

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN Nº 1007/2015

SENTENCIA NUMERO 170/2017

CEA(R) EUSKADI

Comisión de Ayuda
al Refugiado en Euskadi

CIF: G48839856

Cristo 9 Bis, 5ª Planta
46007 Bilbao

Tel.: 944 248 844
Fax: 944 245 938

ILMOS. SRES.
PRESIDENTE:
DOÑA ANA ISABEL RODRIGO LANDA AZABAL

MAGISTRADOS:
DON ÁNGEL RUIZ RUIZ
DON JOSÉ ANTONIO ALBERDI LARIZGOITIA

En la Villa de Bilbao, a veintinueve de marzo de dos mil diecisiete.

La Sección Segunda 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 número 136/2015, de 7 de octubre de 2015, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Bilbao en el procedimiento abreviado número 280/2014, desestimatoria del recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución de 30 de septiembre de 2014 de la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 18 de agosto de 2014, denegatoria de la primera renovación de la autorización de residencia temporal.

Son parte:

- **APELANTE:** I _____ representado por la Procuradora D^a. LEYRE CAÑAS LUZARRAGA y dirigido por el letrado D. JAVIER CANIVELL FRADUA.

- **APELADO:** ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO [-Subdelegación del Gobierno en Bizkaia-], representada y dirigida por el Abogado del Estado.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ ANTONIO ALBERDI LARIZGOITIA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por D. [REDACTED] recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia estimando el recurso presentado y revocando la sentencia de instancia por no ser ajustada a Derecho y, estimando la demanda, resuelva declarar la nulidad radical e insubsanable de la resolución combatida, concediendo autorización de residencia 1ª renovación solicitada por el apelante, con imposición de costas a la Administración demandada.

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.

Por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO se presentó escrito de oposición al recurso de apelación formulado de contrario, suplicando se dicte sentencia en la que se desestime el recurso y se confirme la sentencia impugnada.

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 28 de marzo de 2017, 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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Planteamiento del recurso.

Se interpone el presente recurso de apelación número 1007/2015 contra la sentencia número 136/2015, de 7 de octubre de 2015, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Bilbao en el procedimiento abreviado número 280/2014, desestimatoria del recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución de 30 de septiembre de 2014 de la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 18 de agosto de 2014, denegatoria de la primera renovación de la autorización de residencia temporal.

El interesado, nacional del Reino de Marruecos, que había sido titular de una autorización inicial de residencia no lucrativa con vigencia hasta el 5 de julio de 2014, solicitó el 7 de mayo de 2014 su renovación, lo que le fue denegado por la resolución de 18 de agosto de 2014 por no acreditar medios económicos suficientes en cuantía equivalente al 400% del IPREM (2130,04 €) más otro 100% del IPREM por cada uno de los miembros de la familia, de conformidad con lo previsto por el artículo 51.2.b) del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX) aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (RLOEX), resolución que fue confirmada en reposición por la de 30 de septiembre de 2014, al considerar que los únicos medios económicos con que cuenta son la percepción de la renta de garantía de ingresos por un importe mensual de 1125,19 €.

Contra dicha resolución interpuso recurso jurisdiccional alegando que convive con su esposa y sus cuatro hijas, una de las cuales es de nacionalidad española, y que carece de vínculos con su país, recurso que fue desestimado por la sentencia apelada por las propias razones de la resolución recurrida. Rechaza la sentencia que la resolución denegatoria infrinja el derecho a la vida familiar, dado que no nos hallamos ante un expediente de expulsión.

Contra dicha sentencia se interpone el presente recurso de apelación pretendiendo su revocación y el dictado de otra por la que se anule la resolución recurrida y reconozca el derecho del recurrente a la autorización solicitada

Alega que es beneficiario de la renta de garantía de ingresos por importe de 1125,19 € mensuales, prestación que tiene carácter indefinido y está destinada a favorecer los procesos de inclusión social o laboral, razón por la cual cuenta con ingresos suficientes.

Insiste en la vulneración del derecho a la vida familiar reconocido por los artículos 18 y 38 de la Constitución y artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, puesto que reside en España con su esposa y sus cuatro hijas, una de las cuales es de nacionalidad española, careciendo de vínculos con su país de origen, circunstancias que no han sido tenidas en cuenta por la sentencia apelada, razonando que no nos hallamos ante un procedimiento de expulsión, pese a lo cual considera que debieron ser valoradas dichas circunstancias a los efectos de la concesión de la autorización.

