

M.ª Pe. Il.ª Rey,

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN N° 426/2014

SENTENCIA NUMERO 210/2015

ILMOS. SRES.
PRESIDENTE:
D. LUIS ANGEL GARRIDO BENGOETXEA

MAGISTRADOS:
Dª. MARTA ROSA LOPEZ VELASCO
D. RAFAEL VILLAFANEZ GALLEGO



En la Villa de Bilbao, a veinticuatro de marzo de dos mil quince.

La Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los/as Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra la sentencia dictada el 14 de abril de 2014 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de BILBAO (BIZKAIA) en el recurso contencioso-administrativo número 290/2013.

Son parte:

- **APELANTE:** TARIK [REDACTED], representado por la Procuradora Dª. YOLANDA CORTAJARENA MARTINEZ y dirigido por el Letrado D. JOSE MARIA PEY ILLERA.

- **APELADO:** ADMINISTRACION DEL ESTADO, representado por y dirigido por el ABOGADO DEL ESTADO.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. RAFAEL VILLAFANEZ GALLEGO.

Recepcionado en el
C. PROCURADORES EL DIA ANTERIOR

16 ABR 2015

BIZKAIKO AUZITEGIETAKO
PROKURADOREEN ELKARGO OSPETSUA
FIRMA PROCURADOR

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por TARIK [REDACTED] recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia .

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 .

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 10/3/2015, 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.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A) OBJETO DEL RECURSO DE APELACIÓN.

D. TARIK [REDACTED] recurre en apelación la sentencia n.º 78/2014, de fecha 14 de abril de 2014, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Bilbao en el Procedimiento Abreviado n.º 290/2013. La sentencia desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el ahora apelante contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia, de fecha 27 de junio de 2013, que acuerda denegar la solicitud de autorización de residencia por circunstancias excepcionales por arraigo.

B) RAZÓN DE DECIDIR DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

En lo que interesa al presente recurso de apelación, la sentencia de primera instancia razona del siguiente modo en los Fundamentos de Derecho Segundo y Tercero:

"SEGUNDO.- En la demanda se alega que la resolución que se recurre no resulta ajustada a derecho, por cuanto deniega la autorización cursada por el Sr. [REDACTED] en base a una interpretación errónea de la normativa aplicable pues dado el motivo alegado para solicitar la autorización de residencia, cual es, el ser progenitor o ascendiente de español (el menor Youssef [REDACTED]), la normativa aplicable es la atinente al régimen aplicable a los ciudadanos de la Unión, como recuerda el Tribunal

Supremo (Sala Tercera), en la Sentencia de 1 de junio de 2.010, los ciudadanos españoles también son ciudadanos de la Unión.

Por tanto, debió ser tenido en consideración lo establecido en el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que traspone, a su vez, al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29/4/04, 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, y que señalan que la denegación de la autorización de residencia únicamente puede estar sustentada sobre una conducta personal que, en todo caso, deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad y que deberá ser valorada por el órgano competente para resolver, en base a los informes de las Autoridades policiales, fiscales o judiciales que obren en el expediente, no constituyendo la existencia de condenas penales, por si sola, razón para denegar las autorizaciones instadas.

Por lo expuesto, y a la vista de que ninguna valoración se efectúa por la Subdelegación del Gobierno en Vizcaya y que los antecedentes penales a los que alude se deben a hechos cometidos en 2.008 y 2.009, no puede considerarse que concurren los presupuestos para la denegación de la misma, adoleciendo, en consecuencia, la resolución recurrida, de motivación suficiente, así como de proporcionalidad, ya que la denegación quebranta el derecho al respeto a la vida privada y familiar, consagrado en el art. 8 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y 18.1 de nuestra Constitución que también protege la vida familiar.

A mayor abundamiento, considera que la Administración demandada en la tramitación de la solicitud cursada ha quebrantado el principio de audiencia ya que a la vista del informe remitido sobre los antecedentes penales del recurrente, no se dio posibilidad al recurrente de manifestar nada en su defensa, ni aportar en descargo documentación alguna; procediendo la retroacción de actuaciones; de conformidad con lo establecido en el art. 20.2 de la Ley Orgánica 4/2000, la Disposición adicional 2 del Reglamento que la desarrolla, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, y la Disposición adicional 2a del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero.

La Administración del Estado, por su parte, niega la falta de motivación alegada de contrario, por contener la resolución impugnada la motivación suficiente que proclama el art. 54 de la Ley 30/1992, suficiencia que queda acreditada con los argumentos que presenta en esta jurisdicción en defensa de sus intereses el recurrente.

Por otra parte, sostiene la aplicación de la Ley de Extranjería según realiza la resolución impugnada, por lo que la tenencia de antecedentes penales hace imposible que prospere la solicitud de autorización que interesa.

