



Roj: **STSJ ICAN 38/2016 - ECLI: ES:TSJICAN:2016:38**

Id Cendoj: **38038330012016100017**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **1**

Fecha: **22/01/2016**

Nº de Recurso: **155/2015**

Nº de Resolución: **33/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **PEDRO MANUEL HERNANDEZ CORDOBES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA

Plaza San Francisco nº 15

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 479 385

Fax.: 922 479 424

Procedimiento: Recurso de apelación

Nº Procedimiento: 0000155/2015

NIG: 3803845320140001192

Materia: Extranjería

Resolución: Sentencia 000033/2016

Proc. origen: Procedimiento abreviado Nº proc. origen: 0000291/2014-00

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 3 de Santa Cruz de Tenerife

Intervención: Interviniente: Procurador:

Demandante Maite

Demandado SUBDELEGACIÓN DE GOBIERNO

SENTENCIA

ILMO. SR. PRESIDENTE

D. Pedro Hernández Cordobés (Ponente)

ILMO. SRES. MAGISTRADOS

Dª María Pilar Alonso Sotorrío

Dª Adriana Fabiola Martín Cáceres

En Santa Cruz de Tenerife, a 22 de enero de 2016.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife, Sección Primera, integrada por los Sres. Magistrados al margen anotados, ha visto el presente recurso de apelación número 155/2015, procedente del Juzgado de lo Contencioso-administrativo Nº 3 de Santa Cruz de Tenerife, que ha tenido como objeto la sentencia dictada el 26/05/2015 en el procedimiento

abreviado 291/2014, en materia de derecho de extranjería; en el que intervienen como parte apelante D^a Maite , representado y dirigido por la Letrada Sra. Cornejo Fumero, y como parte apelada la Subdelegación del Gobierno en Santa Cruz de Tenerife, representado y dirigido por el Sr. Abogado del Estado, y;

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso Administrativo anteriormente referido, dictó sentencia cuya parte dispositiva dice:

«Que, debo desestimar y desestimo el recurso interpuesto por Doña Maite contra la SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO, con expresa imposición a la recurrente de las costas causadas ex artículo 139 de la Ley Jurisdiccional . »

SEGUNDO.- Por la representación de la parte recurrente, antes mencionada, se interpuso recurso de apelación, solicitando previos los trámites legales pertinentes, se resuelva por la Sala dictar sentencia revocando la de primera instancia, disponiendo en su lugar la estimación de su recurso y demanda.

La Subdelegación del Gobierno en Santa Cruz de Tenerife solicita la confirmación de la sentencia apelada.

TERCERO.- Seguido el recurso por todos sus trámites se elevaron las actuaciones a esta Sala, formándose el correspondiente rollo con señalamiento de votación y fallo para el día 4/03/2016, acto que finalmente tuvo lugar en la reunión del tribunal del día 22/01/2016, con el resultado que seguidamente se expone habiendo sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON Pedro Hernández Cordobés.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º. El objeto del recurso era la solicitud de modificación de una autorización de residencia por causas extraordinarias a residencia de trabajo por cuenta ajena.

La cuestión litigiosa la aborda la sentencia en su fundamento de derecho segundo, señalando:

"De acuerdo con dicha regulación, a la vista de los antecedentes de la resolución recurrida, consta que la recurrente ha trabajado un total de 19 días durante el año de vigencia de su anterior autorización de residencia por circunstancias excepcionales por **arraigo familiar** , incumpliendo con ello la causa y fundamento de la modificación de la autorización solicitada. Siendo ello así y, al amparo del contenido transcrito de los artículos 202 y 71 del Real Decreto 557/2011 de 20 de Abril , no puede ser atendida su solicitud puesto que no ha mantenido una actividad continuada durante su vigencia. Así lo expresa la resolución denegatoria que no puede ser tachada de arbitraria ni de inmotivada pues deja bien clara la razón de la denegación".

2º. Opone el escrito de apelación -en síntesis- que el Abogado del Estado no acudió al acto de la vista, por lo que debe entenderse que desiste de su oposición. En cuanto al fondo, que no se ha tenido en cuenta que la recurrente está inscrita como demandante de empleo, que es madre de una menor de edad nacida en España, país en el que lleva viviendo desde el año 2003, habiendo sido poseedora de permisos anteriores. Que su actual pareja tiene permiso de residencia de larga duración.

3º. La consecuencia procesal de la incomparecencia del demandado es la establecida en el artículo 78.5 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa :

"5. Comparecidas las partes, o alguna de ellas, el Juez declarará abierta la vista.

Si las partes no comparecieren o lo hiciera sólo el demandado, el Juez o Tribunal tendrá al actor por desistido del recurso y le condenará en costas, y si compareciere sólo el actor, acordará que prosiga la vista en ausencia del demandado."

4º. La recurrente, de nacionalidad cubana, era titular de un permiso de residencia temporal por circunstancias excepcionales de **arraigo** que le autorizaba a trabajar. Consta que cotizó durante 19 días durante su vigencia (1 año). Es madre de una niña menor de edad, nacida el 30 de septiembre de 2012, de nacionalidad española.

5º. Conforme a lo que dispone el artículo 202.2 del Real Decreto 557/2011, Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000:

"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".

6º. El artículo 71 al que se remite, sobre renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, señala en su punto segundo que «se renovará», en el caso en el que procede considerar



a la actora, apartado c), cuando la trabajadora haya tenido un periodo de actividad laboral de al menos tres meses por año, siempre y cuando acredite, acumulativamente, que la relación laboral que dio lugar a la autorización cuya renovación pretende se interrumpió por causas ajenas a su voluntad, que se ha inscrito buscado activamente empleo, y que en el momento de la solicitud tiene un contrato de trabajo.

