



Roj: **STSJ M 7539/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:7539**

Id Cendoj: **28079330022017100571**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **24/07/2017**

Nº de Recurso: **379/2017**

Nº de Resolución: **592/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **FATIMA BLANCA DE LA CRUZ MERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Tribunal Superior de Justicia de Madrid**

Sala de lo Contencioso-Administrativo

**Sección Segunda** C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33010310

**NIG:** 28.079.00.3-2015/0007701

**Recurso de Apelación 379/2017**

**RECURSO DE APELACIÓN 379/2017**

**SENTENCIA NÚMERO 592/17**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID**

**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

**SECCION SEGUNDA**

-----

**Ilustrísimos señores :**

**Presidente.**

D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez

**Magistrados:**

D. José Daniel Sanz Heredero

D. José Ramón Chulvi Montaner

D<sup>a</sup>. Fátima Blanca de la Cruz Mera

D<sup>a</sup>. Natalia de la Iglesia Vicente

-----

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de julio de dos mil diecisiete.

Vistos por la Sala, constituida por los Señores del margen, de este Tribunal Superior de Justicia, los autos de recurso de apelación número 379/2017, interpuesto por D. Aurelio , representado por el Procurador Sr. Torrijos León, contra la Sentencia dictada el 23 de enero de 2017 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 24 de los de Madrid , recaída en los autos de Procedimiento Abreviado nº 168/2015. Ha sido parte apelada la DELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN MADRID, representada por el Sr. Abogado del Estado.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** Notificada la Sentencia que ha quedado descrita en el encabezamiento de la presente resolución, se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante en el plazo de los quince días siguientes, que fue admitido en ambos efectos por providencia en la que también se acordó dar traslado del mismo a las demás partes para que, en el plazo común de quince días, pudieran formalizar su oposición.

**SEGUNDO.-** No formuladas alegaciones por la parte apelada, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo elevó los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, a la Sala de lo Contencioso-administrativo.

**TERCERO.-** Recibidas las actuaciones se acordó dar a los autos el trámite previsto en los artículos 81 y siguientes de la Ley 29/1.998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa; señalándose para la deliberación y fallo del presente recurso de apelación el día 20 de julio de 2017, en cuyo acto tuvo lugar su celebración.

**CUARTO.-** En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

**VISTOS.-** Siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. Dña. Fátima Blanca de la Cruz Mera.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El presente recurso de apelación se interpone contra la sentencia ya referida que desestimó el recurso contencioso-administrativo formulado por el recurrente contra la Resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid de 12 de febrero de 2015 por la que se le deniega la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo familiar en aplicación del art. 31.5 de la LO 4/2000, reformada por la LO 8/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

El juzgador a quo sostiene que constando probado, visto el contenido del informe gubernativo desfavorable emitido en el procedimiento administrativo, la existencia de dos antecedentes penales por sendos delitos de tráfico de drogas con condenas a tres años de prisión, lo que revela una conducta personal que constituye una amenaza real y grave para bienes fundamentales, es razón suficiente para denegar el permiso, como se acordó en la resolución administrativa, sin entrar ya por ello a examinar, por ser difícilmente compatible con las anteriores circunstancias, la existencia del arraigo familiar aducido por el demandante.

La parte apelante discrepa de la sentencia afirmando que en aplicación del art. 124.3 del RD 557/2011 debe serle concedido el permiso solicitado, al ser padre de un menor de edad nacional español, sin que sea aplicable el requisito de carecer de antecedentes penales, que fue la única razón por la cual se le denegó el permiso.

La Administración demandada se opone al recurso de apelación deducido de adverso afirmando que en este tipo de permiso también es exigible que se carezca de antecedentes penales por exigirlo así el art. 31.5 de la LO 4/2000.

**SEGUNDO.-** La cuestión jurídica a resolver en el presente recurso ha sido abordada por la reciente STS de 10 de enero de 2017 (recurso de casación nº 961/2013) en el siguiente sentido:

*"Mediante Auto de 20 de marzo de 2.014 esta Sala planteó cuestión prejudicial ante el Tribunal de justicia de la Unión europea en la que se formuló la siguiente pregunta:*

*"¿Es compatible con el artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, interpretado a la luz de las Sentencias de 19 de octubre de 2.004 (asunto C-200/02) y 8 de marzo de 2.011 (asunto C-34/09), una legislación nacional que excluye la posibilidad de otorgar permiso de residencia a un progenitor de un ciudadano de la Unión Europea, menor de edad y dependiente de aquél, por tener antecedentes penales en el país donde formula la solicitud, aunque ello lleve aparejada la salida forzosa del territorio de la Unión del menor al tener que acompañar al progenitor?"*

