

Esta cuestión determina que no proceda estimar la causa de inadmisibilidad alegada por el Abogado del Estado.

TERCERO.-En cuanto a la cuestión de fondo, es preciso destacar que es cierto que se produjo una modificación hasta cierto punto sustancial o importante con el nuevo Reglamento de Extranjería, puesto que el art. 124.3 del mismo establece que se podrá conceder una autorización de residencia por razones de arraigo familiar cuando, según su letra a), 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. Sin embargo, es preciso estudiar si esta redacción y contenido de este precepto abarca las exigencias impuestas por la Unión Europea y su legislación cuando establece las necesidades de protección de los menores nacionales de la Unión. Esta Sala ha venido considerando que en los supuestos como el presente, en que se solicita la autorización de residencia (en este supuesto la tarjeta de familiar de residentes de la Unión) por una madre en base a que tiene una hija o un hijo nacional del Estado al que solicita la tarjeta o la autorización de residencia, procede la concesión de la tarjeta de familiar de residente de la Unión, por aplicación del artículo 7, en relación con el art. 2 del Real Decreto 240/2007 y por aplicación de la jurisprudencia que ha venido interpretando este precepto y de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo al establecer la necesidad del cumplimiento de las obligaciones recogidas por el Código Civil respecto de los progenitores en relación con sus hijos. En este sentido, esta Sala ha venido a estimar la procedencia de permitir la residencia en España, y así en la sentencia de fecha 18 de julio de 2008, dictada en el recurso 58/2008:

"TERCERO.- Sin embargo, la sentencia apelada aduce otros motivos o razones por los que procede denegar esta solicitud, como son que la aquí apelante no tiene seguro médico y no tiene medios económicos de vida, lo que origina un gasto al erario de este Estado; pero en el presente supuesto se da una circunstancia excepcional, que no se daba en el supuesto estudiado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, como es la circunstancia nada desdeñable, de que el menor que necesita protección y cuidado es español, es ciudadano de la unión pero precisamente nacional del estado en donde se pretende fijar la residencia. Por ello, respecto de este requisito de la capacidad económica, se debe ver desde la perspectiva recogida por nuestro Tribunal Supremo, en sentencia

de fecha 26 de enero de 2005, que estudia un supuesto de expulsión: "SEXTO.- El segundo motivo debe ser estimado, por cuanto la Sala de instancia ha infringido aquellos preceptos del Código Civil que dejamos citados. La Sala de instancia se equivoca cuando dice que «estamos hablando de un hijo menor de edad de la recurrente, siendo la mera circunstancia del nacimiento en España de aquel hijo no atribuye al nacido la nacionalidad española de no concurrir las circunstancias exigidas por el artículo 17 del Código Civil, carga de la prueba que corresponde a la ahora demandante, de acuerdo al artículo 1124 de dicho Código Civil». Pero las cosas no son así. En la certificación de nacimiento del menor Carlos María consta una anotación marginal que dice literalmente así: «En virtud de auto de fecha 14 de septiembre de 1999 dictada en expediente administrativo núm. NUM001 , tramitado en el Registro Civil de Madrid, se ha declarado con valor de simple presunción la nacionalidad española de origen del menor inscrito, al amparo del artículo 17-c) del Código Civil(...)». En consecuencia, ni la Administración ni los Tribunales de Justicia pueden, mientras no existan pruebas en contrario, dudar de la nacionalidad española de origen del menor Carlos María. (Artículo 96-2º de la Ley de Registro Civil y 335 y siguiente de su Reglamento). La existencia de ese hijo español es fundamental para la resolución de este recurso de casación, si se tienen en cuenta las siguientes ideas: 1ª.-La Constitución Española establece como principios rectores de la política social el de la protección social, económica y jurídica de la familia (artículo 39-1), así como el de la protección integral no sólo de los hijos, sino también de las madres(artículo 39-2). En consecuencia con ello, el artículo 11-2 de la Ley 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , dispone que serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos los siguientes: a) La supremacía del interés del menor ; b) El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés, y c) Su integración familiar y social. Así pues, puede decirse que, aunque no esté literalmente dicho en las normas (aunque sí lo está en su espíritu), el primer derecho del hijo menor de edad es estar, crecer, criarse y educarse con su madre. Se trata de un derecho derivado de la propia naturaleza, y, por lo tanto, más fuerte y primario que cualquier otro derecho de configuración legal. Por lo demás, es un derecho que tiene sus reflejos en concretos preceptos del ordenamiento jurídico (v .g., artículo 110 del Código Civil, que obliga al padre y a la madre, aunque no ostenten la patria potestad, a velar por sus hijos y prestarles alimentos; artículo 143-2º del propio Código , que obliga recíprocamente a los ascendientes y descendientes a darse

