

**A/A: Excmo. Sr. D. Guillermo Díaz Guerra**  
**Subdelegado del Gobierno en Santa Cruz de Tenerife**

Estimado Señor:

Con fecha 8 de abril de 2013, diversas organizaciones sociales presentamos un escrito en la Subdelegación del Gobierno en Santa Cruz de Tenerife en el que expresábamos nuestra más sincera preocupación por los criterios de actuación de la Oficina de Extranjería de Santa Cruz de Tenerife en relación a la renovación de los permisos de residencia temporal de mujeres extranjeras madres de menores de nacionalidad española (nº de registro 23166 / RG 1082052).

Con posterioridad, mantuvimos con usted una reunión en la Subdelegación del Gobierno, con fecha 12 de abril de 2013, en la que tuvimos ocasión de exponerle de forma más pormenorizada la situación de estas madres, así como una reunión con el Jefe de la Dependencia Provincial del Área de Trabajo e Inmigración, celebrada el 16 de abril de 2013 en la sede de la Oficina de Extranjería de Santa Cruz de Tenerife con el mismo objetivo.

Ante la recomendación realizada de que procediéramos a presentar por escrito nuestras argumentaciones, por la presente hacemos entrega del documento adjunto, en el que se exponen los hechos y fundamentos de derecho que, a nuestro entender, deberían ser tomados en consideración, a fin de evitar la situación administrativa irregular a la que se está abocando a muchas de estas madres y padres, con los perjuicios que esto supone tanto para ellas y ellos como para sus hijos e hijas de nacionalidad española.

Asimismo, desearíamos mantener una nueva reunión con usted, a fin de conocer qué criterios se prevé aplicar por parte de la Administración que usted representa para la resolución del problema expuesto, ya que seguimos teniendo conocimiento de muchos casos que hasta el día de hoy permanecen en la misma situación.

Aprovechando la ocasión para expresarle nuestra más sincera consideración, reciba un cordial saludo.

Santa Cruz de Tenerife, a 29 de mayo de 2013

**Personas de contacto:**

- Begoña Barras Martín: 658 346 446.
- Trinidad Jorge Ledesma: 636 229 140.
- Natalia Morales Álvarez: 605 523 131.

\*Se adjunta al dorso relación de las organizaciones firmantes.

Mujeres en los 25

- Plataforma 8 de Marzo de Organizaciones de Mujeres de Tenerife.
- Plataforma de Acción Feminista Canaria.
- Foro contra la Violencia de Género de Tenerife.
- Asociación Mujeres, Solidaridad y Cooperación.
- Asociación para el Desarrollo Integral de las Mujeres Mercedes Machado.
- Médicos del Mundo.
- Asociación Contramarea.
- Colectivo Harimaguada.
- Secretaría de la Mujer de Intersindical Canaria.
- Secretaría de la Mujer de la Unión Sindical Obrera de Canarias (USO–Canarias).
- Coordinadora Feminista de Tenerife.
- Asociación LGBTI Algarabía.
- Asociación Solidaridad con Madres Solteras.
- Red de Asociaciones de Mujeres de la Comarca Noroeste de Tenerife.
- Asociación de Mujeres Aremoga.
- Asociación de Mujeres Amarca.
- Asociación de Mujeres Pura Waló.
- Asociación de Mujeres Tayda.
- Asociación de Mujeres Gara.
- Asociación de Mujeres Zuleima.
- Gamá Colectivo LGTB de Canarias.
- Asociación Rural de Mujeres Tiemar.
- Colectivo Mujeres Libres Yazirat.
- Amnistía Internacional Tenerife.

**A/A: Excmo. Sr. D. Guillermo Díaz Guerra.  
Subdelegado del Gobierno en Santa Cruz de Tenerife.**

Las asociaciones que suscribimos el presente documento queremos mostrar nuestra preocupación por la situación que están viviendo muchas progenitoras/es extranjeras/os que tienen a su cargo a hijos/as menores de nacionalidad española -fundamentalmente madres-, y que están quedando en situación administrativa irregular debido a los criterios de actuación de la Oficina de Extranjería de Santa Cruz de Tenerife.

Entendemos que se están utilizando unos criterios interpretativos de la normativa aplicable a estos casos, cuando menos discrecionales, sin tener en cuenta muchas circunstancias personales de las/los progenitoras/es, ni algunas de las opciones legales que pudieran ser consideradas para que no se vieran abocadas/os a esta situación administrativa irregular, lo cual les está ocasionando unos perjuicios de difícil reparación, por cuanto les deja en una situación de gran vulnerabilidad que afecta a los/las menores a su cargo.

De acuerdo a lo planteado en la reunión celebrada con el Subdelegado del Gobierno en Santa Cruz de Tenerife con fecha 12 de abril de 2013, así como en la mantenida con el Jefe de la Dependencia Provincial del Área de Trabajo e Inmigración en la sede de la Oficina de Extranjería de Santa Cruz de Tenerife con fecha 16 de abril de 2013, pasamos a exponer las siguientes consideraciones, conforme a los hechos y fundamentos de derecho que a continuación se enumeran:

#### **HECHOS Y FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

**PRIMERA.-** La situación de irregularidad sobrevenida de todas/os las/los progenitores que hemos podido conocer, así como las situaciones futuras que puedan seguir acumulándose, contraviene los pronunciamientos del TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA , que, en numerosas sentencias, SE OPONE A QUE UN ESTADO MIEMBRO LE DENIEGUE A UN/A NACIONAL DE UN ESTADO TERCERO QUE ASUME LA MANUTENCIÓN DE SUS HIJOS/AS DE CORTA EDAD , DEL CUAL SON NACIONALES, LA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA Y TRABAJO (STJUE – Gran Sala – de 8 de marzo de 2011)

Dicha autorización de residencia y trabajo **NO DEBE ESTAR SUPEDITADA AL REQUISITO DE QUE DISPONGAN DE RECURSOS SUFICIENTES** y de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en dicho Estado (STJCE –Gran Sala –de 23 de febrero de 2010).

Por lo tanto la irregularidad sobrevenida de estos/as progenitores/as contraviene el Derecho Originario (artículo 20 TFUE y artículos 10,11 y 12 del Reglamento número 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968), el

Derecho Comunitario (Directiva 38/2004/2004/38/CE), el artículo 24.3 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007, la Directiva 2004/38/CE, la Directiva 2003/86/CE, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (artículos 7, 21, 24 y 45) y la Constitución Española (artículos 14, 18, 19 y 39).

**SEGUNDA.-** Por otro lado, los **PROGENITORES NO SON EXPULSABLES**. A modo de ejemplo, la reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 9 de abril de 2013, que anula la sanción de expulsión valorando la circunstancia de la existencia de una hija menor de nacionalidad española, y basa uno de sus argumentos en una de las sentencias de la UE en la que nos apoyamos.

Trascribimos: *“La Sala, sin embargo, discrepa de tal ponderación. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 15 de noviembre de 2011 (Gran Sala, asunto C – 256/11, Dereci y otros contra Bundesministerium für Inneres) ha considerado contrario al derecho de la Unión la denegación de la residencia en su territorio al nacional de un tercer estado que pretende residir con un miembro de su familia, ciudadano de la Unión, cuando ello suponga privar a éste del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión, extremo que corresponde comprobar al Tribunal Nacional”.*

**TERCERA.-** Las distintas formas de adquisición de la nacionalidad española (por opción, por simple presunción de nacionalidad y por origen) están contempladas en el Código Civil, y los efectos jurídicos de su concesión son los mismos en todos los casos. No hay niños/as de primera o segunda clase. Todos los niños/as son iguales ante la ley, y no puede haber discriminación alguna por la forma de adquisición de la nacionalidad.

