



T. S. J. CASTILLA-LEON SALA CON  
BURGOS  
SENTENCIA: 00404/2013

ALEJANDRO RUIZ DE LANDA  
Procurador  
www.procuradorruizdelanda.es  
info@procuradorruizdelanda.es  
18/diciembre/2013  
FECHA DE NOTIFICACIÓN

**SALA DE LO CONTENCIOSO**

**DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE**

**CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS**

**SECCION 1ª**

**Presidente/a Ilmo. Sr. D. Eusebio Revilla Revilla**

**SENTENCIA DE APELACIÓN**

**Número:** 404/2013  
**Rollo de APELACIÓN N°:** 193/2013  
**Fecha :** 13/12/2013

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N° 1 DE BURGOS- P.A.  
49/2013.

**Ponente** D. José Matías Alonso Millán  
**Secretario de Sala:** Sr. Ruiz Huidobro  
**Escrito por:** MIS

**Ilmos. Sres.:**

**D. Eusebio Revilla Revilla**  
**D. José Matías Alonso Millán**  
**Dª. M. Begoña González García**

} LETRADO: NOTIFICAR  
DON GUSTAVO A PIETROPAOLO  
SIRENEZ.

En la ciudad de Burgos, a trece de diciembre de dos mil trece.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, ha visto en grado de apelación el recurso núm. 193/2013, interpuesto por el Abogado del

Estado, contra la sentencia de 30 de julio de 2013, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Burgos en el procedimiento abreviado núm. 49/2013, por la que se estima el recurso interpuesto por doña Gleice Magno Feliz Saldanha, con N.I.E.: Y2031340V, contra la Resolución de 17 de enero de 2013, dictada por la Jefa de la Oficina de Extranjería de la Subdelegación del Gobierno en Burgos, que deniega la petición de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión; y anula la misma reconociendo el derecho a que le sea expedida la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión.

Ha comparecido, como parte apelante, la Administración del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado en virtud de la representación y defensa que legalmente ostenta.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Que por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Burgos en el procedimiento abreviado núm. 49/2013, se dictó sentencia cuya parte dispositiva dice: "Que debo estimar y estimo el recurso interpuesto por ██████████ ██████████, contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Burgos de 17 de enero de 2013 por la que se deniega la tarjeta de residencia de familiar comunitario de la Unión a la recurrente en el expediente nº 09002120002501, estimándose contraria a derecho dicha resolución y declarándose su nulidad; en consecuencia, se declara el derecho de la demandante a que le sea expedida la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión solicitada. Con expresa condena en costas a la Administración demandada".

**SEGUNDO.-** Que contra dicha sentencia se interpuso por la Administración, hoy apelante, recurso de apelación, que fue admitido a trámite, solicitando se dicte sentencia por la que se revoque la sentencia impugnada confirmando en sus estrictos términos la resolución administrativa recurrida. Subsidiariamente, y para el caso de no estimar la anterior pretensión, se acuerda revocar la sentencia impugnada tan sólo en el extremo referido a la condena en costas, declarando la no imposición de costas a ninguna de las partes personadas en el presente procedimiento.

**TERCERO.-** De mencionado recurso se dio traslado a la parte actora, que solicitó la desestimación del recurso de apelación, confirmando la sentencia apelada y con expresa condena en costas de la apelación a la parte apelante.

**CUARTO.-** Recibido el recurso, se ha señalado para votación y fallo el día 12 de diciembre de 2013, lo que así se efectuó. En la tramitación del recurso en ambas instancias se han observado las prescripciones legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Por la Administración se apeló la sentencia por que entiende que es contraria al ordenamiento jurídico en base a las siguientes alegaciones:

1.-En cuanto a la falta de agotamiento de la vía administrativa, la sentencia olvida la dependencia orgánica que tienen las Oficinas de Extranjería de las Subdelegaciones y Delegaciones del Gobierno. La interpretación de cuándo una resolución pone fin a la vía administrativa debe partir necesariamente del artículo 109 de la Ley 30/92. Para su aplicación resulta esencial determinar que el Jefe de la Oficina de Extranjería tiene un superior jerárquico: el art. 206 del Real Decreto 557/2012, establece que estas Oficinas dependerán orgánicamente de la correspondiente Delegación o Subdelegación del Gobierno. Igualmente, el apartado primero del artículo 262 establece que las funciones se ejercerán bajo la dirección, a través del respectivo Director del Área funcional o Jefe de la Dependencia Provincial de Trabajo e Inmigración, de los Delegados y Subdelegados del Gobierno. Esta dependencia se confirma en el artículo 263. No existe duda que las Oficinas de Extranjería se integran en la estructura de la administración periférica del Estado.

