo ni de las resoluciones administrativas impugnadas, de ahí que tampoco se pronunciara al respecto la sentencia apelada, si bien su pronunciamiento desestimatorio comprendía la desestimación de todas las pretensiones formuladas en el suplico de la demanda, fueran formuladas de modo principal o de forma subsidiaria.

#### **SEPTIMO.- Examen de fondo (II).**

Por otro lado, también conviene recordar que las resoluciones administrativas impugnadas esgrimían dos argumentos para fundamentar la denegación de la solicitud de autorización de residencia formulada, un primer

argumento relativo a que la solicitud no se había formulado por la Red Sara, y un segundo argumento relativo a la no justificación de los cinco años de residencia continuada en España. En relación con el primer argumento, el propio Abogado del Estado en el acto de la vista aclara y precisa que no mantiene el mismo como causa de denegación, y que solo procede valorar y enjuiciar el segundo argumento, el relativo al tiempo de residencia.

Así las cosas, se trata de dilucidar si el apelante ha dado o no cumplimiento al requisito de residencia continuada de cinco años en España a que se refiere el art. 10.1 del RD 240/2007. Las resoluciones administrativas impugnadas y la sentencia apelada insisten en que ese periodo de residencia continuada no se ha completado porque entre el 31.7.2015 en que inició el menor su residencia en España y el 11.5.2020 en que formulo la solicitud de dicha tarjeta de residencia permanente de familiar de ciudadano comunitario, y es verdad que entre ambas fechas no ha podido completarse el preceptivo periodo de cinco años de residencia legal y continuada en España.

Aun siendo cierto dicho extremo, también debemos tener en cuenta, primero lo antes expuesto de que no se ha completado dicho periodo de cinco años como consecuencia de que la tarjeta de residencia expedida en cumplimiento de la autorización de residencia lo fue por un periodo inferior a cinco años cuando dicha autorización lo era de cinco años y cuando el art. 210.7 del RD 557/2011 obligaba a que la vigencia de dicha tarjeta se ajustara a la autorización y por ello al citado periodo de cinco años, y teniendo en cuenta en segundo lugar que el actor, hoy apelante, ha seguido residiendo de forma legal y continuada en España después de que el 11 de mayo de 2.020 formulara dicha solicitud y que esa residencia legal ha continuado al menos hasta el día 18 de noviembre de 2020 en que se resolvió el recurso de alzada en el expediente administrativo de autos, fecha está en que se resolvió definitivamente dicho expediente administrativo.

Y considera la Sala que ha continuado su residencia legal después de formular su solicitud, no solo porque su presentación prorroga de conformidad con lo dispuesto en el art. 61.1 del RD 557/2011 la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento, sino porque además dicha

prórroga aparece expresamente reconocida por la Orden SND/421/2020, de 18 de mayo, por la que se adoptan medidas relativas a la prórroga de las autorizaciones de estancia y residencia y/o trabajo y a otras situaciones de los extranjeros en España, en aplicación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. por la Orden SND/421/2020, de 18 de mayo, dictada en ejecución.

Y teniendo en cuenta dichos extremos, aunque el periodo de residencia continuada de cinco años no se cumpliera en el momento de formular la solicitud el 11 de mayo de 2.020, pero como quiera que sí se da cumplimiento a ese plazo continuado de residencia legal de cinco años el día 18 de noviembre de 2.020 en que se resolvió el recurso de alzada que ponía fin al procedimiento administrativo es por lo que debemos concluir que en el presente caso asiste al solicitante el derecho a que se le conceda la solicitud de la tarjeta de residencia permanente de familiar de ciudadano comunitario y ello porque al finalizar dicho procedimiento sí cumplía el requisito de residencia continuada en España durante el periodo de cinco años exigido en el art 10.1 del RD 240/2007. Con dichos argumentos la Sala discrepa tanto del criterio defendido por la Administración como por la sentencia apelada.