Recordar que, en todas las Sentencias de la UE que conocemos sobre madres en la misma situación, sus respectivos hijos/as habían obtenido la nacionalidad por simple presunción, ya que ambos progenitores eran extracomunitarios, y sus países de origen no reconocían a estos niños/as la nacionalidad de sus padres (niños/as de nacionalidad belga y danesa). Las Sentencias de la U.E. llegan a advertir que no se puede discriminar por los motivos de adquisición de la nacionalidad, y que se debe tratar a los/as menores como beneficiarios/as de todos los derechos derivados de la ciudadanía europea.

No obstante, queremos hacer constar que **MÁS DE LA MITAD DE LOS NIÑOS/AS AFECTADOS/AS SON ESPAÑOLES DE ORIGEN**, porque uno de los progenitores (padres en todos los casos) son españoles de origen.

**CUARTA.- SOBRE LA PRÓRROGA DE LA AUTORIZACIÓN POR CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES POR RAZÓN DE ARRAIGO FAMILIAR DE PROGENITORES/AS POR TENER UN/A MENOR DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA A SU CARGO.**

Teniendo en cuenta los pronunciamientos de los Tribunales de la U.E., en cuanto que se opone a la denegación de la autorización o irregularidad sobrevenida de los progenitores de un/a nacional de la Unión Europea, no contemplar la prórroga de las autorizaciones precedentes por circunstancias excepcionales cuando no se cumplan los requisitos de la Renovación (artículo 71 del RD 557/2011) contraviene el ordenamiento jurídico europeo y el sentido común.

Las argumentaciones para la posibilidad de prórroga son las siguientes:

**ANTECEDENTES:** Para entender la posibilidad de prórroga de un arraigo familiar en su justa medida, hay que tener en cuenta los antecedentes "históricos" de la figura de la autorización por circunstancias excepcionales por arraigo familiar.

La autorización de residencia y trabajo para los/las progenitores/as que tengan hijos/as menores a su cargo es un derecho configurado por la Jurisprudencia de los Tribunales de la Unión Europea en la interpretación del Derecho Comunitario originario y derivado (Tratados de la Unión Europea y Directivas). Dicha interpretación consagra la posibilidad de aplicabilidad directa o la invocación directa por parte del interesado/a en cualquier país de la Unión Europea. El derecho comunitario y la jurisprudencia emanada aboga por una temporalidad indefinida de las autorizaciones de residencia y trabajo, es decir, por una autorización permanente de régimen comunitario.

España no ha transpuesto de manera correcta dichas sentencias y la interpretación que hace del Derecho Comunitario el TSJUE, e introdujo una "suerte" de autorización de residencia por circunstancias excepcionales con una temporalidad de un año, lo que contraviene el sentido común y lo contenido en la Jurisprudencia y la normativa comunitaria.

No obstante, cuando el Gobierno introduce en el Reglamento de Extranjería (RD 557/2011) la figura del arraigo familiar, hace en su preámbulo una expresa mención y reconocimiento al derecho a residir en España y los antecedentes del mismo: Así, según se cita de forma literal en dicho preámbulo:

***"El título V, referido a la residencia por circunstancias excepcionales, mantiene inalterada la configuración del arraigo, con dos importantes matizaciones. Por una parte, se reduce el periodo de relación laboral a acreditar en el denominado arraigo laboral; por otra parte, EN CONSONANCIA CON LA DOCTRINA DE NUESTROS TRIBUNALES, Y DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, SE INTRODUCE LA FIGURA DEL ARRAIGO FAMILIAR PARA PROGENITORES DE MENORES ESPAÑOLES"***

La doctrina en ese momento de los Tribunales Españoles es consagrar el derecho a una autorización por circunstancias excepcionales a aquellos progenitores que así lo solicitaran, y una autorización en régimen comunitario para otros progenitores que invocaran directamente el derecho comunitario.

**¿Que dicen esas Sentencias del Tribunal de Justicia de la UE?**

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (Gran Sala) de 23 de febrero de 2010: LOS/AS EXTRANJEROS/AS QUE TENGAN HIJOS/AS A CARGO NACIONALES DE LA UE NO TENDRÁN QUE ACREDITAR MEDIOS ECONÓMICOS PROPIOS PARA TENER DERECHO A RESIDIR EN LA UE.**

*«Libre circulación de personas – Derecho de residencia de un nacional de un Estado tercero, que es el cónyuge de un nacional de un Estado miembro, y de los hijos de ambos, asimismo nacionales de un Estado miembro – Cesación de la actividad por cuenta ajena del nacional de un Estado miembro seguida de su partida del Estado miembro de acogida – Matriculación de los hijos en un centro docente – Falta de medios de subsistencia – Reglamento (CEE) nº 1612/68 – Artículo 12 – Directiva 2004/38/CE»*

*En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:*

*1) El nacional de un Estado miembro que ha estado empleado en el territorio de otro Estado miembro, en el que su hijo está cursando estudios, en circunstancias como las del litigio principal, puede invocar, en su condición de progenitor que ejerce efectivamente la custodia de este hijo, el derecho de residencia en el Estado miembro de acogida, basándose exclusivamente en el artículo 12 del Reglamento (CEE) 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, en su versión modificada por el Reglamento (CEE) nº 2434/92 del Consejo, de 27 de julio de 1992, sin necesidad de reunir los requisitos establecidos en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, 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, por la que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE.*

*2) El derecho de residencia en el Estado miembro de acogida del que goza el progenitor que tiene efectivamente la custodia de un hijo que ejerce el derecho a cursar estudios, de conformidad con el artículo 12 del Reglamento núm. 1612/68, no está supeditado al requisito de que ese progenitor disponga de recursos suficientes con objeto de no convertirse en una carga para la asistencia social de dicho Estado miembro durante su periodo de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en ese Estado.*

*3) El derecho de residencia en el Estado miembro de acogida del que goza el progenitor que tiene efectivamente la custodia del hijo de un trabajador migrante, cuando este hijo cursa estudios en ese Estado, no está supeditado*

*Migra en todos - EJ .*

*al requisito de que uno de los progenitores del hijo haya ejercido, en la fecha en que este último comenzó sus estudios, una actividad profesional como trabajador migrante en dicho Estado miembro.*

*4) El derecho de residencia en el Estado miembro de acogida del que goza el progenitor que ejerce efectivamente la custodia del hijo de un trabajador migrante cuando este hijo cursa estudios en dicho Estado caduca al alcanzar el hijo la mayoría de edad, a menos que el hijo siga necesitando la presencia y las atenciones de ese progenitor con objeto de continuar y terminar sus estudios".*

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (Gran Sala) de 8 de marzo de 2011: SE SOSTIENE QUE EL/LA PROGENITOR/A DE UN/A MENOR CIUDADANO/A DE LA UNIÓN EUROPEA TIENE DERECHO A LA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA Y TRABAJO**

*"Ciudadanía de la Unión – Artículo 20 TFUE – Concesión de un derecho de residencia en virtud del Derecho de la Unión a un menor en territorio del Estado miembro del que es nacional con independencia de que éste ejerza previamente su derecho a la libre circulación en territorio de los Estados miembros – Concesión, en las mismas circunstancias, de un derecho de residencia derivado al ascendiente, nacional de un Estado tercero, que asume la manutención del menor – Consecuencias del derecho de residencia del menor en los requisitos que ha de cumplir el ascendiente de dicho menor, nacional de un Estado tercero, por lo que se refiere al Derecho laboral"*

*En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:*

*El artículo 20 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro, por un lado, deniegue a un nacional de un Estado tercero, que asume la manutención de sus hijos de corta edad, ciudadanos de la Unión, la residencia en el Estado miembro de residencia de éstos, del cual son nacionales, y, por otro, deniegue a dicho nacional de un Estado tercero un permiso de trabajo, en la medida en que tales decisiones privarían a dichos menores del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión.*