Disponiendo de un superior jerárquico, sólo agotan la vía administrativa cuando exista una norma legal o reglamento y así lo disponga. El Real Decreto 240/2007 no contempla una norma expresa que resuelva el régimen de los recursos, por lo que hay que acudir a la Disposición Adicional Segunda que realiza la remisión a, primero, la Ley 30/92 y, segundo, al Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 4/2000. Acudiendo a esta última norma, hay que atender a lo dispuesto en su Disposición Adicional 14. En esta disposición se recogen dos tipos de órganos: a) de la Administración Central del Estado y b) de la Administración periférica del Estado. No se incluye ni existe excepción expresa para los Jefes de la Oficina de Extranjería.

Esta situación ha venido motivando durante largo tiempo una distinta interpretación administrativa sobre si agotaban o no la vía administrativa. Esta discrepancia ha venido a ser resuelta de forma expresa por la Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio, por la que se dictan normas para la aplicación del art. 7 del Real Decreto 240/2007. De esta manera se confirma directamente que las Resoluciones que dicte el Jefe de la Oficina de Extranjería no ponen fin a la vía administrativa.

Todos los ejemplos que se acompañan por la parte actora se refieren a procedimientos que se habían iniciado antes de la entrada en vigor de esta Orden.

2.-La pretensión, en cuanto al fondo, deducida por la demandante supone un fraude de ley. Nos encontramos ante una cuestión jurídica novedosa que no ha sido resuelta con anterioridad. Las sentencias anteriores se amparaban en la protección del supremo interés del menor español a residir en España en compañía de sus ascendientes extranjeros, exceptuando así la dicción literal del art. 7 del Real Decreto 240/2007; este artículo exige que la persona ciudadana de la unión disponga de recursos económicos suficientes para sostener al familiar extra comunitario. Queremos resaltar que la modificación realizada por el Real Decreto Ley 16/2002 de no ha excepcionado esta exigencia para los españoles menores de edad y ha continuado exigiendo la suficiencia de medios económicos para mantener al familiar cuya tarjeta de residencia se solicita. Dado que en el caso de los menores esta acreditación es imposible, al no tener edad legal para trabajar, se produciría la imposibilidad de que los ascendientes extranjeros pudieran residir con él.

Desde abril de 2011 se introdujo una nueva posibilidad a fin de que los menores españoles pudieran residir con sus ascendientes extranjeros. Es la redacción que se recoge en el número 3 del artículo 124 del Real Decreto 557/2011. La jurisprudencia antes dicha y citada de contrario ha sido expresamente recogida en el Real Decreto 557/2011, abriendo así la posibilidad de conceder una autorización.

La jurisprudencia citada en la sentencia apelada se basa en una situación legal anterior, la existente con carácter previo al Real Decreto 557/2011, que expresamente recoge y protege el interés del menor de asistencia y cuidado de sus padres, plasmando en un precepto legal el derecho que había sido declarado por la jurisprudencia legal anterior. En este sentido, con posterioridad al Real Decreto 557/2011, la vía legal de residencia de los ascendientes de menores españoles, sin recursos económicos suficientes, es la prevista en el artículo 124.3 del Real Decreto

557/2011, así como las prórrogas posteriores, y no la vía del art. 7 del Real Decreto 240/2007.

3.-No procede la imposición de costas, pues es una cuestión jurídica que no se había planteado con anterioridad. A partir del año 2011 se ha producido un marco jurídico diferente. Por todas las consideraciones antedichas, nos encontramos con una cuestión jurídica que plantea una seria duda de derecho. De conformidad con ello, la Administración ha aplicado la legalidad estricta, el nuevo art. 124.3 del Real Decreto 557/2011. Tomando el tenor literal de la ley, el art. 7 del Real Decreto 240/2007 sigue exigiendo la suficiencia de medios económicos, lo que no ocurre en el presente caso, y el art. 124.3 del Real Decreto abre una posibilidad diferente y expresamente contempla el caso de la demandante.