Y, en cualquier caso, aún en 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, la autorización que se solicita se hace inviable al suponer el recurrente una amenaza real, actual y grave al haber sido condenado por delitos violentos.

TERCERO.- *Descartada la falta de motivación alegada a la vista de que el contenido de la resolución impugnada refiere cumplida justificación de la denegación de la autorización solicitada que es debidamente discutida por el recurrente en la demanda, no habiendo provocado indefensión alguna; así como la ausencia de trámite de audiencia previsto en la norma reguladora que imponga la retroacción de actuaciones, entramos en la materia sustantiva del recurso, exponiendo que,*

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, dispone: "Artículo 31. Situación de residencia temporal. 5. Para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España o en los países anteriores de residencia, por delitos existentes en el ordenamiento español, y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido".

Establece el art. 124.3.a) del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, que se podrá conceder una autorización de residencia por razones de arraigo laboral, social o familiar cuando se cumplan los siguientes requisitos "3. 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".

Y el art. 128.2 del Reglamento, señala que "En particular, para acreditar que se reúnen las condiciones establecidas para los supuestos de arraigo, la documentación aportada deberá ajustarse a las siguientes exigencias:

a) En caso de que el interesado fuera mayor de edad penal, deberá aportar certificado de antecedentes penales o documento equivalente expedido por las

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."

Por tanto, la voluntad del legislador es que la ausencia de antecedentes penales sea condición sine qua non para la concesión de autorización inicial de residencia temporal a extranjeros; no es así, en cambio en los supuestos de renovación de dicha autorización, en los que cabe una valoración en función de la gravedad de tales antecedentes penales.

Estando en el caso, ante el supuesto de residencia inicial en el que al extranjero le constan antecedentes penales por tres condenas firmes de 2.008 (dos) y 2.012, por delitos de lesiones, amenazas y robo con violencia o intimidación, no cancelados, la resolución impugnada se ajusta a derecho, pues el interesado solicitó autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales en atención al arraigo familiar previsto en el art. 124.3 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

En cuanto a la aplicación de lo dispuesto en el Real Decreto 204/2007, 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, que se invoca en la demanda al ser el recurrente padre de un niño español de corta edad, cuya guarda y custodia puede estarle encomendada, únicamente reseñar que por Auto de 20 de marzo de 2.014 el Tribunal Supremo ha planteado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al amparo del art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, una cuestión prejudicial en los siguientes términos:

¿Es compatible con el artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, interpretado a la luz de las Sentencias de 19 de octubre de 2.004 (asunto C-200/02) y 8 de marzo de 2.011 (asunto C-34/09), una legislación nacional que excluye la posibilidad de otorgar permiso de residencia a un progenitor de un ciudadano de la Unión Europea, menor de edad y dependiente de aquél, por tener antecedentes penales en el país donde formula la solicitud, aunque ello lleve aparejada la salida forzosa del territorio de la Unión del menor al tener que acompañar al progenitor?; pendiente de resolución a la fecha del dictado de esta sentencia".

C) POSICIÓN DE LA PARTE APELANTE.

Interesa la parte apelante que "se dicte, por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, resolución por la que, estimando el presente recurso de apelación, revoque y deje sin efecto la sentencia de

instancia, dictando otra por la que, estimando el recurso contencioso administrativo, anule la Resolución del Delegado del Gobierno de 27/6/13, ordenando retrotraer las actuaciones a efectos de que se cumplan las garantías apuntadas respecto al trámite de audiencia consagrado en los arts. 105.C) de la Constitución, 84 de la Ley 30/92 y 20 de la LOEX y/o conceda al Sr. [REDACTED] la autorización de residencia por arraigo familiar solicitada".

El recurso de apelación se basa en los siguientes motivos:

En primer lugar, sostiene el recurrente que, en el presente asunto, se han quebrantado las normas y garantías procesales, dado que con independencia de que la Juzgadora de instancia no ha dado contestación a la pretensión efectuada en la demanda sobre la aplicación al presente caso de la normativa de la Unión (Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29/4/04, 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) y nacional que traspone la misma (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), por ser padre de menor español, señalando únicamente que sobre este particular existe cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por Auto de 20.3.14, entiende que debió en su caso suspenderse la tramitación del presente procedimiento hasta que la misma fuera solventada o contestada, lo que no se ha efectuado, dejando dicha cuestión, imprejuizada, y generando, con tal silencio u omisión, indefensión.

En segundo lugar, afirma el recurrente que se ha infringido el art. 24 de la Constitución española y art. 20 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Infracción que concreta el recurso en que la sentencia no contesta a la aplicación en el presente caso de la normativa de la Unión y en que parca y erróneamente, además, desestima las alegaciones efectuadas sobre ausencia de motivación de la resolución administrativa y la ausencia del trámite de audiencia. Específicamente denuncia que la resolución administrativa no ha ponderado las circunstancias personales y familiares del recurrente y la entidad de los ilícitos cometidos así como que debió concederse el trámite de audiencia a fin de que pudiera efectuar las oportunas alegaciones de descargo sobre los antecedentes penales que se le atribúan.

