

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN Nº 876/12

SENTENCIA NUMERO 260/2014

VIDEO BE
ILMOS. SRES.
PRESIDENTE:
DOÑA ANA ISABEL RODRIGO LANDAZABAL

MAGISTRADOS:
DON ÁNGEL RUIZ RUIZ
DON JOSÉ ANTONIO ALBERDI LARIZGOITIA

En la Villa de Bilbao, a ocho de mayo de dos mil catorce.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra la sentencia número 190/2012, de 17 septiembre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 2 de Donostia San Sebastián en el procedimiento abreviado número 95/2012, que estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución de 25/01/2012 de la Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa, por la que se denegó la autorización de residencia temporal con autorización para trabajar por cuenta ajena, anulándola, declarando el derecho de la recurrente a la obtención de la autorización solicitada.

Son parte:

- **APELANTE:** ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO -SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN GIPUZKOA-, representada y dirigida por el ABOGADO DEL ESTADO.

- **APELADO:** *[Redacted]*, representada por el Procurador D. JESÚS GORROCHAATEGUI ERAUZKIN y dirigida por la Letrada D^a. VIVIANA ECHEVERRIA PASCUAL.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ ANTONIO ALBERDI LARIZGOITIA.

Recepcionado en el
C. PROCURADORES EL DIA ANTERIOR

20 MAY 2014

BIZKAIKO AUZITEGIETAKO
PROKURADOREEN ELKARGO OSPETSUA
FIRMA PROCURADOR

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO -SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN GIPUZKOA- recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia por la que se estime el recurso interpuesto y se revoque la sentencia de instancia.

SEGUNDO.- El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación .

Por ... se presentó, en fecha 5 de noviembre de 2012, escrito de oposición al recurso de apelación formulado de contrario, suplicando se dicte sentencia estimando dicha oposición, anulando la resolución que deniega la concesión de la autorización de residencia temporal por arraigo familiar con autorización para trabajar, de 25 de enero de 2012, de la Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa.

TERCERO.- Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 29 de abril de 2014, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

CUARTO.- Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La Administración General del Estado interpone el presente recurso de apelación número 876/2012 contra la sentencia número 190/2012, de 17 septiembre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 2 de Donostia San Sebastián en el procedimiento abreviado número 95/2012, que estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución de 25/01/2012 de la Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa, por la que se denegó la autorización de residencia temporal con autorización para trabajar por cuenta ajena, anulándola, declarando el derecho de la recurrente a la obtención de la autorización solicitada.

La resolución de 25/01/2012 de la Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa denegó la autorización temporal de residencia con autorización para trabajar por cuenta ajena solicitada por circunstancias excepcionales de arraigo familiar por ser la solicitante madre de un menor español, al constarle antecedentes penales derivados de: (1) la sentencia de 13/08/2007, firme el mismo día, del Juzgado de Instrucción Número 5 de Donostia San Sebastián, condenatoria por un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, a la pena de 6 meses de multa y privación del permiso de conducir por diez meses; (2) sentencia de 16/06/2008, firme el mismo día del Juzgado de Instrucción Número 4 de Donostia San Sebastián, condenatoria por un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, a la pena de 20 días de trabajos en beneficio de la comunidad, y 8 meses de multa; y (3) sentencia de 28/02/2011, firme el mismo día del Juzgado de Instrucción Número 5 de Donostia San Sebastián, condenatoria por un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, a la pena de 48 días de trabajos en beneficio de la comunidad, y de 13 meses y 10 días de privación del derecho a conducir vehículos a motor.

Contra dicha resolución interpuso recurso jurisdiccional que fue estimado por la sentencia apelada, que pese al tenor del artículo 128.2.a) del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 abril (RLOEX), argumenta que la pena impuesta se halla cumplida y que respecto de los antecedentes penales prevalece el arraigo familiar y la estabilidad familiar del menor que se vería afectada en el caso de denegarse el permiso.