Por su parte, la recurrente-apelada formuló las siguientes alegaciones en oposición al recurso de apelación:

1.-En cuanto a la inadmisibilidad obligada, la Administración olvida la existencia de una Ley y un régimen jurídico especial, más allá de la Ley general de 30/92. Hay que tener en cuenta la Disposición Adicional Decimocuarta del Real Decreto 557/2011, así como el art. 260 del Reglamento de Extranjería. La ley especial distingue entre las resoluciones que agotan la vía administrativa, de aquellas otras que no agotan la vía administrativa, y en el presente supuesto se agota la vía administrativa por cuanto que se deniega una autorización de residencia.

Esta posición ha sido anteriormente fundamentada y acogida pacíficamente por la propia Subdelegación.

Además se causan serios perjuicios a la recurrente, en caso de inadmisión. En caso de duda se entiende que se debe dar la opción a conocer del fondo en aplicación del principio *indubio pro actione*.

En cuanto a la alusión normativa realizada por la Administración para justificar la inadmisión solicitada (Orden de 9 de julio de 2012), se produce un error en la aplicación objetiva y subjetiva de esta Orden al referirse a supuestos de solicitud de inscripción de ciudadanos de la Unión Europea y no al supuesto estudiado. No se identifica el supuesto ni desde el punto de vista subjetivo, ni desde el punto de vista objetivo.

2.-Se muestra disconformidad sobre que la cuestión de fondo supone "una novedad" por la existencia de sistema de regulación vía arraigo familiar. La causa

real de la presente denegación es el cumplimiento o no del requisito "de vivir a cargo" del ciudadano de unión por el solicitante, que es en este caso su progenitora. Esta cuestión ya ha sido resuelta por la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. Así la sentencia de fecha 18 de julio de 2008, recurso de apelación 58/2008 de esta Sala; y así la sentencia 2004/303 de aquel Tribunal. También la sentencia de esta Sala de 19 de noviembre de 2010, recurso 217/2010. Por último, la más reciente sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 8 de marzo de 2011, asunto C-34/09 Ruiz Zambrano.

En cuanto a que la solicitud instada vía Real Decreto 240/2007 supone un fraude de ley, se alega que se ampara en la aplicación del Real Decreto y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Lo que pretende la apelada es asegurar un derecho de residencia que permita decidir y trabajar con la estabilidad y vocación de permanencia para mantener a la familia de la apelada. Sin perjuicio de que existan otras vías o formas de regularización en la normativa ordinaria de extranjería, nada impide a la recurrente optar por la aplicación del régimen comunitario. La vía del artículo 2.d del Real Decreto 240/2007 no sólo no está prohibida, sino que es fruto de la evolución del concepto de ciudadanía europea que ha sido diseñada a la luz del derecho comunitario y en función de la protección del menor que es ciudadano de la Unión.

3.-No debe acogerse la pretensión de no ser condenada en costas la Administración. Existe un previo y claro criterio legal. No se entiende cómo una y otra vez la Administración se ampara en que la resolución impugnada dice en su pie de página que no agota la vía administrativa. La legislación que alega para justificar que las resoluciones referidas no agotan la vía administrativa no es aplicable al caso, ni desde el punto de vista objetivo, ni desde el punto de vista subjetivo. La cuestión de fondo ha sido resuelta con anterioridad, no sólo por los tribunales nacionales, sino por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**SEGUNDO.**-En cuanto a la causa de inadmisibilidad alegada y desestimada por la sentencia (no haberse agotado la vía administrativa), cabe afirmar que no es que la sentencia olvide la dependencia orgánica de la Oficina de Extranjería, sino que afirma que la legislación especial establece precisamente que contra estas resoluciones como la aquí impugnada no procede el recurso de alzada, sino que agotan la vía administrativa.

