

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte recurrente formalizó su demanda en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando se dicte una sentencia estimatoria del recurso interpuesto y las correspondientes declaraciones en relación con la actuación administrativa impugnada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite, se dio traslado de la misma a la Administración demandada, convocando a las partes a una vista, que se celebró el pasado día 5 de abril de 2017, en la que la referida Administración impugnó la demanda.

TERCERO.- En la substanciación de las presentes actuaciones se han observado los preceptos y prescripciones legales. La cuantía del recurso es indeterminada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia de 7 de noviembre de 2016, que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución del Subdelegado del Gobierno en Bizkaia 23 de septiembre de 2016 en la que se deniega la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales inicial por arraigo familiar, por ser la recurrente progenitora a cargo de menor español.

-Con fecha 14 de mayo de 2014 se concedió a la misma una autorización de residencia inicial por circunstancias excepcionales de arraigo familiar con vigencia hasta el 13 de mayo de 2015 por ser madre de un menor de nacionalidad española, ~~XXXXXXXXXX~~ con DNI ~~XXXXXXXXXX~~, siéndole denegada la modificación de residencia por circunstancias excepcionales a la situación de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena inicial el 16 de febrero de 2016, por presentar la solicitud fuera del plazo. Con fecha 29 de junio de 2016 solicita nueva autorización de residencia por arraigo familiar que le es denegada por cuanto ya le fue concedida la misma autorización de residencia, por lo que una vez agotada no procede una nueva solicitud por el mismo hijo.

Se argumenta por la recurrente que concurre el supuesto del art 124.3 RD 557/2011 achacando a un mal asesoramiento la no renovación, a través de la modificación de autorización concedida su momento y añade que, en la medida en que persisten las razones de concesión en su momento, debería concederse de nuevo.

SEGUNDO.- La Administración deniega la solicitud de residencia temporal por causa excepcional de arraigo del art. 31.3 y 5 LO 4/2000 y 124.3 RD 557/2011.

- La demandada defiende la resolución combatida aduciendo su legalidad y conformidad a derecho, por cuanto las autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales por arraigo familiar reguladas en el artículo 124.3 tienen un carácter excepcional y no pueden ser

renovadas, de ahí que sea necesario proceder a su modificación conforme a lo previsto el artículo 202 del Real decreto 557/2011, dentro del plazo previsto. En el caso presente, consta acreditado que a la interesada ya le fue concedida la misma autorización de residencia, por lo que una vez agotada no procede una nueva solicitud por el mismo hijo.

Por tanto, la resolución recurrida se funda exclusivamente en que la actora ya ha disfrutado de una autorización por circunstancias excepcionales de arraigo familiar por tal causa y el art. 130 del RD impide la prórroga o renovación. Se trata de la repetición de la solicitud de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales ya concedida por una circunstancia que el propio reglamento califica de excepcional, en este supuesto por razones arraigo familiar sin que por lo tanto sea posible la prórroga de la misma o su nueva concesión inicial.

TERCERO. -El marco normativo aplicable es el siguiente:

-La Ley Orgánica 4/2000 dispone en su artículo 31, apartados 1 a 6, y en la disposición adicional cuarta, apartado 1.d), lo siguiente.

"Artículo 31. Situación de residencia temporal".

"1. La residencia temporal es la situación que autoriza a permanecer en España por un período superior a 90 días e inferior a cinco años. Las autorizaciones de duración inferior a cinco años podrán renovarse, a petición del interesado, atendiendo a las circunstancias que motivaron su concesión. La duración de las autorizaciones iniciales de residencia temporal y de las renovaciones se establecerá reglamentariamente".

"2. La autorización inicial de residencia temporal que no comporte autorización de trabajo se concederá a los extranjeros que dispongan de medios suficientes para sí y, en su caso, para los de su familia. Reglamentariamente se establecerán los criterios para determinar la suficiencia de dichos medios".

"3. 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".

"4. La autorización inicial de residencia temporal y trabajo, que autorizará a realizar actividades lucrativas por cuenta propia y/o ajena, se concederá de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 36 y siguientes de esta Ley".