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (Sala Segunda) de 6 de diciembre de 2012: DERECHO DE RESIDENCIA PERMANENTE DE LAS MADRES A LAS QUE SE HA CONCEDIDO LA GUARDA Y CUSTODIA EXCLUSIVA DE LOS CIUDADANOS/AS DE LA UNIÓN.**

*«Ciudadanía de la Unión – Artículo 20 TFUE – Directiva 2003/86/CE – Derecho a la reagrupación familiar – Ciudadanos de la Unión de corta edad que residen con sus madres, nacionales de terceros países, en el territorio del Estado miembro del que dichos menores tienen la nacionalidad – Derecho de residencia permanente en ese Estado miembro de las madres a las que se ha concedido la guarda y custodia exclusiva de los ciudadanos de la Unión – Reconstitución de las familias a raíz de un nuevo matrimonio de las madres con nacionales de terceros países y del nacimiento de hijos,*

*también nacionales de terceros países, fruto de dichos matrimonios Toma en consideración del interés superior del menor»*

#### **ARTÍCULO 130.1 DEL RD. 557/2011:**

Por otro lado, el Reglamento de Extranjería (RD 557/2011), en su artículo 130.1, deja claro que se puede optar a la prórroga de un año de una autorización precedente por circunstancias excepcionales (arraigo familiar), porque las circunstancias excepcionales persisten.

En la totalidad de los casos o supuestos planteados, se sigue teniendo a cargo hijos/as de nacionalidad española.

**El artículo 130.1 sostiene que :**

***En virtud de su carácter excepcional, las autorizaciones concedidas con base en los artículos precedentes, así como sus prórrogas, tendrán una vigencia de un año, sin perjuicio de lo establecido en este artículo y en la normativa sobre protección internacional.***

La Oficina de Extranjería obvia el artículo 130.1, pórtico legal de las MODIFICACIONES, PRORROGAS O RENOVACIONES (terminología equívoca si se interpreta de una manera restrictiva para diferenciar los casos) y quiere aplicar el artículo 130.4 a la totalidad de los casos, donde se estipula que a aquellas personas que le concedieron unas circunstancias excepcionales y cumplen con los requisitos del artículo 202, podrán acceder no a una prórroga sino a una autorización de residencia y trabajo (ya sea por cuenta ajena o cuenta propia) por dos años como corresponde por lógica y tras una lectura simple del mismo precepto en relación al artículo 130.4, que se transcribe:

***4. En las autorizaciones concedidas por los demás supuestos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 202, los titulares de la autorización podrán solicitar una autorización de residencia o una autorización de residencia y trabajo, siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos para su obtención, incluida la titularidad de las licencias o permisos administrativos imprescindibles para el puesto que se pretende ocupar.***

De la lectura conjunta de los artículos 130.1 y 130.4 en relación a los arraigos (social sin contrato de trabajo, laboral y familiar), se desprenden claramente las siguientes conclusiones:

**- CUANDO EL ARTICULO 130.1 HABLA DE UNA PRÓRROGA DE UN AÑO, Y A RENGLON SEGUIDO SOSTIENE "SIN PERJUICIO DE LO ESTABLECIDO EN ESTE ARTICULO",** deja claro que existe POR UN LADO una autorización prorrogable por un año PARA TODAS LAS CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES, y POR OTRO LADO, la posibilidad de acceder a otro tipo de autorización de residencia y trabajo o residencia por dos años. Es decir, si a una persona se le concedió una autorización por arraigo social sin contrato, o por arraigo familiar, no se le va a dar una

*Lupita Lobo .es.*



prorroga cuando cumpla los requisitos del artículo 202 y 71, sino que se le dará una autorización inicial de dos años. Y A SENSU CONTRARIO Y POR LA CLARIDAD DEL ARTÍCULO SI NO SE CUMPLEN LOS REQUISITOS DEL ARTÍCULO 202, SI SIGUEN LAS CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES QUE LES DIÓ DERECHO A LA MISMA DEBE CONCEDERSELES UNA PRÓRROGA DE UN AÑO. No es de sentido común que a una persona que se le ha dado una residencia por circunstancias excepcionales por arraigo social sin contrato, o por unas circunstancias excepcionales por enfermedad sobrevenida, se les pueda prorrogar su autorización sin persisten las circunstancias por las que se le concedió.

- Cuando el artículo 130.1 habla de que: “EN VIRTUD DE SU CARÁCTER EXCEPCIONAL, LAS AUTORIZACIONES CONCEDIDAS CON BASE EN LOS ARTÍCULOS PRECEDENTES, ASÍ COMO SUS PRÓRROGAS...” , se está refiriéndose a todas las circunstancias excepcionales reguladas en los artículos 124 a 127 ( Arraigo familiar , Arraigo social , Arraigo Laboral , circunstancias de enfermedad sobrevenida, etc.), excepto las circunstancias excepcionales de la Disposición adicional primera.4 de este Reglamento. y del 125 que se rigen por las normas de protección internacional como dice el artículo en su inciso final (“sin perjuicio de lo establecido en este artículo y en la normativa sobre protección internacional”), y sin perjuicio que se cumpla el artículo 202, y como sostiene el artículo 130. 2 , para las circunstancias de la Disposición Adicional primera cuarta.

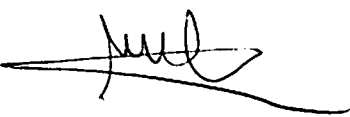
Es decir, que los que accedieron a una circunstancias excepcionales por el artículo 125, podrán renovar según su normativa de referencia. HABLA DE RENOVAR, no de prórrogas, ni de autorizaciones iniciales de residencia y trabajo o residencia, que serían para aquellos que viniendo de las circunstancias excepcionales cumpliesen con el artículo 202.

#### **INSTRUCCIÓN DGI/10/2008:**

La **INSTRUCCIÓN DGI/SGRJI2/2011**, sobre la vigencia de las instrucciones, circulares y oficios elaborados por la Dirección General de Inmigración , a partir de la fecha de entrada en vigor del RD 557/2011, detalla cuales son las instrucciones que siguen vigentes tras la reforma, y entre ellas está la Instrucción **DGI/10/2008**, sobre las autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales cuando se trate de hijos/as de padres o madres que hubieran sido originariamente españoles .

***En el apartado VII de esta Instrucción se sostiene que :***

***VII .- En materia de renovación y cese de la situación de residencia por razones excepcionales cuando se trate de hijo de padre o madre que hubieran sido españoles de origen, se estará a lo establecido en los apartados 3 y 4 del artículo 47 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000. En este sentido se recuerda que de acuerdo con el artículo 46.6 del citado reglamento, en virtud de su carácter excepcional, estas autorizaciones de residencia tendrán la duración de un año, así como***



***sus renovaciones, sin perjuicio de lo anteriormente establecido en el artículo 47 y en el 98 del mismo Reglamento.***

El artículo 47 del anterior Reglamento de Extranjería se corresponde con el actual 130 del RD 557/2011. El artículo 130 viene a completar las deficiencias interpretativas que se contenían en el artículo 47 y que fueron necesarias desarrollar mediante la Instrucción para el arraigo familiar cuando se trata de hijos/as de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles , dando la posibilidad de la renovación o la prórroga de la misma.

Es decir, con una redacción más confusa en el anterior reglamento, se permitieron y se permite en la actualidad la PRORROGA O RENOVACIÓN POR UN AÑO de las autorizaciones por circunstancias excepcionales por arraigo familiar por ser hijo/a de madre o padre originariamente españoles, contempladas en el anterior reglamento en el artículo 45 2.c y que se contemplan de manera clara en el apartado de arraigo familiar JUNTO A EL ARRAIGO FAMILIAR DE PADRE O MADRE CON HIJOS/AS MENORES ESPAÑOLES A SU CARGO , como en nuestro caso.