A dicho recurso se opuso la Administración General del Estado por las propias razones de la sentencia apelada, al no contar el recurrente con recursos suficientes, dado que a tales efectos no cabe tomar en consideración las prestaciones asistenciales.

SEGUNDO: La autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo familiar del artículo 124.3 RLOEX no es susceptible de prórroga, pudiendo modificarse a su vencimiento a la autorización prevista por el artículo 202 RLOEX .

El artículo 130 RLOEX refiere la prórroga de las autorizaciones concedidas por circunstancias excepcionales única y exclusivamente a las autorizaciones concedidas por la Secretaría de Estado de Seguridad (número 2), esto es, a las autorizaciones basadas en la colaboración con las autoridades policiales, fiscales y judiciales y en casos de seguridad nacional prevista por el artículo 127 RLOEX, ya que únicamente a ellas refiere la competencia de la Secretaría de Estado de Seguridad el artículo 128.5.a) RLOEX. Al margen de dichas autorizaciones, todas las demás reguladas por el Capítulo Primero del Título V LOEX, así las de arraigo del artículo 124, las fundadas en razones de protección internacional del artículo 125, las de carácter humanitario del artículo 126 y las de colaboración con autoridades administrativas del art. 127, quedan reconducidas a su vencimiento por el artículo 130.4 RLOEX a la autorización prevista por el artículo 202 RLOEX, precepto que contempla el supuesto de transición de una situación de residencia por circunstancias excepcionales a la situación de residencia con o sin trabajo sin necesidad de visado, mediante la concesión de una autorización de dos años de duración, que tiene el carácter de autorización inicial, y, en el supuesto de que la autorización originaria de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo habilitara para trabajar, exige en su núm.2 para su concesión el cumplimiento de los requisitos previstos por el artículo 71 RLOEX para la renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, precepto que exige como mínimo, una actividad laboral de al menos tres meses por año de vigencia de la autorización que se pretende renovar y acreditar acumulativamente que la relación laboral que dio lugar a la primera autorización se interrumpió por causas ajenas a la voluntad del interesado, que ha buscado activamente empleo y que en el momento de la solicitud tiene un contrato de trabajo en vigor. En el supuesto de que la autorización de residencia lo fuera con exceptuación de la autorización de trabajo, aun cuando no lo dice expresamente el núm.4 del art. 202 RLOEX, resulta razonable interpretar que el interesado ha de cumplir los requisitos exigidos con carácter general por el art. 51 para la renovación de la autorización de residencia no lucrativa.

Como consecuencia de ello la cuestión queda reconducida a determinar si el apelante cumple los requisitos establecidos por el artículo 202 RLOEX y, más concretamente, en determinar si la percepción de la renta de garantía de ingresos por importe de 1125,19 € satisface la exigencia establecida por el artículo 51.2 . b) RLOEX de contar con medios económicos suficientes en cuantía equivalente al 400% del IPREM (2130,04 €), más otros 100% del IPREM por cada uno de los miembros de la familia, y la incidencia que en dicha cuestión hayamos de atribuir al hecho de que el apelante es padre de una menor de nacionalidad española.

TERCERO: Exigencia de disponer de medios económicos suficientes para la concesión de la autorización inicial no lucrativa al amparo del art. 202 RLOEX.

El requisito de disponer de recursos económicos o medios de vida suficiente, venía exigido por el art. 5.1.c) del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, ratificado por instrumento de 25 de junio de 1994 (BOE de 5 de abril de 1994), al disponer que para una estancia que no exceda de tres meses se podrá

autorizar la entrada en el territorio de los países contratantes a los extranjeros que cumplan, entre otras, la condición de "disponer de medios adecuados de subsistencia, tanto para el periodo de estancia previsto como para el regreso al país de procedencia, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios ", y hoy, exigido por el llamado "Código de fronteras Schengen" aprobado por el Reglamento (CE) nº 562/2006 del Parlamento y del Consejo , de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) (« D.O.U.E.L. » 13 abril) a partir del 13 de octubre de 2006, cuyo art. 5.1.c) tiene una redacción idéntica a la del Convenio de Aplicación anteriormente citado, pero el núm.3 de dicho precepto aclara que:

"3. El criterio para calcular los medios de subsistencia estará en función de la duración y del motivo de la estancia y se usarán como referencia los precios medios en el Estado o Estados miembros de que se trate del alojamiento y de la alimentación, en hospedaje económico multiplicado por el número de días de estancia.