Contra dicha sentencia se interpone el presente recurso de apelación, pretendiendo su revocación y el dictado de otra desestimatoria del recurso interpuesto. Alega la Administración General del Estado que de conformidad con lo previsto por el artículo 128.2.a) RLOEX, los antecedentes penales con que cuenta la interesada impiden la concesión de la autorización solicitada, máxime teniendo en cuenta que si bien acredita el cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, no acredita el cumplimiento de la pena privativa de derechos.

La recurrente en la instancia, favorecida por la sentencia apelada, se opuso al recurso.

SEGUNDO: La cuestión controvertida estriba en determinar si la interesada, de nacionalidad venezolana, tenía derecho a la autorización de residencia temporal con autorización para trabajar por cuenta ajena por circunstancias excepcionales de arraigo, que solicitó al amparo del art. 124.3 RLOEX por ser madre de un menor español con el que convive, teniéndolo a su cargo, pese a los antecedentes penales con que contaba, y ello teniendo en cuenta que el art. 128.2.a) RLOEX establece que el solicitante “deberá aportar certificado de antecedentes penales o documento equivalente expedido por autoridades del país o países en que haya residido durante los cinco años anteriores a su entrada en España, en el que no deberán constar condenas por delitos existentes en el ordenamiento español.”

Esto es, lo que debemos dilucidar es si los antecedentes penales de la solicitante impiden la concesión de la autorización *ex art. 128.2.a) RLOEX*, con las

consecuencias inherentes de: (1) denegación de la autorización, (2) deber de salida obligatoria de España *ex art.28.3.c) LOEX*, (3) situación irregular de la estancia en España (*art.53.1.a) LOEX*), (4) imposibilidad de atender a su hijo de nacionalidad española al verse privada de fuentes de recursos económicos, y (5) situación de necesidad del menor de nacionalidad española de seguir a su madre viéndose privado de los derechos inherentes a la nacionalidad.

Se trata de determinar la posición jurídica de la madre, nacional de un Estado tercero a la Unión Europea, de un menor español con el que convive y se halla a su cargo, en el marco del Derecho de extranjería.

TERCERO: El enfoque de la cuestión desde la perspectiva del derecho de la Unión Europea ha recibido respuesta del TJUE en reiteradas sentencias, a partir de la sentencia de 19 de octubre de 2004 dictada por el Pleno en el asunto C-200/02, entre Kunqian Catherine Zhu y Man Lavette Chen contra el Secretary of State for the Home Department del Reino Unido.

Su doctrina se reitera en la más reciente sentencia de 8 de marzo de 2011 (Recurso: C-34/2009), en la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal du Travail de Bruselas (Bélgica), Asunto Gerardo Ruiz Zambrano, en la que el tribunal remitente de la cuestión prejudicial deseaba saber si las disposiciones del Tratado FUE sobre la ciudadanía de la Unión debían interpretarse en el sentido de que confieren al ascendiente, nacional de un Estado tercero, que asume la manutención de sus hijos de corta edad, ciudadanos de la Unión, un derecho de residencia en el Estado miembro del que los menores son nacionales y en el que residen, al igual que una exención del requisito de tener permiso de trabajo en dicho Estado miembro.

La respuesta que a dicha cuestión da el TJUE es la siguiente:

<<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.>>

En esencia el fundamento jurídico de dicha respuesta es el siguiente:

<<41. El Tribunal de Justicia ha señalado en diversas ocasiones que la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros (véanse, en particular, las sentencias de 20 de septiembre de 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, Rec. p. I-6193, apartado 31; de 17 de septiembre de 2002, *Baumbast y R*, C-413/99, Rec. p. I-7091, apartado 82, y las sentencias, antes citadas, *García Avello*, apartado 21, y *Rottmann*, apartado 43).

42. En estas circunstancias, el artículo 20 TFUE se opone a medidas nacionales que tengan por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión (véase, en este sentido, en particular, la sentencia *Rottmann*, antes citada, apartado 42).