#### **Artículo 124.3:**

##### ***1. Por arraigo familiar:***

a. Cuando se trate de padre o madre de un menor de nacionalidad española, siempre que el progenitor solicitante tenga a cargo al menor y conviva con éste o esté al corriente de las obligaciones paternofiliales respecto al mismo.

***B. Cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles.***

Por lo tanto, si en la actualidad se permite la PRORROGA O LA RENOVACIÓN POR UN AÑO DEL ARRAIGO FAMILIAR CUANDO SE TRATE DE HIJOS/AS DE PADRE O MADRE QUE HUBIERAN SIDO ORIGINARIAMENTE ESPAÑOLES , COMO NO SE VA A CONTEMPLAR, O COMO NO ADMITE LA OFICINA DE EXTRANJERÍA, QUE SE PUEDA PRORROGAR UN ARRAIGO FAMILIAR DE UNA MADRE O UN PADRE CON UN HIJO/A O VARIOS HIJOS/AS ESPAÑOLES, COMO LOS CASOS PLANTEADOS ANTE LA OFICINA DE EXTRANJERÍA.


#### **SENTENCIA SOBRE LA PRÓRROGA:**

La JURISPRUDENCIA MENOR ha confirmado la posibilidad legal de prorrogar la autorización de residencia por circunstancias excepcionales en casos de personas extranjeras con madres españolas de origen, unas circunstancias análogas a nuestro caso.

Sentencia T.S.J. Valencia 145/2011, de 25 de febrero

Se transcribe el fundamento número dos de dicha Sentencia :

*Segundo.-Centrado así el litigio en esta alzada, se considera contraria a derecho la respuesta dada por el Juez "a quo". Efectivamente, la actora era titular de una autorización de residencia obtenida al amparo del artículo*



**45.2.c) del Real Decreto 2393/2004, a tenor del cual "2. Se podrá conceder una autorización de residencia por razones de arraigo, en los siguientes supuestos: c) Cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles."** Añadiendo el apartado 6 que " En virtud de su carácter excepcional, las autorizaciones concedidas con base en este artículo, así como sus renovaciones, tendrán una vigencia de un año, sin perjuicio de lo establecido en el art. 47 y en la normativa de asilo."

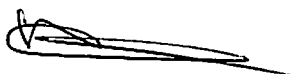
Dicho artículo 47, en su apartado 1 dispone lo siguiente: "Los titulares de una autorización concedida por el Secretario de Estado de Seguridad, o autoridad en quien delegue, podrán renovar la autorización siempre que se aprecie por las autoridades competentes que permanecen las razones que motivaron su concesión. Solamente en el caso de que las autoridades concluyesen que han cesado las razones que motivaron su concesión, podrán solicitar una autorización de residencia o una autorización de residencia y trabajo, siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos por este reglamento para su obtención, con excepción del visado.". Así pues, resulta evidente que la autorización ostentada por la apelante es susceptible de renovación, siempre, claro está, durante el mismo periodo de tiempo que el citado artículo 45.6 establece. Lo que no obsta a que el extranjero que se halle en tal situación pueda optar por solicitar las autorizaciones en los términos que prescriben el apartado 3 del artículo 47 y el artículo 98 del citado Real Decreto 2393/2004

#### **FALLAMOS**

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por D.<sup>a</sup> Virginia, contra la sentencia N° 57/10, de 12 de febrero de 2010, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n° 10 de los de Valencia en el Procedimiento Abreviado n° 698/08, debemos anular y anulamos la misma y, en consecuencia, se estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de la actora contra la Resolución de fecha 25 de septiembre de 2008, dictada por el Delegado del Gobierno en la Comunidad Valenciana, desestimatoria del recurso de Alzada formulado contra la resolución del Subdelegado del Gobierno en Valencia de 14 de marzo de 2008, por la que se acordó denegar a dicha extranjera la renovación de la autorización de residencia del artículo 45.2.c) del Real Decreto 2393/2004, las cuales asimismo se anulan, declarando el derecho de la mismo a tal autorización.

#### **QUINTA.- RENOVACIONES (artículo 130.4 , 202 y 71 y 53 )**

El Reglamento de Extranjería permite que, si se cumplen los requisitos de cualquier renovación, la autorización precedente de arraigo familiar, cuando vaya a caducar (dos meses antes del año de vigencia de las mismas) se pueda modificar a una autorización inicial de residencia y trabajo o sólo residencia, según se cumplan los requisitos para ello. Así, se hace una remisión del artículo 130.4 al 202 y este al artículo 71 de las renovaciones en general por cuenta ajena.



El artículo 71 abre un abanico importante de posibilidades para la renovación, pero la Administración desde un principio se ha centrado en la única solución de entender que estos progenitores/as debían cotizar 6 meses y estar de alta en el momento de la "renovación".

Se ha obviado de manera sistemática la posibilidad de acreditar medios económicos de las parejas de estos/as progenitores/as cuando no estuvieran casados o registrados como pareja de hecho.

La mayoría de los casos detectados cumplirían los requisitos para la renovación, ya que acreditan una relación análoga a la afectividad o pareja estable con medios económicos suficientes, contemplada en la normativa de Extranjería, en la Jurisprudencia y las Directivas Europeas de comunitarios/as y reagrupación familiar.

Sin embargo, la discusión por parte de la Administración se plantea en términos de la no consideración de las relaciones análogas a la afectividad como circunstancia comprendida en la normativa de aplicación (RD 557/2011) a la hora de valorar o no la carencia de medios del otro progenitor y padre/madre de los/as menores de nacionalidad española, para ver si se cumple con los requisitos del artículo 71.

A continuación se expone lo que se entiende por relación análoga a la afectividad, y como está contemplada en el propio reglamento de Extranjería

#### **RELACIÓN ANÁLOGA A LA AFECTIVIDAD:**

Partiendo de la legislación vigente, aclaramos tres cuestiones básicas:

##### **1. ¿Qué es una pareja de hecho?**

Nuestro ordenamiento jurídico entiende por pareja de hecho la unión estable de convivencia entre dos personas no unidas por matrimonio.

Sinónimos de la expresión de "pareja de hecho" son los términos de "unión paramatrimonial" y convivencia "more uxorio".

##### **2. ¿Cuáles son los requisitos necesarios para que exista una pareja de hecho?**

Para que se reconozca la existencia de una "pareja de hecho" deben concurrir las siguientes circunstancias:

- Que se trate de una unión entre dos personas ya sea de carácter heterosexual u homosexual.
- Una relación pública y notoria, esto es, que se comporten frente a terceros como si de un matrimonio se tratase.
- Que no estén unidas por matrimonio.
- Que lleven una vida estable y sea duradera.



- La existencia de unos intereses comunes en el desarrollo de una vida familiar.

Si bien se exige que la unión de hecho tenga cierta estabilidad, la **legislación actual no establece un plazo concreto** a partir del cual se considera que existe la misma; hay algunas referencias en la legislación de arrendamientos urbanos, donde al abordar el capítulo de las subrogaciones en los contratos de alquiler de viviendas, dispone que cabrá la subrogación del cónyuge o de la persona con quien conviva maritalmente independientemente de su opción sexual, siempre que esta convivencia haya durado al menos 2 años o exista descendencia en común.