Los importes de referencia fijados por los Estados miembros se notificarán a la Comisión de conformidad con el artículo 34.

La comprobación de los medios de subsistencia suficientes podrá basarse en el dinero efectivo, los cheques de viaje y las tarjetas de crédito que obren en poder del nacional de un tercer país. Las declaraciones de invitación, cuando las prevea el Derecho interno, y las declaraciones de toma a cargo definidas por el Derecho interno, en caso de que el nacional de un tercer país se aloje en el domicilio de una persona de acogida, también podrán constituir prueba de medios adecuados de subsistencia."

La Directiva 2003/86 / CE del Consejo, de 22 de septiembre, sobre el derecho a la reagrupación familiar, establece que al presentarse la solicitud de reagrupación familiar, el Estado miembro de que se trate podrá requerir al solicitante que aporte la prueba de que el reagrupante dispone de:

"c) recursos fijos y regulares suficientes para su propia manutención y la de los miembros de su familia, sin recurrir al sistema de asistencia social del Estado miembro de que se trate. Los Estados miembros evaluarán dichos recursos en función de su naturaleza y de su regularidad y podrán tener en cuenta la cuantía de los salarios y las pensiones mínimos, así como el número de miembros de la familia."

En el régimen general del LOEX, constituye una clave de la política de regulación de los flujos migratorios dirigida a evitar la saturación o agotamiento del sistema de asistencia social, que el extranjero que pretenda entrar en España cuente con medios de vida suficientes, bien sea porque se los garantice la disposición de un contrato laboral, bien sea porque disponga de patrimonio o recursos propios que garanticen su subsistencia sin recurrir a las prestaciones asistenciales. Así, el RLOEX exige la disposición de medios económicos suficientes con carácter general para la entrada de los extranjeros en España (arts. 4.1.d) y 9), para la prórroga de estancia (art.32.2.c), la autorización de residencia temporal (arts.46.d y 47), su renovación (art.51.2.b), para la reagrupación familiar (art.54.1) y su renovación (art.61.3.b.2ª), y, sin ánimo de exhaustividad, para renovar la autorización de residencia de los menores tutelados a su mayoría de edad (art.197) y, de otro lado, el art.7.2 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, exige para autorizar la residencia por más de tres meses de los familiares de ciudadanos de la Unión Europea nacionales de terceros países, la disposición de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España durante su periodo de residencia.

Pues bien, el artículo 51.2.b) RLOEX exige para la renovación de la autorización de residencia no lucrativa la disposición de recursos económicos suficientes para atender los gastos de manutención y estancia, incluyendo, en su caso, los de su familia durante el periodo de tiempo por el que corresponda la renovación sin necesidad de desarrollar ninguna actividad laboral o profesional en los términos establecidos por el artículo 47, precepto que requiere la disposición de recursos en cuantía mensual que represente el 400% del IPREM, lo que supone, tal y como dice la resolución recurrida 2130,04 €, siendo concluyente que el apelante no dispone de dicha cantidad, máxime teniendo en cuenta que la prestación asistencial de la renta de garantía de ingresos que percibe no es computable a tales efectos.

CUARTO: Incidencia del hecho de ser padre de un menor de nacionalidad española.

El apelante alegó en el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de 18 de agosto de 2014 denegatoria de la autorización solicitada que residía en España desde 2007 junto a su familia, esposa y cuatro hijas menores de edad, tres de ellas con autorización de residencia y una de ellas de nacionalidad española, hechos que acreditó con fotocopias del libro de familia (folios 54 a 57), fotocopias del documento nacional de identidad de una de las hijas y de los permisos de residencia de las otras tres (folios 58 y 59), fotocopia de la resolución de Lanbide de concesión de la renta de garantía de ingresos en el que consta a los miembros de la unidad familiar (folios 60) y certificado de empadronamiento de todos los miembros de la familia (folios 61 y 62), alegación que no tuvo respuesta alguna en la resolución desestimatoria del recurso de alzada de 30 de septiembre de 2014.