alimentos; artículo 154 , que impone a los padres el deber (y les reconoce el derecho) de velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, etc.). 2ª.-El ordenamiento jurídico español no permite la expulsión del territorio nacional de ciudadanos españoles. (La comisión por un español de un delito o de una infracción administrativa son castigados con determinadas penas o sanciones, pero nunca con la expulsión del territorio nacional; fuera del supuesto de medida cautelar o sanción penal, «los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional», según el artículo 19 de la Constitución Española). 3ª.-La orden de expulsión de la madre, que aquí se recurre, o bien es también una orden implícita de expulsión de su hijo menor , que es español (lo que infringe el citado principio de no expulsión de los nacionales) o bien es una orden de desmembración cierta de la familia, pues la expulsión decretada provoca ineludiblemente la separación del hijo y de la madre, (lo que viola los preceptos que hemos citado de protección a la familia y a los menores). Ni las normas sobre extranjería ni el sólo sentido común pueden admitir que la madre de un español sea una pura extranjera y se la trate como a tal; que el hijo español tenga todos los derechos y su madre no tenga ninguno, y que, en consecuencia, pueda expulsarse a la madre de España como una simple extranjera y quede en España el menor con todos sus derechos, pero sólo y separado de su madre". Este criterio ha sido también mantenido continuamente por esta Sala, por ejemplo en el recurso de apelación 46/2012, sentencia de fecha 30 de marzo de 2012. E igualmente se ha mantenido este criterio otorgando la concesión de la tarjeta de familiar de residente de la Unión o indicando, en supuestos de expulsión, que lo que procede es que se solicite esta tarjeta. Por ello, en principio, procede la concesión de la solicitud instada por la recurrente-apelada.

CUARTO.-En el presente supuesto se añade la circunstancia de la redacción que contiene el art. 124.3 del Real Decreto 557/2011, por lo que se entra en la disyuntiva de determinar si realmente lo aplicable es este precepto o es el contenido del Real Decreto 240/2007.

Es preciso tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en cuanto a las obligaciones paternofiliales de una madre respecto de su hijo o de su hija, que se verían limitadas de tal forma que prácticamente sería imposible ejercerlas adecuadamente si se aplica el contenido del artículo 124.3, pues se establece la posibilidad de otorgar la autorización de residencia excepcional por

arraigo familiar con una duración de sólo un año, prorrogable por otro año y con posibilidad de sucesivas prórrogas por el mismo tiempo, lo que determina que la situación de inseguridad en cuanto a la residencia de la madre en España haga dificultosa y prácticamente imposible la adecuada prestación de las obligaciones que el Código Civil impone al progenitor. Por otra parte, para que proceda esta residencia por arraigo familiar es preciso que no se tengan antecedentes penales, pues es requisito primigenio para la concesión de una autorización de residencia. Este extremo determina que aplicaría un muy peor tratamiento al progenitor de un hijo menor español que resida en España, que al progenitor de un hijo menor no español de la Unión que resida en España, pues las exigencias establecidas en el Real Decreto 240/2007 son menores que las exigidas en el Real Decreto 557/2011, como también son mucho mayores las exigencias establecidas en esta última normativa para que se pueda acordar la expulsión; lo cual es totalmente inadmisibile.

Por otra parte, si nos atendemos a la jurisprudencia aportada por la misma parte apelada, que presenta la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia (Gran Sala) en el asunto C-34/09 Ruiz Zambrano, resulta que para supuestos como este concreto no sería de aplicación la Directiva 2004/38; y así en el punto 39 de esta sentencia se recoge: *"En primer lugar, es preciso señalar que, con arreglo al apartado 1 del artículo 3 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".* El supuesto tratado en esta sentencia es idéntico al planteado en este pleito: ciudadano de un tercer país que no pertenece a la Unión progenitor de un menor nacional del país cuya residencia se solicita.