### **3. ¿Cómo puede acreditarse la existencia de una pareja de hecho?**

A través de, entre otros, los siguientes documentos y pruebas:

- Capitulaciones "paramatrimoniales" y declaraciones de convivencia efectuadas ante Notario: acreditan la existencia de la unión desde la fecha de su otorgamiento o firma. En las capitulaciones citadas, suelen pactarse las relaciones económicas de la pareja, tanto las que van a regir su durante la relación de convivencia como las que se adoptarán en caso de ruptura.
- Contratos privados celebrados entre los/as compañeros/as, que tendrán un alcance similar a las capitulaciones anteriores.
- Contratos bancarios, contratos de aperturas de cuentas corrientes, suscripción de tarjetas de crédito... etc. pueden presuponer una disposición conjunta e indistinta del patrimonio común de los convivientes.
- Contratos con terceros como arrendamientos, venta de bienes... etc. demostrarían la existencia de una vida en común y de una disposición común de bienes.
- El empadronamiento y el domicilio fiscal, servirían para demostrar la convivencia de la pareja en la misma vivienda.
- La cartilla de la Seguridad Social y la designación de uno de los convivientes como beneficiario/a.
- Los testigos/as.
- La existencia de hijos/as comunes, así como el libro de familia expedido por el Registro Civil.
- El Registro de Uniones de Hecho acreditaría la convivencia de hecho desde la fecha de la inscripción en el mismo.

Cuando la Oficina de Extranjería requiere la documentación que acredite alguno de los extremos del artículo 71 del RD 557/2011, nos encontramos con que los requisitos económicos son solicitados en los siguientes términos (transcribimos a modo de ejemplo uno de los requerimientos hechos a una de las progenitoras que conocemos):

*“Acreditar que su cónyuge, en su caso, cumple con los requisitos económicos para la reagrupación familiar (inscripción del matrimonio / pareja de hecho debidamente legalizada , contrato de trabajo vigente y tres últimas nóminas , así como certificado de convivencia de las personas que viven en su domicilio ( descendientes , ascendientes ,etc )”*

Se está obviando, por tanto, parte del artículo 71.2 f del Reglamento de Extranjería, apartado segundo, que según texto literal dice:

*“El cónyuge cumpliera con los requisitos económicos para reagrupar al trabajador. Se procederá igualmente a la renovación, cuando el requisito sea cumplido por la persona con la que el extranjero mantenga una relación de análoga afectividad a la conyugal en los términos previstos en materia de reagrupación familiar.*

La relación de análoga afectividad a la conyugal no debe ceñirse a la descrita en el requerimiento, es decir, a la pareja de hecho inscrita en un Registro Público.

Si fuera así, el artículo lo hubiera concretado, ya que en otros artículos de la normativa de extranjería lo ha hecho de manera específica.

Las relaciones análogas de afectividad y las relaciones de parejas estables, distintas a las uniones de hecho y a las conyugales, están previstas en la normativa sobre Extranjería (Régimen General y Régimen Comunitario) así:

**- El artículo 17.4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, sostiene, en relación a la reagrupación familiar, que “la persona que mantenga con el extranjero residente una relación de afectividad análoga a la conyugal se equipará al cónyuge a todos los efectos previstos en este capítulo, siempre que dicha relación esté debidamente acreditada y reúna los requisitos necesarios para producir efectos en España”.**

El apartado cuarto del artículo 17 introduce la novedad más importante que aporta la Ley 2/2009 a la regulación del derecho a la reagrupación familiar. Tras un prolongado silencio del legislador/a español, se incluye entre los beneficiarios/as de este derecho a la persona que tenga con el/la reagrupante una relación de afectividad análoga a la conyugal. Dicho de manera más sencilla, podrá ser reagrupada la pareja de hecho del residente extranjero/a. A estos reagrupados/as, tal y como señala el Preámbulo de la Ley, se les facilita el acceso inmediato al mercado de trabajo. Esta ampliación debe ser valorada de manera positiva, dado el reconocimiento a nivel social y jurídico que estas uniones tienen y su correspondiente equiparación a las uniones matrimoniales, no sólo en nuestro ordenamiento, sino en los del resto de los países de la Unión Europea. No se debe olvidar, además, que es un modelo que vertebra a las familias en muchos de los países de origen de los inmigrantes, siendo especialmente significativos los países Iberoamericanos. Conviene recordar, además, que el artículo 39 de nuestra Constitución protege a la familia y, por ende, a la familia no matrimonial.

La Directiva de 2003 sobre reagrupación familiar ya había abierto las puertas a esta posibilidad, dejando a la discrecionalidad de los diferentes Estados miembros el acogerse a ella o no. El artículo 4.3 era claro al señalar que éstos podrán, por vía legislativa o reglamentaria, autorizar la entrada y residencia del compañero/a no casado nacional de un país tercero, que mantenga con el reagrupante una relación estable debidamente probada, o del nacional de un tercer país que constituya con el reagrupante una pareja registrada.

Por su parte, la Directiva 2004/38 relativa a los derechos de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, ya incluía como miembro de la familia a la pareja registrada. De ello trae causa directa la inclusión en el real decreto de 2007 de la pareja con la que se mantenga una relación análoga a la conyugal, inscrita en un Registro público de un Estado de la Unión Europea o parte del Espacio Económico Europeo.

Se puede observar que hasta estos momentos y en relación con esta cuestión, se producía una evidente diferencia de trato con la regulación de la Ley de extranjería. Pero, además, esas diferencias se veían agravadas por el hecho de que ya la Ley 5/1984, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado/a, designaba entre los/as beneficiarios/as de asilo al cónyuge del refugiado/a o a la persona con la que se halle ligado por análoga relación de afectividad y convivencia (precisión que mantiene la actual Ley 12/2009 reguladora del Derecho de Asilo y de la protección subsidiaria). Por su parte, la jurisprudencia, en algunas decisiones, ya vino a anticipar la solución que ahora ha acogido el legislador/a, valgan como ejemplos las SSTS de 9 de marzo y 6 de mayo de 2000.

Por lo que respecta a la delimitación concreta del supuesto descrito en el artículo 17.4, cabe llamar la atención sobre el hecho de que se evita mencionar el término «pareja». Se opta por describir, en su lugar, la relación que une a la persona con el/la residente extranjero/a como «relación de afectividad análoga a la conyugal», pero nada se dice de la necesidad de convivencia, ni se exige expresamente otro tipo de requisitos como hubiera sido el de inscripción en un Registro público y/o el de estabilidad.

**- La DISPOSICIÓN ADICIONAL VIGÉSIMO TERCERA del Reglamento de Extranjería (RD 557/2011), relativa a la facilitación de la entrada y residencia de los familiares de ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, no incluidos en el ámbito de aplicación 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, establece que:**

**“Las autoridades competentes facilitarán, de acuerdo con 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, y en el presente Reglamento,**

*la obtención del visado de residencia o, en su caso, de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales, a quien sin estar incluido en el artículo 2 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, acompañe a un ciudadano de la Unión o se reúna con él, y se halle en una de las siguientes circunstancias:*

*LETRA B) Sea la pareja, ciudadano de un Estado no miembro de la Unión Europea ni parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable debidamente probada.*

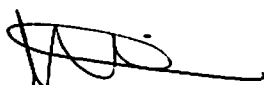
- **El artículo 53 del RD 557/2011**, relativo a los familiares reagrupables, sostiene que el extranjero podrá reagrupar con él en España a los siguientes familiares:

b) La persona que mantenga con el reagrupante **una relación de afectividad análoga a la conyugal**. A los efectos previstos en este capítulo, se considerará que existe relación de análoga afectividad a la conyugal cuando:

- 1) Dicha relación se encuentre inscrita en un registro público establecido a esos efectos, y no se haya cancelado dicha inscripción; o
- 2) **Se acredite la vigencia de una relación no registrada, constituida con carácter previo al inicio de la residencia del reagrupante en España. A dichos efectos, sin perjuicio de la posible utilización de cualquier medio de prueba admitido en Derecho, tendrán prevalencia los documentos emitidos por una autoridad pública.**

La análogas relaciones de afectividad son reconocidas en numerosas Sentencias que inciden en que el grado de asimilación a la relación conyugal no se ha de medir tanto por la existencia o no de un proyecto de vida en común, sino por la comprobación de que comparte con aquélla la naturaleza de la afectividad, que es donde la redacción legal pone el acento; a saber, la propia de una relación personal e íntima que traspasa con nitidez los límites de una simple relación de amistad por intensa que sea. En este sentido se pronuncia la **Sentencia de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya, número 31/2.007, de 22 de enero, con cita de la Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Ávila, número 202/2.005, de 20 de diciembre**, añadiendo que no debe obstar que en la relación no existieran "planes de futuro" pues, de ser así, pudo responder a múltiples causas, incluso ajenas a la voluntad de los interesados/as, tal y como la realidad social pone de manifiesto, no implicando dicho extremo merma de la intensidad en la relación ni en la afectividad que la acompaña.