"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".

"6. Los extranjeros con autorización de residencia temporal vendrán obligados a poner en

conocimiento de las autoridades competentes los cambios de nacionalidad, estado civil y domicilio".

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

Artículo 123 Autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales

1. De conformidad con el artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en atención a las circunstancias excepcionales que concurren, se podrá conceder una autorización de residencia temporal a los extranjeros que se hallen en España en los supuestos de arraigo, protección internacional, razones humanitarias, colaboración con autoridades públicas o razones de seguridad nacional o interés público, previstos en los artículos siguientes.

2. El contenido de este capítulo debe ser interpretado sin perjuicio de la posible concesión de autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales en base a lo previsto en los artículos 31bis, 59 y 59bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. Igualmente, podrán concederse otras autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales en los términos establecidos en la Disposición adicional primera.4 de este Reglamento.

-Artículo 124. Autorización de residencia temporal por razones de arraigo. "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.
- b) Cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles.

-Artículo 130 Prórroga y cese de la situación de residencia temporal por circunstancias excepcionales

1. 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.

2. Los titulares de una autorización concedida por el titular de la Secretaría de Estado de Seguridad, o autoridad en quien delegue, podrán prorrogar la autorización siempre que se aprecie por las autoridades competentes que persisten 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 de acuerdo con lo previsto en el artículo 202 de este Reglamento.

3. Los supuestos de autorizaciones por circunstancias excepcionales concedidas por los motivos recogidos en el artículo 125 se registrarán para su **renovación** por la normativa sobre protección internacional aplicable.

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.

5. Los extranjeros podrán solicitar la autorización de residencia temporal o de residencia temporal y trabajo o, cuando se haya previsto, la prórroga de la autorización por circunstancias excepcionales, durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de su autorización. La presentación de la solicitud en este plazo prorroga la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento. También se prorrogará hasta la resolución del procedimiento en el supuesto en que la solicitud se presentase dentro de los noventa días naturales posteriores a la fecha en que hubiera finalizado la vigencia de la anterior autorización, sin perjuicio de la incoación del correspondiente procedimiento sancionador por la infracción en la que se hubiese incurrido.

-Artículo 202 De la situación de residencia por circunstancias excepcionales a la situación de residencia, residencia y trabajo o residencia con excepción de la autorización de trabajo

1. Los extranjeros que se encuentren en España durante, al menos, un año en situación de residencia por circunstancias excepcionales, en los supuestos que determina el artículo 130, podrán acceder a la situación de residencia o de residencia y trabajo sin necesidad de visado.

2. Cuando el extranjero autorizado a residir por circunstancias excepcionales **estuviera habilitado para trabajar,** presentará por sí mismo la solicitud de autorización de residencia y trabajo, que será concedida si cumple los requisitos previstos por el artículo 71. Sin perjuicio de ello, y de su vigencia, que será de dos años, la autorización de residencia temporal y trabajo concedida en base a este precepto tendrá la consideración de inicial.

3. En los demás casos, el empleador será el sujeto legitimado para presentar la solicitud de autorización y se exigirán los requisitos laborales previstos en el artículo 64, excepto el apartado 3.a).

La eficacia de la autorización de residencia y trabajo estará condicionada al posterior alta del trabajador en el régimen correspondiente de la Seguridad Social en el plazo de un mes desde la notificación de su concesión. Cumplida la condición, la vigencia de la autorización se retrotraerá al día inmediatamente siguiente al de la caducidad de la autorización anterior. Su vigencia será de dos años, sin perjuicio de que la autorización de residencia temporal y trabajo tendrá la consideración de inicial.

4. Las previsiones establecidas en este artículo serán igualmente de aplicación para el acceso a una autorización de residencia y trabajo por cuenta propia, de residencia con excepción de la autorización de trabajo, de residencia y trabajo para investigación, o de residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados.

A dichos efectos, el titular de la autorización de residencia deberá cumplir los requisitos

laborales para la obtención del correspondiente tipo de autorización, de acuerdo con lo previsto en este Reglamento.