43. Pues bien, la negativa a conceder un permiso de residencia a una persona, nacional de un Estado tercero, en el Estado miembro en el que residen sus hijos de corta edad, nacionales de dicho Estado miembro, cuya manutención asume, y la negativa a concederle un permiso de trabajo, tienen tal efecto.

44. En efecto, debe considerarse que tal denegación del permiso de residencia tendrá como consecuencia que los mencionados menores, ciudadanos de la Unión, se verán obligados a abandonar el territorio de la Unión para acompañar a sus progenitores. Del mismo modo, si no se concede un permiso de trabajo a tal persona, ésta corre el riesgo de no disponer de los recursos necesarios para poder satisfacer sus propias necesidades y las de su familia, lo que tendrá también como consecuencia que sus hijos, ciudadanos de la Unión, se verán obligados a abandonar el territorio de ésta. En tales circunstancias, estos ciudadanos de la Unión se verán, de hecho, en la imposibilidad de ejercer la esencia de los derechos que les confiere su estatuto de ciudadanos de la Unión.

45. Por consiguiente, procede responder a las cuestiones planteadas que 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. >>

Por tanto, el estatuto de ciudadano de la Unión del menor nacional de un Estado miembro, comporta el derecho de su ascendiente directo nacional de un Estado tercero del que depende, a una autorización de residencia y trabajo.

En el ordenamiento interno, el RD 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, da respuesta a la situación de la ascendiente directa, nacional de un Estado tercero, de un menor ciudadano de la Unión Europea, previendo en sus arts. 2-d) y 8.1 la autorización de residencia mediante la expedición de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea con una validez de cinco años, al término de los cuales puede solicitar la residencia permanente (art.10). A ello se une que la expedición de la tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión, no puede ser denegada por la mera existencia de antecedentes penales sino que, para su denegación se requiere la concurrencia de un peligro real, actual y suficientemente grave para el orden público, la seguridad o salud pública (art.15) de conformidad con la STJUE de 10 de julio de 2008, asunto C-33/2007.

Por tanto, desde la perspectiva del derecho europeo, el estatuto de ciudadano de la Unión Europea del hijo menor de la solicitante de la autorización, se opone a la resolución denegatoria, en la medida en que privaría al menor de la esencia de los derechos inherentes a dicho estatuto.

CUARTO: En el ordenamiento nacional la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social,

en su art. 31, regula la situación de residencia temporal, y la condiciona con carácter general a la ausencia de antecedentes penales (núm.5).

El art. 31.3 LOEX prevé la concesión de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo, razones humanitarias, de colaboración con la justicia u otras semejantes.

El precepto fue desarrollado por el art.45 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, precepto que no contempló la autorización de residencia por la circunstancia excepcional de ser la solicitante madre o padre de un menor de nacionalidad española. La STS de 10 de enero de 2007 (Rec. 39/2005) interpretó que el precepto no agotaba todas las situaciones excepcionales previstas por el art. 31.3 LOEX, y con posterioridad numerosos pronunciamientos judiciales interpretaron que el precepto no agotaba en su regulación todas las circunstancias excepcionales previstas por el art. 31.3 LOEX, y que en consecuencia dicha situación era acreedora a la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales.

El Reglamento aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, contempla expresamente en el art. 124.3 la autorización de residencia temporal por razones excepcionales de arraigo familiar para el padre o madre de un menor de nacionalidad española, siempre que el progenitor solicitante tenga a su cargo al menor y conviva con él o esté al corriente de las obligaciones paternofiliales respecto del mismo, si bien, el art. 128.2.a), en congruencia con lo dispuesto por el art. 31.5 LOEX, condiciona la autorización a que carezca de antecedentes penales.