**La Sentencia de la Sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid, número 466/2.007, de 11 de junio**, entre otras, señala que determinar en qué supuestos la relación puede obtener tal calificación, por la existencia de





circunstancias de hecho que permitan advertir ese plus que acredita la seriedad, estabilidad y vocación de permanencia de la relación, es una cuestión de hecho sujeta a la necesaria acreditación dentro del proceso penal intensidad en la relación ni en la afectividad que la acompaña.

Además, algunas de las Sentencias se hacen eco de que, en los distintos Seminarios de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y de los Magistrados/as destinados en Secciones de Audiencias Provinciales especializadas en Violencia sobre la Mujer, se han adoptado criterios uniformes, conforme a los cuales en los referidos preceptos estarían incluidos los novios, pero siempre que en la relación exista una evidente vocación de estabilidad, no bastando para cumplir las exigencias del mismo las relaciones de mera amistad o los encuentros puntuales y esporádicos

Analizando la Jurisprudencia Menor, como la **Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 4ª, en su sentencia de 12 Ene. 2007, rec.1075/2006,** donde señala que las relaciones afectivas análogas se identifican por las notas de la continuidad y de la estabilidad propia del matrimonio. Por continuidad debe entenderse la habitualidad en el modo de vida en común que exterioriza un proyecto compartido. La continuidad es compatible, obviamente, con rupturas de la convivencia más o menos breves que no impidan reconocer la existencia de un proyecto finalístico de vida en común. Por su parte, la estabilidad indica o comporta una idea de permanencia en el tiempo.

Puede traerse también aquí una reciente sentencia de la **Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de Mayo de 2.008, sección 20,** que entiende por relación de afectividad análoga al matrimonio la que se da entre dos personas cuando, por existir entre ellas vínculos emocionales y sentimentales, deciden compartir su vida cotidiana por tener un proyecto común de presente y de futuro,  **aunque no convivan**; lo que significa que la única relación que estaría excluida del tipo sería la de amistad entre dos personas, incluso aunque mantuvieran relaciones sexuales, reconociendo una relación de noviazgo o pareja sentimental en el sentido típico durante la minoría de edad.

En igual sentido, la **SAP Barcelona, Sección 10ª, núm. 583/2004, de 7 de julio, en su recurso núm. 394/2004,** advierte que es cierto, que "la análoga relación de afectividad hace referencia a la unión de hombre y mujer dirigida a establecer una plena comunidad de vida, determinada y gobernada por los mismos ideales que si de un matrimonio se tratase, aunque se diferencia por la no celebración de éste (con las consecuencias jurídicas que ello conlleva); en todo caso, el tipo penal pretende dar protección no solo a la integridad personal de la víctima (en su doble dimensión de física y psíquica), sino que trasciende y se extiende a valores constitucionales tales como el derecho a la **dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad**, proscribiendo tratos inhumanos y degradantes y afectando principios rectores de la política social y económica, como son la protección del a familia y de los hijos/as (STS de 24 de junio de 2000 ; es decir, el bien jurídico protegido sería la paz familiar. De aquí que el legislador/a, a través de las sucesivas reformas por Ley Orgánica 14/99 y 11/03 amplió los sujetos pasivos del tipo



penal en estudio, incorporando la análoga relación de afectividad con convivencia en la primera de ellas y aún sin convivencia en la segunda, en coordinación con los cambios sociales apreciados. Dichas modificaciones tienen una sustancial importancia en relación al supuesto en estudio, por cuanto en la actualidad, por voluntad del legislador/a, se ha ampliado sustancialmente el supuesto de hecho típico.

En el ámbito penal se centra en la redacción dada al **art. 173.2 CP**, al añadirse a la **análoga relación de afectividad "...aún sin convivencia..."**, expresión que no venía recogida en la redacción dada tras la reforma de 1999. Con ello, se ha pretendido, claramente, incluir otros supuestos de hecho que con anterioridad quedaban excluidos (por mor de la regulación legal e interpretación jurisprudencial), en los que se denota una especial vinculación o unión más allá de la simple amistad pero que no quedaban inmersos en una unión de hecho (y mucho menos en la matrimonial), por falta de ese elemento de convivencia que era la determinante de una estabilidad, de un proyecto de futuro y de una vocación hacia la creación de una unidad familiar concreta. Con la nueva terminología introducida, se ha pretendido englobar aquellas situaciones fácticas (y cada vez más frecuentes) en la que la especial vinculación de pareja, de fidelidad, de unidad, de futuro, no tenían el mismo trato por no existir convivencia bajo el mismo techo (con la imposibilidad de compartir mesa, lecho y techo, tal y como recoge la STS de 11 de mayo de 1995 ; son igualmente situaciones tutelables por existir esa especial relación que trasciende lo personal, pasando por lo familiar y llegando al ámbito social, en el que la sociedad, en general, entiende que la relación creada por el noviazgo trasciende a los lazos de la amistad, del afecto, de la confianza, para crear un vínculo de complicidad estable, duradero y con vocación de futuro, mucho más estrecho e íntimo del que se generan obligaciones y derechos (aún morales) para los interesados/as, reconocidas y respetadas por los integrantes del ámbito social en el que se "mueven". Incluso, y es práctica habitual, el que la situación de noviazgo comporte determinadas obligaciones de carácter pecuniario (piénsese en la celebración de contratos bancarios por los novios, o la compra conjunta de un inmueble, o la apertura de negocios), acreditativo de ese plus que ha venido a reconocer y recoger el legislador/a con la última reforma de 2003, al ser consciente de la trascendencia que en la vida cotidiana representa el régimen de pareja, aún sin convivencia.

Por último, el **Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 17 Nov. 2010, rec. 911/2010**, en sus FUNDAMENTOS DE DERECHO refiere:

*"PRIMERO.- La cuestión que se trata de dilucidar en este recurso es si una viuda cuyo cónyuge ha fallecido a consecuencia de una enfermedad previa al matrimonio, habiendo durado éste menos de un año tendrá derecho a la pensión de viudedad propiamente dicha o, por el contrario, solamente a la prestación temporal de viudedad contemplada en el artículo 174 bis de la LGSS. La respuesta dependerá de la interpretación que se dé a la solución alternativa a la exigencia de ese plazo de un año de duración del matrimonio (artículo 174.1, párrafo tercero , primer inciso de la LGSS) prevista en el artículo 174.1, párrafo tercero, segundo inciso, según el cual: "No se exigirá dicha duración del vínculo matrimonial cuando en la fecha de celebración del*