En la demanda reiteró dicha alegación y aportó nuevamente la referida documentación, alegando que la resolución denegatoria de la autorización infringía el derecho a una vida íntima y familiar reconocido por el artículo 8 del Convenio Europeo de los derechos humanos y los artículos 18 y 38 de la Constitución, planteamiento que la sentencia de instancia rechazó razonando que nos encontramos ante un procedimiento de expulsión, posición que la Sala no comparte.

Esta Sala se ha pronunciado en supuestos semejantes (así en las sentencias nº356/2014, de 25 de junio, dictada en el recurso de apelación nº507/2013, y en la sentencia nº 276/2016, de 10 de junio, dictada en el recurso de apelación nº605/2015, concluyendo que el progenitor, nacional de un Estado tercero a la Unión Europea, de un menor español con el que convive y lo tiene a su cargo, tiene derecho a una autorización de residencia tanto por exigencias del estatuto de ciudadano de la Unión del menor a la luz de la doctrina expresada por el Tribunal de Justicia de Unión Europea, como por

exigencias de los derechos inherentes a la nacionalidad española, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, y que a tal derecho no cabe oponer ni que cuenta con antecedentes penales, ni que carece de medios económicos. En el presente asunto habremos de seguir el mismo criterio según pasamos a razonar.

En efecto, el examen de dicha cuestión no puede perder de vista la circunstancia esencial de que es padre de una menor de nacionalidad española que de él depende y que se halla a su cargo, y que como consecuencia de la resolución denegatoria se halla en la obligación de abandonar el territorio nacional (arts. 24 LOEX y 28 RLOEX), lo que indirectamente tiene el efecto necesario de que la menor que se halla a su amparo deba abandonar con él el territorio español y la Unión Europea, privándole indirectamente la resolución recurrida del derecho de residencia y de los demás que como nacional española le corresponden, lo que además atenta contra el estatuto de ciudadana de la Unión que le confiere el art. 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, al privarle del efecto útil de la ciudadanía de la Unión.

A) Derecho del apelante a obtener una autorización de residencia a fin de respetar el estatuto de ciudadano de la Unión Europea de su hija menor de edad que se halla a su cargo.

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 Catherine Zhu y Man Lavette Chen contra el Secretary of State for the Home Department del Reino Unido.

Su doctrina se reitera en las más recientes. Así en la 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 decisiones privarían a dichos menores del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión.>>

Los fundamentos en que se sustenta tal decisión son los siguientes.

<<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. >>

Más recientemente se ha pronunciado en la sentencia de 13 de septiembre de 2016 (asunto C-165/14, Rendón Marín), en la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea responde a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de España en un supuesto en el que se denegó a un ciudadano colombiano, padre de dos hijos menores, un niño de nacionalidad española y una niña de nacionalidad polaca que había nacido y residido siempre en España, que vivían ambos a su cargo, la autorización de residencia por circunstancias excepcionales por la razón de que tenía antecedentes penales.

La sentencia concluye que el señor Rendón tiene un derecho a la residencia en España por dos vías. En primer lugar, derivado del derecho a la libre circulación del que goza su hija menor de edad de nacionalidad polaca (aunque hubiera nacido y residido siempre en España) ex artículo 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), rechazando que a ello se opongan los antecedentes penales del caso, en atención al año de comisión del delito a la naturaleza del mismo y a la pena impuesta, al considerar que no constituye una amenaza real, actual y suficientemente grave remitiendo al Tribunal Supremo el examen de si se cumplen las condiciones exigidas por el artículo

7.1 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, en orden a ejercer el derecho de residencia por más de tres meses.

En segundo lugar, derivado del estatuto de ciudadanos de la Unión de que gozan ambos hijos menores del señor Rendón en virtud del artículo 20 TFUE. La sentencia concluye que el artículo 20 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a esa misma normativa nacional que exige la denegación automática de una autorización de residencia al nacional de un tercer Estado, progenitor de unos hijos menores de edad, ciudadanos de la Unión y de los que tiene la guarda exclusiva, debido únicamente a que el interesado tiene antecedentes penales, cuando tal denegación tenga como consecuencia obligar a esos hijos suyos a abandonar el territorio de la Unión. Los principales fundamentos jurídicos en que asienta dicha conclusión son:

70 La ciudadanía de la Unión confiere a todo ciudadano de la Unión un derecho fundamental e individual a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación (véanse, en este sentido, las sentencias de 7 de octubre de 2010, Lassal, C-162/09, EU:C:2010:592, apartado 29, y de 16 de octubre de 2012, Hungría/Eslovaquia, C-364/10, EU:C:2012:630, apartado 43).