Es decir, que el legislador de segundo grado, remite la situación del ascendiente directo de un menor de nacionalidad española que se halla a su cargo y convive con él, al derecho común de extranjería aplicable a los extranjeros nacionales de Estados terceros a la Unión Europea o al Espacio Económico Europeo, régimen jurídico que resulta de peor condición que el correspondiente a los familiares de ciudadanos de la Unión, de acuerdo con los arts. 2-d, 8.1, 10 y 15 del RD 240/2007, de 16 de febrero, ya que la autorización a que da lugar es de un año de duración y se halla condicionada a la inexistencia de antecedentes penales, en tanto que el régimen de los familiares de ciudadanos de la Unión da lugar a una autorización de cinco años, a la que no obstan por sí mismos los antecedentes penales, si no son expresivos de un peligro real, actual y suficientemente grave para el orden o la seguridad públicos.

De otro lado, la STS de 26 de enero de 2005 (Recurso: 1164/2001), contemplando el supuesto de expulsión de la madre nacional de un Estado tercero a la Unión Europea, de un menor de nacionalidad española, sentó las siguientes conclusiones:

<<La existencia de ese hijo español es fundamental para la resolución de este recurso de casación, si se tienen en cuenta las siguientes ideas:

1ª.- La Constitución Española establece como principios rectores de la política social el de la protección social, económica y jurídica de la familia (artículo 39-1), así como el de la protección integral no sólo de los hijos, sino también de las madres (artículo 39-2).

En consecuencia con ello, el artículo 11-2 de la Ley 1/96, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor, dispone que serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos los siguientes: a) La supremacía del interés del menor; b) El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés, y c) Su integración familiar y social.

Así pues, puede decirse que, aunque no esté literalmente dicho en las normas (aunque sí lo está en su espíritu), el primer derecho del hijo menor de edad es estar, crecer, criarse y educarse con su madre. Se trata de un derecho derivado de la propia naturaleza, y, por lo tanto, más fuerte y primario que cualquier otro derecho de configuración legal. Por lo demás, es un derecho que tiene sus reflejos en concretos preceptos del ordenamiento jurídico (v.g., artículo 110 del Código Civil, que obliga al padre y a la madre, aunque no ostenten la patria potestad, a velar por sus hijos y prestarles alimentos; artículo 143-2º del propio Código, que obliga recíprocamente a los ascendientes y descendientes a darse alimentos; artículo 154, que impone a los padres el deber (y les reconoce el derecho) de velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, etc).

2ª.- El ordenamiento jurídico español no permite la expulsión del territorio nacional de ciudadanos españoles. (La comisión por un español de un delito o de una infracción administrativa son castigados con determinadas penas o sanciones, pero nunca con la expulsión del territorio nacional; fuera del supuesto de medida cautelar o sanción penal, "los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional", según el artículo 19 de la Constitución Española).

3ª.- La orden de expulsión de la madre, que aquí se recurre, o bien es también una orden implícita de expulsión de su hijo menor, que es español (lo que infringe el citado principio de no expulsión de los nacionales) o bien es una orden de desmembración cierta de la familia, pues la expulsión decretada provoca ineludiblemente la separación del hijo y de la madre, (lo que viola los preceptos que hemos citado de protección a la familia y a los menores).

Ni las normas sobre extranjería ni el sólo sentido común pueden admitir que la madre de un español sea una pura extranjera y se la trate como a tal; que el hijo español tenga todos los derechos y su madre no tenga ninguno, y que, en consecuencia, pueda expulsarse a la madre de España como una simple extranjera y quede en España el menor con todos sus derechos, pero sólo y separado de su madre.>>

QUINTO: Pues bien, a la luz de las anteriores consideraciones, hemos de responder a la cuestión planteada en el presente recurso de apelación, centrada en determinar si los antecedentes penales de la madre del menor español que se halla a su cargo impiden *ex art.128.2.a)* RLOEX la autorización de residencia por circunstancias excepcionales interesada al amparo del art. 124.3 RLOEX.

La conclusión necesariamente ha de ser negativa, toda vez que las consecuencias que la denegatoria conlleva son inasumibles tanto desde la perspectiva del estatuto de ciudadano de la Unión Europea del menor, como desde la perspectiva de los derechos inherentes a la nacionalidad del menor, en la medida en que indirectamente le privaría de su derecho a residir en España, y lesionaría su derecho a una vida íntima y familiar.