CUARTO. – Desde el punto de vista fáctico, consta que la actora fue titular de una autorización por circunstancias excepcionales de arraigo familiar , al ser madre de español y validez hasta el 13-05-2015 ,solicita la modificación de la autorización a una ordinaria que le es denegada por presentarse fuera de plazo, y el 29 de junio de 2016 solicita de nuevo la misma autorización de residencia por arraigo familiar .

El motivo de denegación es el expuesto, haber disfrutado ya de esa autorización sin que el art. 130 RD permita la prórroga prevista solo para las autorizaciones de los arts. 125 y 127.

Sin embargo, no hay duda de que la actora es madre de un menor español. Por tanto, el supuesto concurre y el problema es otro, concretamente, si se puede pretender o no una segunda autorización por este motivo o si ello no es posible aún cuando no exista otra forma de legalizar la situación de la madre, lo que conllevará la denegación de la autorización y la obligación de salida del territorio nacional.

QUINTO.- Ahora bien, en el análisis de la cuestión no pude prescindirse de la doctrina del TJUE en la materia, dando entrada al fallo de la **STJUE de 11-3-2011** en relación al art. 20 TFUE.

-Se trata de un asunto, la residencia del progenitor extracomunitario de un menor español o nacional de estado miembro, que ha dado lugar a otros pronunciamientos. Así, la **STSJ del País Vasco de 24-11-2011** concluía que "El fundamento para la aplicación directa del art 31.3 de la LO 4/2000, en el presente caso, ha de buscarse en la libertad de circulación y residencia del menor español recogida en el art 19 de la CE y en la protección del derecho del menor español a la intimidad familiar recogido en el párraf 1º del art 18 CE . El razonamiento del cual se colige tal corolario es idéntico al expresado en la **sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de octubre de 2004** , dictada en Pleno, en el asunto C-200/02 entre Marta y Candida contra el Secretary of State for the Home Department del Reino Unido, esto es, que la negativa a permitir que el progenitor extracomunitario resida con el menor español privaría de todo efecto útil tanto al derecho de residencia del menor en España como a su derecho a la intimidad familiar.

Además, **las consecuencias de la negativa a permitir que el progenitor extracomunitario resida con el menor español incluirían la vulneración del art 14 CE** . De suerte que se crearía una categoría de españoles menores de edad, ilícitamente discriminados por la circunstancia de que sus ascendientes, a cuyo cargo están, no pueden acceder al mercado laboral.

Toda vez que al carecer de la autorización de residencia queda vetada la autorización de trabajo. Y con ello, ab initio, se priva al menor español de las posibilidades de un libre desarrollo de la personalidad en igualdad con aquellos menores españoles cuyos ascendientes desde el inicio tienen acceso al mercado laboral. Por ello esta Sala declara que la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Álava de 27 de enero de 2.006, por la que se acuerda denegar la autorización de residencia inicial debe ser anulada por infracción del art 31.3 de la LO 4/ 2000.

-La citada **STJUE de 11-3-2011** dispone que " Sobre las cuestiones prejudiciales

36. Mediante sus cuestiones, que procede examinar conjuntamente, el tribunal remitente desea saber, en esencia, si las disposiciones del Tratado FUE sobre la ciudadanía de la Unión deben 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.

37. Todos los Gobiernos que han presentado observaciones al Tribunal de Justicia y la Comisión Europea alegan que una situación como la del segundo y tercer hijos del Sr. Mateo no está incluida entre las situaciones previstas por las libertades de circulación y residencia garantizadas por el Derecho de la Unión, en la medida en que los menores residen en el Estado miembro del que son nacionales y nunca han abandonado dicho Estado miembro. Por lo tanto, consideran que las disposiciones del Derecho de la Unión a que se refiere el tribunal remitente no son de aplicación al litigio principal.

38. En cambio, Don. Mateo afirma que la invocación de las disposiciones relativas a la ciudadanía de la Unión por parte de sus hijos Rosendo y Rafaela no implica un desplazamiento de éstos fuera del Estado miembro en cuestión y que él mismo, como miembro de la familia, puede tener un derecho de residencia y estar exento del permiso de trabajo en dicho Estado miembro.