71 Tal como declaró el Tribunal de Justicia en el apartado 42 de la sentencia de 8 de marzo de 2011, Ruiz Zambrano (C-34/09, EU:C:2011:124), 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.

72 En cambio, las disposiciones del Tratado relativas a la ciudadanía de la Unión no confieren ningún derecho autónomo a los nacionales de terceros Estados (sentencias de 8 de noviembre de 2012, Iida, C-40/11, EU:C:2012:691, apartado 66, y de 8 de mayo de 2013, Ymeraga y otros, C-87/12, EU:C:2013:291, apartado 34).

73 En efecto, tal como se ha recordado en el apartado 36 de la presente sentencia, los eventuales derechos conferidos a los nacionales de terceros Estados por las disposiciones del Tratado relativas a la ciudadanía de la Unión no son derechos propios de esos nacionales, sino derechos derivados de los que tiene el ciudadano de la Unión. La finalidad y la justificación de dichos derechos derivados se basan en la consideración de que no reconocerlos puede suponer un menoscabo de la libertad de circulación del ciudadano de la Unión (sentencias de 8 de noviembre de 2012, Iida, C-40/11, EU:C:2012:691, apartados 67 y 68, y de 8 de mayo de 2013, Ymeraga y otros, C-87/12, EU:C:2013:291, apartado 35).

74 A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que existen situaciones muy específicas en las que, pese a no ser aplicable el Derecho secundario en materia de derecho de residencia de los nacionales de terceros Estados y pese a que el ciudadano de la Unión de que se trate no haya ejercido su libertad de circulación, debe reconocerse sin embargo un derecho de residencia a un nacional de un tercer Estado, miembro de la familia de dicho ciudadano, pues de lo contrario se vulneraría el efecto útil de la ciudadanía de la Unión, si, a consecuencia de la denegación de ese derecho, dicho ciudadano se viera obligado de hecho a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto, lo que le privaría del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por ese estatuto (véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de marzo de 2011, Ruiz Zambrano, C-34/09, EU:C:2011:124, apartados 43 y 44; de 15 de noviembre de 2011, Dereci y otros, C-256/11, EU:C:2011:734, apartados 66 y 67; de 8 de noviembre de 2012, Iida, C-40/11, EU:C:2012:691, apartado 71; de 8 de mayo de 2013, Ymeraga y otros, C-87/12, EU:C:2013:291, apartado 36, y de 10 de octubre de 2013, Alopka y Moudoulou, C-86/12, EU:C:2013:645, apartado 32).

75 Las mencionadas situaciones se caracterizan por el hecho de que, aun cuando se rijan por normativas que a priori son competencia de los Estados miembros, es decir, normativas sobre el derecho

de entrada y de residencia de los nacionales de terceros Estados fuera del ámbito de aplicación de las disposiciones de Derecho derivado que contemplan, bajo determinadas condiciones, la atribución de ese derecho, dichas situaciones están sin embargo intrínsecamente relacionadas con la libertad de circulación y de residencia de un ciudadano de la Unión, que se opone a que el derecho de entrada y de residencia les sea denegado a dichos nacionales en el Estado miembro en el que reside ese ciudadano, para no menoscabar tal libertad (véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de noviembre de 2012, Iida, C-40/11, EU:C:2012:691, apartado 72, y de 8 de mayo de 2013, Ymeraga y otros, C-87/12, EU:C:2013:291, apartado 37).

76 En el presente caso, puesto que los hijos del Sr. Rendón Marín tienen la nacionalidad de un Estado miembro, a saber, respectivamente, las nacionalidades española y polaca, gozan del estatuto de ciudadano de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 2 de octubre de 2003, García Avello, C-148/02, EU:C:2003:539, apartado 21, y de 19 de octubre de 2004, Zhu y Chen, C-200/02, EU:C:2004:639, apartado 25).