En consecuencia con lo razonado, procede la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia apelada.

ÚLTIMO: Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 139.2 de la Ley de la Jurisdicción, procede imponer las costas causadas a la parte apelante dada la desestimación del recurso, sin que concurren razones que justifiquen su no imposición, y ello con el límite de trescientos euros en relación con los honorarios de letrado de la parte apelada.

Vistos los artículos citados y demás preceptos de pertinente y general aplicación este Tribunal dicta el siguiente

FALLO

I.- Desestimamos el presente recurso de apelación nº 876/2012, interpuesto contra la sentencia número 190/2012, de 17 septiembre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 2 de Donostia San Sebastián en el procedimiento abreviado número 95/2012, que estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución de 25/01/2012 de la Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa, por la que se denegó la autorización de residencia temporal con autorización para trabajar por cuenta ajena, anulándola, declarando el derecho de la recurrente a la obtención de la autorización solicitada, sentencia que confirmamos.

II.- Imponemos a la apelante las costas causadas en esta instancia en los términos del último fundamento jurídico.

Devuélvase al Juzgado de procedencia los autos originales y el expediente administrativo para la ejecución de lo resuelto, junto con testimonio de esta resolución.

Esta resolución es firme y contra la misma no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO SALA DE LO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO / EAEko AUZITEGI NAGUSIA
ADMINISTRAZIOAREKIKO AUZIEN SALA**

BARROETA ALDAMAR 10-2ª Planta-C.P./PK: 48001
TEL.: 94-4016655

N.I.G. P.V./ IZO EAE: 20.05.3-12/000286
N.I.G. CGPJ / IZO BJKN: 20.069.33.3-2012/0000286

Procedimiento / Prozedura: Recurso apelación / Apelazioko errekurtsua 876/2012
- Sección 2ª NRT/ 2. Atala

Juzgado origen / Jatorriko epaitegia: Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Donostia / Donostiako
Administrazioarekiko Auzien 2 zk.ko Epaitegia
Procedimiento origen / Jatorriko Prozedura: Procedimiento abreviado / Prozedura laburtua 95/2012

Apelante / Alderdi apelatzailea: SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN GIPUZKOA - EXTRANJERIA
Representado por / Ordezkarria: ABOGADO DEL ESTADO

Apelado / Alderdi apelatua:
Representado por / Ordezkarria: JESUS GORROCHATEGUI ERAUZQUIN

ACTUACIÓN RECURRIDA / ERREKURRITUTAKO JARDUNA: RESOLUCION DE 25/01/12 DE
SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN GIPUZKOA DENEGATORIA DE SOLICITUD DE AUTORIZACION
DE RESIDENCIA TEMPORAL

DILIGENCIA.- En Bilbao, a quince de mayo de dos mil catorce.

La extiendo yo, Secretario Judicial, para hacer constar que en el día de hoy la anterior sentencia, firmada por quienes la han dictado, pasa a ser pública en la forma permitida u ordenada en la Constitución y las leyes, quedando la sentencia original para ser incluida en el libro de sentencias definitivas de esta sección, uniéndose a los autos certificación literal de la misma, procediéndose seguidamente a su notificación a las partes. Doy fe.

EGINBIDEA.-Bilbao(e)n, bi mila eta hamalau (e)ko maiatzaren hamabost(e)an.

Nik, idazkari judiciala naizen honek, egiten dut, jasota gera dadin, aurreko epaia --eman dutenek berek sinatua-- publiko egin dela gaur, Konstituzioak eta legeek onartu edo agindutako moduan, eta jatorrizko epaia atal honetako behin betiko epaien liburuan sartzeko uzten dela, autoei epaiaren hitzez hitzeko ziurtagiria erantsiko zaiela eta jarraian alderdiei jakinaraziko zaiela. Fede ematen dut.