**mismo se acreditara un período de convivencia con el causante, en los términos establecidos en el párrafo cuarto del apartado 3, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años". Más concretamente, el problema interpretativo reside en determinar el alcance de la expresión "en los términos establecidos en el párrafo cuarto del apartado 3" del propio artículo 174 . SEGUNDO.- La sentencia recurrida -que confirma la de instancia desestimatoria de la demanda de la hoy recurrente y avaladora de la tesis interpretativa del INSS- entiende que esa remisión del artículo 174.1 al 174.3, párrafo cuarto, lo es a la integridad del mismo. Por el contrario, la sentencia de contraste, entiende que lo es solamente a su inciso primero (hasta el primer punto y seguido), como explicaremos más adelante. Pero procede comprobar ahora los requisitos de la contradicción entre ambas sentencias que, efectivamente concurren. En ambos casos se trata de la solicitud de una pensión de viudedad tras el fallecimiento de un cónyuge a consecuencia de una enfermedad diagnosticada con anterioridad al matrimonio, matrimonio que no ha llegado al año de duración y en el que no había hijos comunes. La única manera, pues, de poder acceder a la pensión solicitada es demostrar la convivencia de hecho anterior al matrimonio por una duración, sumada al de la duración del matrimonio, superior a dos años. Lo cual se cumple en ambos casos: en la sentencia recurrida consta como probado en el Antecedente de Hecho Primero (que recoge los hechos probados de la sentencia de instancia, que permanecen inalterados en suplicación) que la convivencia duró desde el 20/08/1992, celebrándose el matrimonio el 05/11/2008 y produciéndose el fallecimiento el 25/11/2008: es decir, más de dieciséis años. Y en la sentencia de contraste también se acredita esa convivencia desde el 21/05/1996, habiéndose celebrado el matrimonio el 05/10/2007 y habiendo acaecido el fallecimiento el 02/02/2008: es decir, casi doce años. Sin embargo, las sentencias confrontadas llegan a resultados opuestos: la recurrida niega la pensión de viudedad y la de contraste la otorga, precisamente por interpretar de manera diversa los preceptos aplicables, ya repetidamente citados. De ahí que el recurso de casación unificadora denuncie la infracción legal producida por la sentencia recurrida en la aplicación de esos preceptos. TERCERO.- Procede ya explicitar cuales son esas dos interpretaciones enfrentadas. El precepto clave es el artículo 174.3, párrafo cuarto que dice así: "Se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de efectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante." Según la sentencia recurrida, al remitirse el artículo 174.1, apartado tercero al precepto recién transcrito, no basta con demostrar la convivencia de hecho desde un punto de vista**

material, esto es, como un hecho social, sino que es preciso además la acreditación de su constitución como un hecho jurídico que exige una determinada forma: inscripción en algunos de los Registros que se citan o documento público. Siendo así que, en el caso, la convivencia de hecho está acreditada pero no consta ni su inscripción registral ni su formalización en documento público, no se cumpliría el requisito exigido por el artículo 174.1 in fine. Por el contrario, la sentencia de contraste entiende que basta con la acreditación de la convivencia de hecho -aunque sin inscripción ni formalización alguna- puesto que estas otras exigencias están establecidas para otorgar pensión de viudedad a parejas de hecho pero no para cuando se trata de matrimonio, como es el caso. Lo que ocurre es que, para evitar matrimonios de conveniencia, cuando el fallecimiento se produce por enfermedad anterior se exige o bien una duración del matrimonio de un año o bien una duración de ese matrimonio más una convivencia anterior por un total de más de dos años. Es decir, que la remisión debe entenderse hecha exclusivamente al primer inciso del artículo 174.3, apartado cuarto. CUARTO.- La doctrina correcta es la de la sentencia de contraste que coincide, además, con la ya establecida por esta Sala en Sentencia de 20/07/2010 (Rec. U.d. 3715/2009), a la que hay que estar por un elemental principio de seguridad jurídica. Decíamos allí: "si el derecho a la pensión en las singulares situaciones matrimoniales que se examinan [fallecimiento por enfermedad común previa al matrimonio que no hubiese alcanzado el año de duración] se sujeta a haberse acreditado "un periodo de convivencia ... en los términos establecidos en el párrafo cuarto del apartado 3, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años", está claro que con tal mandato el legislador únicamente está imponiendo que se cumpla el expresamente citado requisito de la convivencia [por dos años, menos la duración que haya tenido el propio matrimonio], a justificar por el correspondiente empadronamiento [u otro singular medio de prueba, conforme a nuestras indicadas sentencias de 25/05/10 -rcud 2969/09 - y 09/06/10 -rcud 2975/09 -], sin que en forma alguna sea también exigible - para esa convivencia prematrimonial- el requisito de inscripción o escritura pública, que es propio de la pensión correspondiente a la "pareja de hecho" cuyo miembro superviviente pretende el derecho a la pensión, y cuya razón de ser [acreditamiento fehaciente del compromiso de convivencia] ya está cumplidamente atendido por el propio matrimonio posterior; porque - insistimos- el supuesto de que tratamos se encuadra en la vía matrimonial para el acceso a la prestación de viudedad."

**SEXTA.- EL INFORME DE ESFUERZO DE INTEGRACIÓN (ARTÍCULO 71.6) COMO ALTERNATIVA PARA LAS MADRES Y PADRES DE MENORES DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA QUE VAYAN PRESENTANDO SU SOLICITUD DE RENOVACIÓN EN EL FUTURO.**

Por parte de la Administración, se ha obviado la posibilidad de renovación con un Informe de Esfuerzo de Integración emitido por la Comunidad Autónoma, hasta el punto de que ni siquiera se ha informado de dicha posibilidad.



Así, el artículo 71.6 del RD 557/2011, sostiene que:

***Igualmente se valorará el esfuerzo de integración del extranjero acreditado mediante el informe positivo de la Comunidad Autónoma de su lugar de residencia.***

***Dicho esfuerzo de integración podrá ser alegado por el extranjero como información a valorar en caso de no acreditar el cumplimiento de alguno de los requisitos previstos para la renovación de la autorización.***

***El informe tendrá como contenido mínimo la certificación, en su caso, de la participación activa del extranjero en acciones formativas destinadas al conocimiento y respeto de los valores constitucionales de España, los valores estatutarios de la Comunidad Autónoma en que se resida, los valores de la Unión Europea, los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre mujeres y hombres, así como el aprendizaje de las lenguas oficiales del lugar de residencia. En este sentido, la certificación hará expresa mención al tiempo de formación dedicado a los ámbitos señalados.***

***El informe tendrá en consideración las acciones formativas desarrolladas por entidades privadas debidamente acreditadas o por entidades públicas.***

Existía una Instrucción de la Dirección General de Inmigración que desarrollaba y explicaba cómo debía ser este Informe de Esfuerzo de Integración (Instrucción DGI/SGRJ/8/2011, sobre ***esfuerzo de integración***).

Dicha Instrucción fue derogada posteriormente por la Instrucción SGIE/2/2012, por la que se deroga la Instrucción DGI/SGRJ/8/2011 sobre desarrollo del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros/as en España y su integración social, en materia de informes sobre Esfuerzo de Integración.

Dicha derogación se produjo porque era muy estricta en su desarrollo, por la escasa utilización por parte de los/as interesados/as y la nula valoración que hacía la Administración de dichos informes. La derogación de dicha Instrucción deja a la Administración Autonómica amplio margen de desarrollo según sus criterios conforme al texto literal del Reglamento en su artículo 71.6.

No obstante, cuando se hablaba del contenido mínimo de este informe, se sostenía lo siguiente;

***"1. El contenido a valorar del informa sobre esfuerzo de integración se limitará a las siguientes cuestiones:***

- a) ***Tendrá como contenido mínimo la participación del extranjero en las acciones formativas reflejadas en el mismo, debiendo tenerse en consideración su asistencia regular a las mismas y en ningún caso su***



*grado de superación de las pruebas que se hubieran podido realizar, conste éste o no en el correspondiente informe. Dichas acciones formativas deben haber sido realizadas por entidades privadas acreditadas o por entidades públicas, No resulta exigible que la entidad privada haya sido acreditada por la misma Comunidad Autónoma que emite el informe sobre esfuerzo de integración o que la entidad pública depende o esté adscrita a dicha Administración Autónoma.*

- b) Al mencionado contenido mínimo podrán sumarse, en su caso, otros aspectos contenidos en el mismo por decisión de la Comunidad Autónoma que emite el informe, siempre que guarden relación directa con el esfuerzo de integración del extranjero.*

*Por lo tanto la Administración Autónoma puede tener en cuenta para emitir el informe de esfuerzo de integración, aparte de las acciones formativas como contenido mínimo, otras circunstancias personales del solicitante que hagan merecedoras de acreditar un esfuerzo de integración”.*

Una de esas circunstancias sería la de mantener a unos/as hijos/as de nacionalidad española en el contexto actual de crisis socio-económica que atravesamos, y que supone un “sobreesfuerzo” de integración.