77 Por consiguiente, como ciudadanos de la Unión, los hijos del Sr. Rendón Marín tienen derecho a circular y residir libremente en el territorio de la Unión, y cualquier limitación de ese derecho está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión.

78 Así pues, en el caso de que la denegación de la residencia al Sr. Rendón Marín, nacional de un tercer Estado a quien se ha concedido la guarda exclusiva de esos niños, obligase al interesado a abandonar el territorio de la Unión, circunstancia que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente, de ello podría derivarse una restricción del mencionado derecho, en particular del derecho de residencia, puesto que dichos niños podrían verse obligados a acompañar al Sr. Rendón Marín y, por tanto, a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto. De este modo, la eventual obligación de su padre de abandonar el territorio de la Unión les privaría del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos que, sin embargo, les confiere su estatuto de ciudadano de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 15 de noviembre de 2011, Dereci y otros, C-256/11, EU:C:2011:734, apartado 67; de 8 de noviembre de 2012, Iida, C-40/11, EU:C:2012:691, apartado 71; de 8 de mayo de 2013, Ymeraga y otros, C-87/12, EU:C:2013:291, apartado 36, y de 10 de octubre de 2013, Alopka y Moudoulou, C-86/12, EU:C:2013:645, apartado 32).

Por tanto, desde la perspectiva del derecho europeo, el estatuto de ciudadano de la Unión Europea de la hija española menor de edad del solicitante de la autorización, se opone a la resolución denegatoria, en la medida en que privaría a la menor de la esencia de los derechos inherentes a dicho estatuto.

B) Derecho del recurrente a obtener una autorización de residencia y trabajo a la luz de la doctrina jurisprudencial.

El ordenamiento jurídico español carece de una respuesta positiva respecto del derecho de residencia de los progenitores de menores de edad españoles que viven a su cargo, nacionales de terceros Estados.

Así en el marco del Real Decreto 240/2007, de 16 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 (RD 240/2007), el supuesto no se halla comprendido en los artículos 2 y 2 bis, ya que el apartado d) del artículo 2 se limita a reconocer el derecho de residencia a los ascendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada que vivan cargo del nacional español,

siendo así que en el supuesto de autos es la menor nacional española quien se halla a cargo del progenitor nacional de un Estado tercero.

El artículo 124.3 RLOEX prevé la autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo familiar, pero condicionada a la carencia de antecedentes penales (artículo 31. 5 LOEX), como pone de manifiesto el caso Rendón Marín.

Pero es que, aun cuando se obtenga la autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo familiar, su duración es de un año y no es susceptible de prórroga, tal y como hemos razonado con anterioridad, de forma que cuando expira su vigencia, no cabe otra vía que la prevista por el artículo 202 RLOEX, precepto que contempla una transición de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales a una autorización inicial de residencia y trabajo de dos años de duración, pero condicionada al cumplimiento de los requisitos que el artículo 71 RLOEX exige para la renovación de las autorizaciones iniciales de residencia y trabajo, o al cumplimiento del requisito de disponer de recursos económicos en cuantía equivalente al 400% del IPREM que establece el art. 51 para las autorizaciones de residencia no lucrativa.

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, 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 o a la disposición de recursos económicos, 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.

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 en el marco de aplicación del Reglamento de la LOEX aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 diciembre:

<<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.>>

En el actual marco jurídico, la doctrina jurisprudencial (SSTS de 1 de junio de 2010 -Rec.114/2007-, de 20 de octubre de 2011 -Rec.1470/2009- y 25 de febrero de 2016 -Rec.2827/2005) ha concluido que a los familiares de españoles que no han ejercido el derecho a la libre circulación, ciudadanos de terceros Estados, les es de aplicación el RD 240/2007. Así lo expresa la STS de 20 de octubre de 2011:

<< Y desde luego, desde el punto de vista del Derecho interno español, aquí las dudas se disipan definitivamente, desde el momento que tras la sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010, y atendiendo a la redacción de los preceptos del RD 240/2007 resultante de dicha sentencia, sólo cabe concluir que a falta de una norma específica sobre este peculiar ámbito (que no la hay), dicho Real Decreto ha pasado a regular también el caso aquí examinado, de reagrupación de ascendientes extranjeros por españoles nacionalizados residentes en España; dado que a tenor de lo dispuesto en el artículo 2 en la redacción derivada de la sentencia, el régimen jurídico contemplado en esta norma es de aplicación, sin distinciones entre españoles y miembros de otros estados de la Unión, a -sic- " los familiares de ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando le acompañen o se reúnan con él, que a continuación se relacionan:... d) a sus ascendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada que vivan a su cargo..."