*El Tribunal de Justicia ha dictado Sentencia en el asunto C-165/14, de 13 de septiembre de 2016. En ella se afirma lo siguiente:*

*"[...]*

*51 Sin embargo, la negativa a permitir que el progenitor, nacional de un tercer Estado, que se ocupa del cuidado efectivo de un ciudadano de la Unión menor de edad resida con éste en el Estado miembro de acogida privaría de todo efecto útil al derecho de residencia del menor, dado que el disfrute de un derecho de residencia por un menor implica necesariamente que éste tenga derecho a ser acompañado por la persona que se encarga de su cuidado efectivo y, por tanto, que esta persona pueda residir con él en el Estado miembro de acogida durante*



su estancia en éste (véanse las sentencias de 19 de octubre de 2004, Zhu y Chen, C-200/02, EU:C:2004:639, apartado 45, y de 10 de octubre de 2013, Alokpa y Moudoulou, C-86/12, EU:C:2013:645, apartado 28).

52 Así pues, del mismo modo en que el artículo 21 TFUE y la Directiva 2004/38 confieren un derecho a residir en el Estado miembro de acogida al menor nacional de otro Estado miembro que cumpla los requisitos establecidos en el artículo 7, apartado 1, letra b), de dicha Directiva, estas mismas disposiciones permiten que el progenitor que se encarga del cuidado efectivo de dicho nacional resida con él en el Estado miembro de acogida (sentencias de 19 de octubre de 2004, Zhu y Chen, C-200/02, EU:C:2004:639, apartados 46 y 47, y de 10 de octubre de 2013, Alokpa y Moudoulou, C-86/12, EU:C:2013:645, apartado 29).

53 Haciendo abstracción del supuesto contemplado en el apartado 47 de la presente sentencia, si la hija del Sr. Victoriano cumple las condiciones establecidas en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2004/38 para poder disfrutar de un derecho de residencia en España sobre la base del artículo 21 TFUE y de la mencionada Directiva, circunstancia que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, como se ha subrayado en el anterior apartado 49, estas últimas disposiciones deben interpretarse en el sentido de que se oponen, en principio, a que se le deniegue al Sr. Victoriano un derecho de residencia derivado en el territorio de dicho Estado miembro.

[...]

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).

[...]

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, lida, 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, lida, 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, Alokpa y Moudoulou, C-86/12, EU:C:2013:645, apartado 32).

[...]

78 Así pues, en el caso de que la denegación de la residencia al Sr. Victoriano, 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. Victoriano, 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, lida, 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, Alokpa y Moudoulou, C-86/12, EU:C:2013:645, apartado 32)."

La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal de Justicia es del siguiente tenor:



"En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

El artículo 21 TFUE y la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/211/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que exige la denegación automática de una autorización de residencia a un nacional de un tercer Estado, progenitor de un hijo menor de edad ciudadano de la Unión y nacional de un Estado miembro distinto del Estado miembro de acogida, que está a su cargo y que reside con él en el Estado miembro de acogida, debido únicamente a que dicho nacional de un tercer Estado tiene antecedentes penales.

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 Europea."

**CUARTO** .- Sobre el derecho del recurrente a la autorización de residencia por razones excepcionales.

Como se deriva de los términos de la Sentencia de instancia, la cuestión de fondo a resolver es la conformidad a derecho de la denegación de la autorización de residencia por razones excepcionales solicitada por don Victoriano el 18 de febrero de 2010 y padre de dos hijos ciudadanos de la Unión Europea menores de edad y a su cargo, uno de ellos de nacionalidad española, los cuales se verían obligados a abandonar el territorio de la Unión en caso de que el progenitor tuviera que salir de España y regresar a su país de origen, Colombia.

La Sala de instancia manifiesta el criterio de que dadas las circunstancias concurrentes y en atención a la jurisprudencia de esta Sala hubiera podido resultar procedente otorgar la autorización solicitada y anular la resolución impugnada, de no ser por la expresa previsión contenida en el artículo 31.4 de la Ley de **Extranjería** . Dicho precepto legal dice así:

"Artículo 31. Situación de residencia temporal .

[...]

4. Para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido. Se valorará, en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar la autorización de residencia a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la condena, los que han sido indultados, o que se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena."