SEGUNDO.- SOBRE EL ART. 124.3 DEL REAL DECRETO 557/2011, DE 20 DE ABRIL, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL, TRAS SU REFORMA POR LEY ORGÁNICA 2/2009.

La parte apelante denuncia, a través de su recurso, que *“si bien es cierto que la Administración indica el argumento por el que desestima la autorización presentada por el Sr. Tarik [REDACTED] lo que no efectúa es una valoración de las circunstancias expuestas y que, a nuestro modo de ver, la normativa le exige e impone al estar en juego el derecho a la vida en familia y ser evidente que el simple hecho de contar con antecedentes penales (que es lo que se indica, escuetamente, en la resolución recurrida del Subdelegado del Gobierno en Vizcaya, de 27.6.13) no resulta suficiente para denegar una autorización de residencia de un ascendiente de un ciudadano de la Unión (art. 27.2 de la Directiva 2004/38/CE, de 29/4/04 y STJUE 19/10/04 y 8/3/11)”*.

La sentencia, en cambio, como hemos visto, razona que: *“Por tanto, la voluntad del legislador es que la ausencia de antecedentes penales sea condición sine qua non para la concesión de autorización inicial de residencia temporal a extranjeros; no es así, en cambio en los supuestos de renovación de dicha autorización, en los que cabe una valoración en función de la gravedad de tales antecedentes penales. Estando en el caso, ante el supuesto de residencia inicial en el que al extranjero le constan antecedentes penales por tres condenas firmes de 2.008 (dos) y 2.012, por delitos de lesiones, amenazas y robo con violencia o intimidación, no cancelados, la resolución impugnada se ajusta a derecho, pues el interesado solicitó autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales en atención al arraigo familiar previsto en el art. 124.3 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril”*.

a) Regulación legal y reglamentaria.

El art. 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, establece que: *“La Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente. En estos supuestos no será exigible el visado”*.

El art. 31.5 de la referida Ley Orgánica 4/2000, por su parte, dispone que:

“Para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España o en los países anteriores de residencia, por delitos existentes en el ordenamiento español, y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido”.

Por su parte, el art. 124.3 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, dispone: *“Se podrá conceder una autorización de residencia por razones de arraigo*

laboral, social o familiar cuando se cumplan los siguientes requisitos: (...)3. 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 paterno-filiales respecto al mismo. b) Cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles”.

b) Precedente de esta Sala.

Sobre la interpretación de este precepto esta Sala se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, pudiendo citar, a título de ejemplo, la sentencia de la Sección Segunda de este Tribunal de fecha 25 de junio de 2014 (rec. 507/13, Ponente D. José Antonio Alberdi, Roj STSJ PV 1750/2014), en la que se argumenta al respecto lo siguiente:

“SEGUNDO: La cuestión controvertida radica en determinar si los antecedentes penales del interesado, padre de un menor de nacionalidad española con el que convive junto a su esposa y madre del menor, impiden la concesión de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo familiar prevista por el art. 124.3.a) RLOEX, habida cuenta de que el art. 31.5 LOEX establece con carácter general que para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales, y que asimismo lo establece el art. 128.2.a) RLOEX

A dicha cuestión le ha dado respuesta la Sala en la sentencia nº 260/14 dictada en el recurso de apelación nº876/2012, concluyendo que desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea, el art. 20 del Tratado de 25 de marzo de 1957 de Funcionamiento de la Unión Europea, el reconocimiento de la ciudadanía de la Unión a toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro, y concretamente a un menor de edad, comporta el derecho de su ascendiente directo nacional de un Estado tercero del que depende, a una autorización de residencia y trabajo.

Asimismo, desde la perspectiva del Derecho interno, los antecedentes penales no pueden por sí mismos impedir la concesión de la autorización de residencia por razones excepcionales de arraigo familiar con autorización para trabajar ex art. 129 RLOEX, so pena de despojar al menor de nacionalidad española de los derechos que la nacionalidad comporta.

Procede reproducir el tenor de dicha sentencia en fundamento de la desestimación del recurso en este punto.

“ 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

STSI PV
25.6.14

8.5.14

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 Palmira y Ezequiel 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

JR TJUE
* 19.10.04
* 8.3.11

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:

1º.- 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."

TERCERO: La segunda cuestión que plantea la Administración apelante es la relativa a la prueba de que el menor de nacionalidad española se halla a cargo del interesado, cosa que la sentencia apelada deduce del hecho de que convivan en el mismo domicilio junto a su madre y esposa del solicitante.