Que esto es, efectivamente, así, lo ha asumido con carácter general la misma Administración española, cuya Dirección General de Inmigración, a la vista de la sentencia de 1 de junio de 2010, aprobó con fecha 4 de noviembre de 2010 la Instrucción DGI/SGRJ/03/2010, que comienza reconociendo y constatando que dicha sentencia determina, entre otros extremos, "la aplicación del régimen comunitario de extranjería a los ascendientes de ciudadano español o de su cónyuge o pareja registrada"; añadiendo más adelante que "a partir de la sentencia, los ascendientes directos de ciudadano español, así como los de su cónyuge o pareja registrada, que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 2 del Real Decreto 240/2007, serán beneficiarios del régimen comunitario de extranjería" .>>

Ahora bien, aun cuando la doctrina jurisprudencial establezca que el régimen del RD 240/2007 es aplicable a los extranjeros familiares de ciudadanos españoles que no han ejercido el derecho a la libre circulación, ello no resuelve el problema del caso, puesto que, como hemos razonado, el RD 240/2007, no contempla expresamente el derecho de residencia del recurrente, nacional de un Estado tercero, padre de una niña menor de edad de nacionalidad española que de él depende, si bien es susceptible de una interpretación favorable en atención a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea anteriormente examinada.

C) Aplicación al caso de ambas doctrinas. Derecho del recurrente a la autorización prevista por el art. 202 RLOEX pretendida.

Lo cierto es que en la vía administrativa el interesado solicitó la prórroga de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo familiar, y al serle denegada por la razón de que la misma no es susceptible de prórroga y de que no cumplía los requisitos del artículo 202 RLOEX, en la vía jurisdiccional insistió en su derecho a la prórroga y subsidiariamente en su derecho a la autorización del artículo 202 RLOEX.

Pues bien, de la misma forma que las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que hemos examinado concluyen que no cabe denegar una autorización de residencia en supuestos idénticos al de autos por la circunstancia de que al interesado le consten antecedentes penales, habremos de concluir que no cabe denegar la autorización de residencia inicial del artículo 202 RLOEX al recurrente por la razón de que no acredita los requisitos exigidos por el artículo 51 en relación con el art. 47 RLOEX de disponer de recursos económicos en cuantía equivalente al 400% del IPREM.

Procede, en consecuencia, la estimación del recurso contencioso administrativo, la revocación de la sentencia apelada, y asumiendo la Sala la posición de tribunal de instancia, el pronunciamiento de una sentencia anulatoria de la resolución recurrida, por la que además, se reconozca al recurrente el derecho a la autorización de residencia inicial prevista por el artículo 202 RLOEX.

QUINTO: Costas.

Pese a la estimación del recurso de apelación y del propio recurso contencioso administrativo, aprecia la Sala que no ha lugar a la imposición de las costas en atención a la complejidad jurídica que presenta el caso en los términos en que ha sido analizada con anterioridad (artículo 139.1 y 2 LJCA).

Vistos los artículos citados y demás preceptos de pertinente y general aplicación este Tribunal dicta el siguiente

FALLO

I.- Estimamos el presente **recurso de apelación nº 1007/2015**, interpuesto contra la sentencia número 136/2015, de 7 de octubre de 2015, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Bilbao en el procedimiento abreviado número 280/2014, desestimatoria del recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución de 30 de septiembre de 2014 de la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 18 de agosto de 2014, denegatoria de la primera renovación de la autorización de residencia temporal.

II.- Revocamos y dejamos sin efecto la sentencia apelada.

III.- Estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto y anulamos el acto recurrido.

IV.- Declaramos el derecho del recurrente a la autorización de residencia inicial del artículo 202 RLOEX.

V.- Sin imposición de las costas.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de **TREINTA DÍAS** (artículo 89.1 LJCA), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE nº 162, de 6 de julio de 2016.

Quien pretenda preparar el recurso de casación deberá previamente consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 4697 0000 01 1007 15, 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 nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.