Ahora bien, esta misma sentencia del Tribunal de Justicia recoge el reconocimiento que se le debe otorgar al progenitor tanto de la residencia como del derecho a trabajar, pues en otro caso se vería de hecho en la imposición de ejercer la esencia de los derechos que les confiere el estatuto de ciudadanos de la Unión a los hijos menores:

"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. Ruiz Zambrano 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, el Sr. Ruiz Zambrano afirma que la invocación de las disposiciones relativas a la ciudadanía de la Unión por parte de sus hijos Diego y Jessica 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 1 del artículo 3 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, García 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 2 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, García 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 22, Zhu y Chen, apartado 25, 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”.

Es decir, en estos supuestos no les sería de aplicación la Directiva 2004/38, pero si no se concediese el permiso de trabajo y de residencia se estaría vulnerando el art. 20 del Tratado de la Unión (TFUE).

Sin embargo, no debemos olvidar que esta Directiva 2004/38 ha sido traspuesta a nuestro ordenamiento a través de precisamente el Real Decreto 240/2007.

Ahora bien, nos encontramos que el derecho del menor que se reconoce en esta sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), el derecho al ejercicio efectivo de la esencia de los derechos que le confiere el estatuto de ciudadano de la Unión, quedaría imposibilitado de hecho, como también quedaría imposibilitado el ejercicio de las obligaciones que tiene el progenitor respecto de sus hijos y que le impone el Código Civil, si solamente se le reconociese la autorización de residencia que se recoge en el art. 124.3 del Real Decreto 557/2011, con la obligación de cumplir con las exigencias que este Real Decreto existe para que se conceda esta autorización excepcional de residencia por arraigo familiar.

La conclusión a la que se llega es que no existe expresamente prevista una norma que acoja estos supuestos y que esta norma se ajuste a las exigencias establecidas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) al interpretar el art. 20 TFUE, pues estas exigencias no se cumplen por lo recogido en el Real Decreto 557/2011, que discrimina clarísimamente a los hijos menores españoles y sus progenitores respecto de los hijos menores de la unión no españoles y sus progenitores, y, en principio, no sería de aplicación el Real Decreto 240/2007 si lo considerásemos exclusivamente como la trasposición de la Directiva 2004/38, pues esta directiva no es aplicable a estos supuestos. Ante esta situación, no queda más remedio que aplicar la normativa española que más se ajuste al art. 20 indicado y a la interpretación que sobre el mismo realiza el indicado Tribunal de Justicia; y la normativa que más se ajusta no es sino la contenida en el Real Decreto 240/2007, y así al menos equiparar los derechos del progenitor de un menor de la Unión residente en España y de este mismo menor y los derechos del progenitor de un menor residente en España y español y de este mismo menor.

Todo ello nos lleva a confirmar en este apartado la sentencia apelada.

QUINTO.-En lo que se refiere a la imposición de costas de primera instancia, es claramente visible que existen fundadas dudas de derecho sobre la cuestión aquí planteada. Esta Sala no sabe si la cuestión planteada es nueva, pero no tiene conocimiento que ninguna otra Sala haya tratado esta cuestión considerando la redacción que actualmente presenta el artículo 124 del Real Decreto 557/2011. Además, hemos visto que existe una dificultad jurídica a la hora

de determinar la normativa aplicable motivada porque la normativa española no se ciñe adecuadamente a estos concretos supuestos si consideramos la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala). Esto determina que necesariamente debamos tener en cuenta que existen serias dudas de derecho en la cuestión aquí debatida, por lo que no procede la imposición de costas en primera instancia.

ÚLTIMO.-Respecto de las costas, al estimarse parcialmente el recurso interpuesto y conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la ley 29/98, de 18 de julio, no procede hacer especial imposición de costas.

VISTOS los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, ha dictado el siguiente

FALLO

Que se estima parcialmente el recurso de apelación registrado con el número 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 [REDACTED], con [REDACTED], 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.

Y, en virtud de esta estimación parcial, se revoca la sentencia apelada únicamente en cuanto a la imposición de costas y se dicta otra por la que, manteniendo todos los demás pronunciamientos de la sentencia apelada, se declara que no procede la imposición de costas en la instancia.

No se hace expresa imposición de costas, respecto de las causadas en esta instancia.

Contra esta resolución no cabe interponer recurso ordinario alguno. Devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia, con certificación de esta resolución para ejecución y cumplimiento.

Así lo acuerdan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala, de todo lo cual, yo el Secretario, doy fe.