



Recurso de apelación: 707-2017

S E N T E N C I A

- Ilustrísimos Sres. Magistrados
- D. Victoriano Valpuesta Bermúdez. Presidente.
 - D. Guillermo del Pino Romero.
 - D. Juan María Jiménez Jiménez. Ponente.

En Sevilla, a 19 de septiembre de dos mil diecinueve.

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo con sede en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, formada por los magistrados que al margen se expresan, ha visto en el nombre del Rey el recurso de apelación número 707/2017, dimanante del procedimiento abreviado 531/2016 seguido ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 8 de Sevilla, interviniendo en esta segunda instancia: como parte apelante, la Administración del Estado (Subdelegación del Gobierno en Sevilla) y como parte apelada,

Ac

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso administrativo que se dice en el encabezamiento, con fecha 12 de julio de 2017, se dictó sentencia mediante la que se estimaba el recurso contencioso formulado contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Sevilla de 6 de octubre de 2016 que denegaba la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, se anulaba y en su lugar se reconocía el derecho de la recurrente a que se le concediese dicha autorización.

Código Seguro de verificación: IW59RL5RfjC7mkUJLiMxqw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JUAN MARIA JIMENEZ JIMENEZ 23/09/2019 09:44:15	FECHA	25/09/2019	
	VICTORIANO VALPUESTA BERMUDEZ 24/09/2019 13:39:40			
	JOSE GUILLERMO DEL PINO ROMERO 25/09/2019 09:30:27			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	IW59RL5RfjC7mkUJLiMxqw==	PÁGINA	1/5



IW59RL5RfjC7mkUJLiMxqw==



SEGUNDO.- Notificada que fue dicha resolución, por la parte que se dice en el encabezamiento se interpuso recurso de apelación, de cuyo escrito se dio traslado a las demás partes para su impugnación, con el resultado que consta en las actuaciones, tras lo que se acordó remitirlas.

TERCERO.- Remitidas las actuaciones, se mandó formar el rollo, quedando el asunto pendiente de señalamiento. La votación y fallo tuvo lugar el día señalado, habiéndose observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Objeto del recurso en la instancia era la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Sevilla de 6 de octubre de 2016 que denegaba la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales solicitada.

La recurrente solicitó autorización de residencia por circunstancias excepcionales, por arraigo familiar al tener una hija de nacionalidad española. La resolución impugnada acurda denegar dicha residencia por cuanto que la recurrente era ya previamente titular de un permiso de residencia de esas características, conforme al artículo 124.3 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Indica la resolución que de acuerdo con los artículos 130.4 y 202 del mismo, lo que procedía era que solicitase la modificación a alguna de las situaciones contempladas en ese último artículo.

La sentencia parte que la recurrente fue titular de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales, por arraigo familiar finalmente caducada. Así como que lo que ahora solicita, no es ni su prórroga ni la modificación de la residencia inicial a alguna de las situaciones previstas en el artículo 202, sino una nueva autorización al amparo del artículo 124.3 a). Y a continuación considera, que la denegación por el mero hecho de haber disfrutado previamente de una autorización similar, pero ya caducada, es contraria a la jurisprudencia del TJUE y al TFUE. Y ello en cuanto

Código Seguro de verificación: IW59RL5RfjC7mkUJLiMxqw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JUAN MARIA JIMENEZ JIMENEZ 23/09/2019 09:44:15	FECHA	25/09/2019
	VICTORIANO VALPUESTA BERMUDEZ 24/09/2019 13:39:40		
	JOSE GUILLERMO DEL PINO ROMERO 25/09/2019 09:30:27		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	2/5
 IW59RL5RfjC7mkUJLiMxqw==			



que denegar al progenitor nacional de tercer Estado, la residencia cuando tiene hijos de nacionalidad de Estado miembro de la Unión Europea supondría vulnerar los derechos de este último como ciudadano de la Unión Europea, al verse privado de la necesaria asistencia y protección de su progenitor. Quien al carecer del correspondiente permiso, podría ser expulsado y con él, el hijo menor, con ciudadanía de la Unión.

SEGUNDO.- La Administración del Estado combate la anterior sentencia por considerar en primer lugar que en el caso de la recurrente no cabía otorgarle el permiso, dado que ya era titular de un permiso de esas características. Con lo que procedía solicitar alguno de los permisos contemplados en el artículo 202 del Reglamento de Extranjería.

Por otra parte, considera que no es aplicable al caso de autos la jurisprudencia del TJUE que se cita en la sentencia en cuanto que lo que se contempla es la posible concesión de permiso de residencia los solicitantes padres de menores con ciudadanía de la Unión Europea, que estén a su cargo y tengan aquellos la guarda exclusiva de estos.