El art. 109 de la Ley 30/92 establece, entre los supuestos que ponen fin a la vía administrativa, las resoluciones de órganos administrativos cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca. En este sentido, el Real Decreto 240/2007 no dispone los recursos que caben contra las resoluciones dictadas en aplicación de este Real Decreto, pero su Disposición Adicional Segunda establece que *"en lo no previsto en materia de procedimientos en el presente real decreto, se estará a lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su Reglamento, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, y en su normativa de desarrollo, con carácter supletorio y en la medida en que no se oponga a lo dispuesto en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y el derecho derivado de los mismos"*. En este precepto no se indica expresamente una prelación de la normativa que se tiene que tener en cuenta para que la misma se aplique como supletoria con preferencia a otra normativa que se recoge en esta Disposición Adicional Segunda: no se establece que la normativa contenida en la Ley 30/92 se aplique con preferencia sobre la normativa contenida en la Ley Orgánica 4/2000 o en el Real Decreto 2393/2004 (actualmente Real Decreto 557/2011). Por este motivo de no establecer esta preferencia, es lógico atender al criterio recogido en la sentencia apelada de considerar la normativa especial frente a la normativa general, sobre todo si esta normativa general establece la referencia a que una disposición legal o reglamentaria disponga que agota la vía administrativa. Esto determina que, atendiendo a la materia específica de que tratamos, proceda acudir a lo recogido en el Real Decreto 2393/2004, que actualmente debe ser entendido referido al Real Decreto 557/2011. Así lo ha entendido reiteradamente esta misma Oficina de Extranjería que ha dictado la resolución recurrida en este procedimiento contencioso-administrativo.

Este Real Decreto 557/2011 recoge, en su Disposición adicional decimocuarta, que *"las resoluciones que dicten los órganos competentes de los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Cooperación, del Interior, y de Trabajo e Inmigración, los Delegados del Gobierno y Subdelegados del Gobierno, bajo la dependencia funcional de estos dos últimos Ministerios, con base en lo dispuesto en este Reglamento, sobre concesión o denegación de visados, prórrogas de estancia o autorizaciones de residencia y de trabajo, cédulas de inscripción, así como sobre*

sanciones gubernativas y expulsiones de extranjeros, pondrán fin a la vía administrativa, y contra éstas podrán interponerse los recursos administrativos o jurisdiccionales legalmente previstos. Se exceptúan las resoluciones sobre denegación de entrada y devolución, las cuales no agotan la vía administrativa. Los actos y resoluciones administrativas adoptados serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes, y su régimen de ejecutividad será el previsto con carácter general en la legislación vigente, salvo lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, para la tramitación de expedientes de expulsión con carácter preferente". Redacción que, en lo que aquí se discute, es igual que la contenida en el Real Decreto 2393/2004. Por tanto, cabe concluir que estas resoluciones dictadas por la Jefa de la Oficina de Extranjería, por las que se resuelve la solicitud de tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión, no precisan ser recurribles en alzada, sino que agotan la vía administrativa. No cabe concluir que esta Disposición Adicional Decimocuarta recoja dos tipos de órganos en el sentido pretendido por el Abogado del Estado de referirse a órganos de la administración central y a órganos de la administración territorial, sino que se refiere a los órganos competentes de los correspondientes ministerios a que se refiere, como bien venía entendiendo la continua actuación de la Administración cuando resolvía estas solicitudes, en las que informaba que cabía recurso potestativo de reposición o directamente recurso contencioso-adversario.

Este criterio no ha cambiado por la entrada en vigor de la Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio, sino que precisamente esta Orden viene a recoger expresamente este criterio general de agotar la vía administrativa, pues sólo prevé, de los distintos supuestos de que trata esta Orden, que no agota la vía administrativa el supuesto de que se tenga por desistido al peticionario de su petición porque no subsane las faltas o acompañe los documentos preceptivos, no indicando nada sobre los demás supuestos. Así el art. 2.3 de esta Orden recoge: "Si la solicitud de inscripción no reúne los requisitos necesarios para su tramitación, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane las faltas o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución motivada, que no agota la vía administrativa, y que podrá ser objeto de recurso de alzada". Por tanto, precisamente esta orden nos da una base más para considerar que estas resoluciones son recurribles directamente en vía contencioso-administrativa, sin tener que acudir a la previa interposición del recurso de alzada.