39. En primer lugar, es preciso señalar que, con arreglo al apartado uno del artículo tres de la Directiva 2004/38, titulado "Beneficiarios", ésta se aplica a cualquier ciudadano de la Unión que "se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia". Por tanto, dicha Directiva no es de aplicación a una situación como la controvertida en el litigio principal.

40. El artículo 20 TFUE confiere el estatuto de ciudadano de la Unión a toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro (véanse, en particular, las sentencias de 11 de julio de 2002 , D'Hoop, C 224/98, Rec. p . I 6191, apartado 27 , y de 2 de octubre de 2003 , Garcia Avello, C 148/02 , Rec. p. I 11613, apartado 21). Al tener la nacionalidad belga, cuyos requisitos de adquisición son competencia del Estado miembro de que se trata (véase, en este sentido, en particular, la sentencia de 3 de marzo de 2010, Rottmann, C 135/08 , Rec. p. I 0000, apartado 39), el segundo y tercer hijos del demandante en el litigio principal tienen derecho a este estatuto de manera incontestable (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Garcia Avello, apartado 21, y Zhu y Chen, apartado 20).

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, Garcia 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.

46. Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

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. "

SEXTO.- El supuesto contemplado en esta cuestión prejudicial es el que ahora se suscita aquí, pues la progenitora que tiene a su cargo al menor español no puede acceder a una autorización de residencia. Lo cierto es que, literalmente, el art. 130 RD se refiere al régimen de las prórrogas pero, realmente, no impide ni prohíbe solicitar dos veces esa autorización por circunstancias excepcionales, si sobrevenido el supuesto fáctico, es el único cauce de regularización. Así,

podría darse el caso de que, quien obtuvo en su momento una autorización por arraigo familiar y después la modificó a una autorización ordinaria por cuenta ajena, no pueda, después, renovar ésta (por no haber cotizado lo suficiente, carecer de contrato, etc). En ese caso, el art. 130 RD no prohíbe volver a solicitar la autorización por arraigo familiar y, evidentemente, no se trataría de una prórroga. El sentido de la norma es que sí se cumplen los requisitos para una autorización ordinaria, no se pretenda prorrogar la extraordinaria y se deba tramitar una modificación. Pero si el interesado no puede cumplir los requisitos de una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena o propia solo tiene el cauce de la autorización excepcional que puede convertirse en un mecanismo para evitar situaciones como la presente que pudieran afectar a los derechos del menor, nacional de un Estado miembro e implicar el incumplimiento de las disposiciones comunitarias y de su doctrina.

Es por ello que la demanda se va a estimar al entender que la actora puede acceder a la autorización.

SÉPTIMO.- En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En los supuestos de estimación o desestimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, las imponga a una de ellas por haber sostenido su acción o interpuesto el recurso con mala fe o temeridad.

En este caso, la problemática expuesta, junto con la doctrina previa de la Sala, ponen de manifiesto serias dudas de derecho que permiten no hacer imposición de costas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

ESTIMANDO el presente recurso contencioso-administrativo, formulado por **M. [REDACTED]** contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia de 7 de noviembre de 2016, que desestimó su recurso de reposición frente a la resolución de 23 de septiembre de 2016, denegatoria de su solicitud de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales inicial por arraigo familiar, declaro que la resolución impugnada es disconforme a Derecho y en consecuencia la anulo y declaro el derecho del recurrente a obtener la autorización solicitada. Sin expresa imposición de costas.

MODO DE IMPUGNAR ESTA RESOLUCIÓN: mediante **RECURSO DE APELACIÓN EN AMBOS EFECTOS**, por escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **QUINCE DÍAS**, contados desde el siguiente a su notificación (artículo 81.1 de la LJCA), y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 3917000022040416, de un **depósito de 50 euros**, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

Así por esta mi Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el/la Ilmo/a. Sr/a. **MAGISTRADO** que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.