#### **SÉPTIMA.- NUEVAS SOLICITUDES DE ARRAIGO FAMILIAR.**

Consideramos que, en el caso de aquellas madres y padres de menores de nacionalidad española que han quedado en irregularidad sobrevenida por entender la Oficina de Extranjería que no cabe la posibilidad prórroga, o por entender que no cumplen con los requisitos del artículo 71 del RD 557/2011, y que no recurrieron la decisión (mediante los recursos que correspondieran), no hay obstáculo legal alguno para que puedan volver a presentar nueva solicitud da arraigo familiar, y más con los pronunciamientos judiciales expuestos que impiden la denegación de la autorización de residencia y trabajo para los progenitores de menores a su cargo nacionales de la UE.

La Oficina de Extranjería permite la presentación de nuevas solicitudes de arraigo social con contrato de trabajo, cuando estás hubiesen sido denegadas por causas achacables a las empresas o empleadores.

No hay causa de inadmisión de una nueva solicitud en la normativa de extranjería.

La fundamentación aducida para denegar alguno de los casos nuevamente presentados argumentando que no cabe prórroga es arbitraria, porque no se trata de una motivación aplicable a una nueva solicitud de arraigo familiar, cuando el/la progenitor/a lleva un tiempo en irregularidad sobrevenida, y no se trata de una solicitud de prórroga, modificación o renovación de una autorización precedente .



Consideramos que a la nueva solicitud en determinados casos se pueda aportar como requisito complementario el Informe de Esfuerzo de Integración.

**OCTAVA.- DIFICULTADES ENCONTRADAS POR ALGUNAS PROGENITORAS QUE VOLUNTARIAMENTE HAN QUERIDO REGISTRARSE COMO PAREJAS DE HECHO EN EL REGISTRO DE UNIONES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS.**

Con la reciente reforma y modificación sustancial de la LEY 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias, por el artículo 34 de Ley 4/2012, 25 junio, de medidas administrativas y fiscales («B.O.C.» 26 junio), que entró en vigor el 1 de julio de 2012, y que impone el requisito de la acreditación de ostentar una autorización de residencia vigente, se ha hecho **IMPOSIBLE ACCEDER A REGISTRARSE COMO PAREJAS DE HECHO** para estas madres, debido a la irregularidad sobrevenida, o por la temporalidad de sus autorizaciones precedentes y lo complicado y largo que se ha convertido el procedimiento administrativo de inscripción en el Registro.

Ahora mismo ninguna de ellas puede acceder a registrarse como pareja de hecho, ya que están en irregularidad sobrevenida, con sus autorizaciones caducadas y denegadas y sin posibilidad de volver a acceder a las mismas a corto plazo.

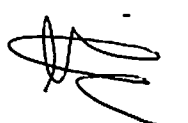
**ES POR LO ANTERIORMENTE EXPUESTO QUE,**

**SOLICITAMOS:**

**PRIMERO.-** Que se tomen las medidas oportunas para evitar la situación de irregularidad sobrevenida a la que se están viendo abocadas muchas madres y padres extranjeros de menores de nacionalidad española al cumplirse el primer año de concesión de la autorización de residencia por razones de arraigo familiar.

A tal fin solicitamos que se permita a estas madres y padres, como mínimo, la prórroga del arraigo familiar cuando no se pueda acreditar el disponer de medios económicos suficientes o no se tenga contrato en el momento de renovar, a fin de evitar que queden en situación administrativa irregular, con los perjuicios que esto supone tanto para ellas/os como para sus hijos e hijas de nacionalidad española.

**SEGUNDO.-** Que, cuando estas progenitoras y progenitores estén modificando su autorización precedente de arraigo familiar para acceder a una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, o de residencia no lucrativa por dos años, se consideren las relaciones de pareja de hecho o de



análoga afectividad en los casos en los que dicha pareja contribuya al sostenimiento de la familia.

**TERCERO.-** Que se considere y valore el Informe de Esfuerzo de Integración de la Comunidad Autónoma, en los términos que se sostienen en el artículo 71.6 del RD 557/2011.


**CUARTO.-** Que a aquellas/os progenitoras/es que se hayan quedado en situación administrativa irregular de manera irreversible, se les permita nuevamente solicitar la autorización por circunstancias excepcionales por razón de arraigo familiar, sin condicionamiento alguno, siempre que se mantenga las causas por las que se le concedió en su día. Entendemos que no hay motivos legales para denegar estas nuevas solicitudes.

**QUINTA.-** Que la Administración Estatal entienda las dificultades que tienen estas/os progenitoras/es para acceder al Registro de Parejas de Hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias.

**SEXTA.-** Que se autorice, por parte de la Subdelegación del Gobierno, a dos representantes de las asociaciones firmantes para que puedan interesarse en la Oficina de Extranjería de Santa Cruz de Tenerife por la marcha de los expedientes de las personas que en principio están afectadas y cuyos casos conocemos, y que se relacionan en documento que se adjunta, así como en aquellos casos futuros de los que tuviera conocimiento alguna de las asociaciones firmantes .

**OTROSI DIGO PRIMERO:** Que con el presente escrito se adjunta la siguiente documentación:

- Instrucciones de la Dirección General de Inmigración enumeradas en el escrito
- Extracto de las conclusiones del Abogado General del TJCE presentadas el 15 de mayo de 2012. Derecho de residencia de un nacional de un tercer país, titular de la patria potestad, en el Estado miembro de origen de su hijo. Ámbito de aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Aplicación del Derecho de la Unión y de la SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera) de 8 de noviembre de 2012, en donde se contemplan dichas conclusiones.
- Comentario de Doña Aurelia Álvarez, profesora de Derecho Internacional Privado de la Universidad de León, experta en Extranjería.
- Lista de progenitoras/es afectadas/os identificados por su nombre, número de identidad de extranjeras/os y número de expediente .





**Firman y apoyan el presente documento, en Santa Cruz de Tenerife, a 29 de mayo del año 2013, las siguientes Organizaciones:**

- Plataforma 8 de Marzo de Organizaciones de Mujeres de Tenerife.
- Plataforma de Acción Feminista Canaria.
- Foro contra la Violencia de Género de Tenerife.
- Asociación Mujeres, Solidaridad y Cooperación.
- Asociación para el Desarrollo Integral de las Mujeres Mercedes Machado.
- Médicos del Mundo Canarias.
- Asociación Contramarea.
- Colectivo Harimaguada.
- Secretaría de la Mujer de Intersindical Canaria.
- Secretaría de la Mujer de la Unión Sindical Obrera de Canarias (USO–Canarias)
- Coordinadora Feminista de Tenerife.
- Asociación LGBTI Algarabía.
- Asociación Solidaridad con Madres Solteras.
- Red de Asociaciones de Mujeres de la Comarca Noroeste de Tenerife.
- Asociación de Mujeres Aremoga.
- Asociación de Mujeres Amarca.
- Asociación de Mujeres Pura Waló.
- Asociación de Mujeres Tayda.
- Asociación de Mujeres Gara.
- Asociación de Mujeres Zuleima.
- Gamá Colectivo LGTB de Canarias.
- Asociación Rural de Mujeres Tiemar.
- Colectivo Mujeres Libres Yazirat.
- Amnistía Internacional Tenerife.