TERCERO.- En el caso de autos, son dos las cuestiones suscitadas en la apelación frente a la sentencia de instancia.

Sobre la posibilidad de solicitar una residencia por arraigo, lo cierto es que en el caso de autos, no estamos ante una prórroga o renovación de un permiso previo, sino que se da la circunstancia que la recurrente fue titular de un permiso de estas características, pero ya extinguido. Como señala la sentencia, no estamos en el caso de autos, ante un supuesto de prórroga o renovación, sino simplemente de solicitud de residencia sobre la base de unos motivos de arraigo familiar. Y ello por cuanto que la normativa no dispone que una vez solicitada en el pasado la la residencia excepcional por este motivo, no sea posible solicitar en otra ocasión, siempre claro esta que concurren las circunstancias correspondientes.

Dicho lo anterior, en el caso de autos, entendemos con la sentencia de instancia que eso es lo que ocurre. La solicitante es la madre de una menor nacional española con la que convive. Se desconoce si la menor convive con otros familiares, y si bien consta que el padre

Código Seguro de verificación: IW59RL5RfjC7mkUJLiMxqw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JUAN MARIA JIMENEZ JIMENEZ 23/09/2019 09:44:15	FECHA	25/09/2019	
	VICTORIANO VALPUESTA BERMUDEZ 24/09/2019 13:39:40			
	JOSE GUILLERMO DEL PINO ROMERO 25/09/2019 09:30:27			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	IW59RL5RfjC7mkUJLiMxqw==	PÁGINA	3/5
 IW59RL5RfjC7mkUJLiMxqw==				



reside en España, no sabemos si convive con la menor y su situación legal de residencia o nacionalidad. Por tanto partimos como señala la sentencia de el efectivo vínculo y con ello arraigo de la recurrente con su hija de nacionalidad española. La cual, como titular de los derechos que le asisten, determina a la vista de la jurisprudencia citada que procede otorgar a la recurrente el permiso solicitado.

Si bien es cierto como señala la administración demandada en apelación que la jurisprudencia del TJUE exige unos presupuestos precisos, no es menos cierto que los mismo se contemplan para el caso que el progenitor que reclama la residencia invocando un hijo de ciudadanía de la Unión Europea, tenga antecedentes penales. En cuyo caso, la excepción a la regla que impide conceder la residencia por la existencia de antecedentes penales, cede ante el necesario cuidado del menor para los casos excepcionales ya dichos: guarda exclusiva del menor por parte del progenitor que lo tenga a su cargo.

Por contra, en el caso de autos ningún antecedente penal tiene la recurrente, a quien este Tribunal con la sentencia de instancia, considera que sí procede la concesión del permiso solicitado ante la efectiva existencia de un arraigo familiar.

CUARTO.- En el caso de autos no procede imponer las costas de esta instancia a la parte apelante, dada cuenta de los diversos pronunciamientos contradictorios que sobre esta cuestión se han dictado.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación formulado por la apelante contra el auto que se dice en el antecedente primero de esta sentencia, la cual debemos confirmar. Sin costas.

Notifíquese la presente sentencia a las partes contra la que cabe preparar recurso de casación por escrito ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente a la notificación de la

Código Seguro de verificación: IW59RL5RfjC7mkUJLiMxqw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JUAN MARIA JIMENEZ JIMENEZ 23/09/2019 09:44:15	FECHA	25/09/2019
	VICTORIANO VALPUESTA BERMUDEZ 24/09/2019 13:39:40		
	JOSE GUILLERMO DEL PINO ROMERO 25/09/2019 09:30:27		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	4/5
			
IW59RL5RfjC7mkUJLiMxqw==			



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

presente en los términos y con las exigencias contenidas en el artículo 86 y siguientes de la LJCA.

Devuélvanse las actuaciones al Juzgado con testimonio de esta sentencia para su ejecución y cumplimiento.

Quede el original de esta sentencia en el legajo correspondiente y únase testimonio íntegro a los autos de su razón.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."

Código Seguro de verificación: IW59RL5RfjC7mkUJLiMxqw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JUAN MARIA JIMENEZ JIMENEZ 23/09/2019 09:44:15	FECHA	25/09/2019	
	VICTORIANO VALPUESTA BERMUDEZ 24/09/2019 13:39:40			
	JOSE GUILLERMO DEL PINO ROMERO 25/09/2019 09:30:27			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	IW59RL5RfjC7mkUJLiMxqw==	PÁGINA	5/5
 IW59RL5RfjC7mkUJLiMxqw==				