Lo cierto es que esta es una cuestión sobre la que nada dijo la resolución recurrida, que se limitó a denegar la autorización por causa de los antecedentes penales que le constaban al solicitante.

Es en la sentencia de instancia donde por primera vez se aborda la cuestión. La sentencia estima el recurso en su pretensión anulatoria, al concluir que los antecedentes penales no pueden impedir la concesión de la autorización solicitada, y al examinar la pretensión de restablecimiento de la situación jurídica individualizada, a fin de pronunciarse sobre el derecho a la autorización, examina la cuestión de si se cumplen los requisitos exigidos por el art. 124.3.a) RLOEX de hallarse el menor a cargo del solicitante y convivir con él.

En dicha cuestión la sentencia concluye que se cumplen ambos al quedar acreditada la convivencia en el mismo domicilio del solicitante, el menor y su madre y esposa, lo que critica el Abogado del Estado razonando que la convivencia únicamente acredita la propia convivencia, pero no que el menor se hallara a cargo.

Hallarse a cargo el menor comporta el cumplimiento por el padre de los deberes paternofiliales establecidos por el art. 154 del Código Civil, esto es, velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. Ahora bien, puesto que el cumplimiento de los deberes es posible sin que concurra la convivencia, el art.124.3.a) RLOEX contempla como alternativas que el solicitante tenga a cargo al menor y conviva con él, o bien que esté al corriente de sus obligaciones paternofiliales respecto del mismo.

Es cierto que en el expediente administrativo no consta acreditados los ingresos de que el solicitante dispusiera, pero ello es irrelevante en el presente momento, toda vez que la resolución no opuso reparo alguno en relación con el cumplimiento de las obligaciones paternofiliales, y es por ello que no fue objeto de especial atención por el interesado, que no practicó prueba alguna al respecto. Ahora bien, la Sala comparte la conclusión a la que llega la sentencia, toda vez que la convivencia familiar acredita prima facie el cumplimiento de los deberes paternofiliales y, concretamente, que el solicitante tenía a su cargo al menor junto con su esposa, y ello sin perjuicio de las evidentes dificultades que su situación en España comportan en orden al logro de los recursos necesarios.

Procede en consecuencia la desestimación del recurso de apelación”.

c) Aplicación al presente caso.

A la vista de la doctrina expuesta, la controversia debe resolverse a favor de la postura de la parte apelante. Toda vez que, como queda acreditado en el expediente administrativo, el extranjero es progenitor de un menor de edad de nacionalidad española –folios 35 a 40 del expediente administrativo- y convive con él y con la madre del menor –empadronamiento obrante al folio 34 del expediente-.

También aquí, como en el supuesto enjuiciado por la sentencia de la Sección Segunda citada, el único elemento que se opone a la solicitud de autorización de residencia por la sentencia de instancia es la existencia de antecedentes penales del extranjero (*“Estando en el caso, ante el supuesto de residencia inicial en el que al extranjero le constan antecedentes penales por tres condenas firmes de 2.008 (dos) y 2.012, por delitos de lesiones, amenazas y robo con violencia o intimidación, no cancelados, la resolución impugnada se ajusta a derecho, pues el interesado solicitó autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales en atención al arraigo familiar previsto en el art. 124.3 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril”*).

En consecuencia, procede revocar la sentencia de instancia, sin necesidad de examinar el resto de cuestiones planteadas en el recurso de apelación. Por tanto, procede estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el apelante contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia, de fecha 27 de junio de 2013, anular la actuación impugnada y reconocer el derecho del recurrente a la autorización de residencia solicitada.

TERCERO.- COSTAS.

El art. 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece que *“En las demás instancias o grados se impondrán al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición”*. En el presente caso, no ha lugar, por tanto, a su imposición.

III. FALLAMOS

CON ESTIMACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN N.º 426/2014, INTERPUESTO POR D. TARIK [REDACTED] CONTRA LA SENTENCIA N.º 78/2014, DE FECHA 14 DE ABRIL DE 2014, DICTADA POR EL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N.º 2 DE BILBAO EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO N.º 290/2013, DEBEMOS:

PRIMERO.- REVOCAR LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

**SEGUNDO.- EN SU LUGAR, ESTIMAR EL RECURSO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR EL APELANTE
CONTRA LA RESOLUCIÓN DE LA SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN
BIZKAIA, DE FECHA 27 DE JUNIO DE 2013, ANULAR LA ACTUACIÓN
IMPUGNADA Y RECONOCER EL DERECHO DEL RECURRENTE A LA
AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA SOLICITADA.**

TERCERO.- SIN COSTAS.

Devuélvase al apelante el depósito constituido, extendiéndose por el Juzgado origen el correspondiente mandamiento de devolución.

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

Esta sentencia 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.