7º. Es evidente que la actora no reúne los requisitos señalados y ningún esfuerzo se realiza en la demanda ni el recurso de apelación para contradecir esa conclusión.

8º. La motivación de los actos administrativos, entendida como la exteriorización sucinta de las razones de hecho y de derecho que lo fundamentan, ex artículo 54 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 30/1992, de 26 de noviembre, se cumple por el acuerdo impugnado.

9º. La relevancia de que la recurrente sea madre de una niña de nacionalidad española, no obstante, debe ser tenida en cuenta. Sobre la misma se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, Sección 5ª, de 26 de enero de 2005 (recurso 1164/2011). La sentencia examina una resolución de expulsión de una ciudadana extranjera madre de un niño de nacionalidad española, en nuestro caso la salida obligatoria que conlleva la denegación de la autorización solicitada en aplicación del artículo 28 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

Resulta pertinente reproducir lo que refiere su fundamento de derecho sexto «in fine»:

"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 (art. 39.1), así como el de la protección integral no sólo de los hijos, sino también de las madres (art. 39.2).

En consecuencia con ello, el artículo 11.2 de la Ley 1196, 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., art. 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 143.20 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 solo 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.»

10º. En el caso actual no ha sido examinado el interés del menor, cuya supremacía debe ser principio rector de la actuación de los poderes públicos, ni se cuestiona que la convivencia con la madre, en tanto que mantenimiento del menor en su familia de origen (artículo 11.2 de la LO 1/1996 de 15 de enero), no sea lo que conviene a su interés.



La orden de salida obligatoria, en consecuencia, no es ajustada a Derecho como tampoco lo sería su expulsión del país. La actora debe ser provista, por tanto, de una autorización, si no resultase procedente otra, por circunstancias excepcionales por razón de **arraigo familiar**, sobre cuya posibilidad de renovación, en tanto se mantengan las circunstancias, ya nos pronunciamos en la sentencia de 7 de diciembre de 2015, dictada en el recurso de apelación 53/2015, cuya fundamentación reproducimos seguidamente:

«La no expulsión de un extranjero y con ella la autorización de continuar en territorio de este país es contradictoria con la denegación de la legalización de dicha situación. No tiene sentido autorizar legalmente la permanencia indefinida de un extranjero en situación irregular si no va acompañada del reconocimiento del derecho a residir y a trabajar.

La exposición de motivos del Reglamento de Extranjería de 2011 dice que se introduce la figura del **arraigo familiar** para progenitores de menores españoles "en consonancia con la doctrina de nuestros Tribunales y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea" sobre el artículo 20 del TFUE el cual 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 ello el artículo 130.1 del Reglamento de Extranjería, sobre prórroga y cese de la situación de residencia por circunstancias excepcionales, autoriza con carácter general la prórroga de la autorización naturalmente que si la situación **familiar** que justificó excepcionalmente su otorgamiento sigue siendo la misma (rebus sic stantibus) hecho que ha de ser comprobado anualmente. Y nada más. El texto legal no apunta a una interpretación que acabe en un resultado contrario a las razones expuestas en la exposición de motivos del Reglamento de Extranjería para autorizar de esta forma la residencia y trabajo de progenitores de menores españoles a su cargo cuando no puedan obtenerla por otra vía. Damos por supuesto que el artículo 31 de la Ley de Extranjería tampoco la prohíbe. En cambio expresamente la admite el citado artículo 130 cuya rúbrica antes transcrita es elocuente. De otra manera se generaría una patente vulneración de los mandatos constitucionales de protección de la familia (artículo 39 CE) y de la patria potestad prevista en el Código Civil (STS de 26 Enero de 2005 recurso de casación núm. 1164/01). El artículo 124.3.a) del Reglamento de Extranjería de 2011 ha de entenderse compatible con la prórroga de la autorización en interés del menor que la motiva.

Ciertamente el apartado 130.1 acaba diciendo "sin perjuicio de lo establecido en este artículo y en la normativa sobre protección internacional". Y para el caso que nos ocupa el apartado cuatro dice que "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". El término "podrán" indica una facultad y no una obligación de obtener otro tipo de autorización.

Precisamente porque es posible que no puedan obtenerla, se ha previsto la prórroga también con carácter excepcional pues es preferible obtener otro tipo de autorizaciones, si fuera posible».

11º. Conciliar la procedencia de la denegación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena examinada, con la improcedencia de la orden de salida obligatoria que conlleva, requiere estimar en parte el recurso, anular la resolución administrativa impugnada y retrotraer el las actuaciones del procedimiento al objeto de que se proceda a requerir a la actora la subsanación de su solicitud en los términos referidos en esta sentencia.

12º. No procede especial imposición de las costas procesales en ninguna de las instancias, conforme al artículo 139 1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

FALLAMOS

1º Que debemos estimar en parte el recurso de apelación formulad en nombre de D^a Maite , revocando la sentencia dictada el 26 de mayo de 2015 en el procedimiento abreviado 291/2014, por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo N° 3 de Santa Cruz de Tenerife , y en su lugar;

2º La estimación también en parte del recurso y su demanda, anulando la resolución administrativa que constituye su objeto, disponiendo la retroacción de las actuaciones para que se proceda a requerir a la actora la subsanación de su solicitud;

3º Sin especial imposición de las costas procesales en ambas instancias judiciales.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. No cabe recurso.