Con la interpretación y aplicación que hace la Sala del citado precepto al presente caso, consideramos que se da una resolución justa y equitativa a la situación en la que se encontraba el menor apelante, y que no había sido creada por él y sí por el error en que había incurrido la Administración al expedir la tarjeta o permiso de residencia con una duración y vigencia inferior a los cinco años y que no se correspondía con el periodo de vigencia de la autorización de cinco años otorgada mediante la resolución de 20 de febrero de 2.020. Y además de este modo evitamos que dicho menor tenga que volver a solicitar ante la Administración esa misma autorización dos años después para que ahora sí se le pueda otorgar esa misma autorización de residencia, cuando legalmente puede otorgarse en el presente procedimiento, como resulta de los anteriores argumentos. No solo razones de oportunidad y de economía procesal sino también razones de legalidad y de justicia son las

que nos llevan a resolver el presente litigio en los términos reseñados, convencidos además de que con este modo de proceder la Sala contribuye a resolver un problema a un ciudadano, en este caso además menor de edad, plenamente integrado en España, un problema que nunca debiera haber sido tal.

Por lo expuesto, se estima el presente recurso de apelación, se revoca la sentencia apelada para en su lugar dictar nueva sentencia en la que tras anular las resoluciones administrativas impugnadas por no ser ajustadas a derecho se reconoce el derecho al actor hoy apelante a que se le otorgue la tarjeta de residencia permanente como familiar de ciudadano de la Unión.

#### **ÚLTIMO.- Sobre costas.**

La Sala acuerda en aplicación del art. 139.1 y 2 de la LJCA no hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes por las causadas tanto en primera como en segunda instancia, y ello porque, no obstante lo resuelto por esta Sala, han concurrido dudas de hecho y de derecho al verificar el presente enjuiciamiento, como así resulta del diferente criterio mantenido al respecto tanto por el Juzgado de Instancia como por esta Sala. Por ello cada parte deberá asumir las costas causadas a su instancia y las comunes si las hubiera, por mitad cada una.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación la SALA ACUERDA

#### **FALLO**

1º).- Estimar el recurso de apelación núm. 100/2022, interpuesto por el ciudadano de Colombia \_\_\_\_\_, que actúa en representación del menor \_\_\_\_\_, representado por la procuradora D<sup>a</sup> Luisa-Fernanda Alonso Escudero y defendido por el letrado D. Gustavo-Adolfo Pietropaolo Jiménez, contra la sentencia de fecha 28 de febrero de 2022 (aclarada por auto de fecha 14 de marzo de 2.022), dictada por el Juzgado de

lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Burgos en el procedimiento abreviado núm. 23/2021 que desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el anterior contra la resolución de 18 de noviembre de 2.020, dictada por el Subdelegado del Gobierno en Burgos que desestima el recurso de alzada formulado contra la resolución de 9 de julio de 2020 dictado por la Jefa de la Oficina de Extranjería por la que se deniega la tarjeta de residencia permanente de familiar de ciudadano de la Unión y ello con condena en costas a la parte actora con el límite de 300,00 euros.

2º).- Y en virtud de dicha estimación, de conformidad con lo razonado en esta sentencia, se revoca la sentencia apelada para en su lugar dictar nueva sentencia en la que, tras anular por no ser conformes a derecho sendas resoluciones administrativas impugnadas, se acuerda conceder al menor D. la tarjeta de residencia permanente como familiar de ciudadano de la Unión; y todo ello sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes por las causadas tanto en primera como en segunda instancia, debiendo cada parte asumir las causadas a su instancia y las comunes, si las hubiere, por mitad cada uno.

Notifíquese esta resolución a las partes.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y/o ante la Sección de Casación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de conformidad con lo previsto en el art. 86.1 y 3 de la LJCA y siempre y cuando el recurso, como señala el art. 88.2 y 3 de dicha Ley, presente interés casacional objetivo para la formación de Jurisprudencia; mencionado recurso de casación se preparará ante esta Sala en el plazo de los treinta días siguientes a la notificación de esta sentencia y en la forma señalada en el art. 89.2 de la LJCA.

Devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia con certificación de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, debiendo acusar recibo.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala al inicio



indicados, de todo lo cual, yo el Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.