Debe señalarse que en el tiempo transcurrido desde la Sentencia impugnada en casación y el momento presente en que hemos de resolver el litigio una vez respondida la cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia de la Unión, las circunstancias de hecho han variado de forma sustancial, puesto que la Administración española otorgó una autorización posterior a la que dio origen al presente procedimiento. Sin embargo ello no hace que el presente pleito pierda objeto, pues la concesión de la autorización en el momento en que le fue denegada inicialmente podría tener consecuencias positivas de diversa índole en la esfera jurídica del recurrente, como pudieran serlo indemnizaciones por la pérdida de contratos de trabajo o de prestaciones sociales o cotizaciones a la seguridad social o, en su caso, de transcurso del plazo para la adquisición de la nacionalidad por residencia. Debemos pues resolver el recurso de casación tal como se planteó en su momento, frente a la Sentencia que desestimó su recurso contencioso administrativo contra la resolución denegatoria de la solicitud de autorización de residencia por causas extraordinarias.

Pues bien, planteadas así las cosas y a la vista de lo declarado por el Tribunal de Justicia de la Unión en la Sentencia que se ha reseñado, debemos inaplicar en el presente supuesto el referido artículo 31.4 de la Ley de **Extranjería** que prohíbe otorgar la residencia de forma incondicional a quienes tengan antecedentes penales y que determinó la desestimación del recurso contencioso administrativo a quo. En efecto, esta Sala coincide con la de instancia en que dadas las circunstancias que concurrían, esto es, siendo el progenitor de dos hijos a su cargo ciudadanos de la Unión Europea, plenamente escolarizados y correctamente atendidos por el progenitor, procedía haber otorgado al solicitante la autorización de residencia por causa extraordinaria, tanto más cuanto que estaba en tramitación la cancelación de los antecedentes penales, como efectivamente sucedió después. Por otra parte los hijos del solicitante cumplen las exigencias del artículo 7.1.d) de la Directiva 2004/38, mientras que la denegación al padre de la autorización de residencia por él solicitada supondría la salida del territorio de la Unión Europea a los hijos de don Victoriano, ciudadanos de la Unión. Así pues, tal como ha declarado el Tribunal





*de Justicia, dicho precepto legal resulta en su aplicación al presente litigio contrario a los artículos 20 y 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y a la Directiva 2004/38/CE, dado su carácter incondicionado, que determina la denegación de la autorización incluso en un supuesto en el que dicha denegación acarrea la privación a dos ciudadanos de la Unión menores de edad el desconocer su derecho a residir y desplazarse en el territorio de la Unión Europea."*

**TERCERO.**- La aplicación al caso de autos de la precedente doctrina jurisprudencial conlleva estimar el recurso de apelación, atendidas las circunstancias concurrentes.

Es cierto que el apelante, de nacionalidad guineana, tiene antecedentes penales en nuestro país, habiendo sido cumplida ya una pena y estando la otra suspendida. Por lo demás, ha de hacerse constar que es padre de un menor de edad nacido en España y de nacionalidad española (consta su DNI), empadronado en el mismo domicilio en compañía tanto del apelante como de la madre del menor, también de nacionalidad guineana.

Pues bien, atendidas las anteriores consideraciones, puede afirmarse válidamente, sin que a ello se oponga de forma expresa la parte apelada, que de confirmarse la decisión administrativa, el apelante se vería obligado a abandonar el territorio español, resultando así afectados los derechos del menor español a su cargo. Por tanto, la mera existencia de antecedentes penales no puede impedir que en este caso, por las circunstancias antes reseñadas, se deniegue la autorización que nos ocupa, debiéndose estimar el recurso y reconocerle la autorización indebidamente denegada.

**CUARTO.**- Las costas procesales causadas en esta segunda instancia no son de expresa imposición a la parte apelante ( art. 139.2 LJCA ), imponiéndose a la parte demandada las causadas en la primera instancia (art. 139.1).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, por la potestad que nos confiere la Constitución Española,

## FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por D. Aurelio , representado por el Procurador Sr. Torrijos León, contra la Sentencia dictada el 23 de enero de 2017 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 24 de los de Madrid , recaída en los autos de Procedimiento Abreviado nº 168/2015, que se revoca, sin costas, y en su lugar declaramos que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la citada parte contra la Resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid de 12 de febrero de 2015 por la que se le deniega la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo familiar, que se anula por no ser conforme a Derecho, reconociendo al recurrente el derecho a la concesión de la autorización de residencia temporal a que estos autos se contraen, condenando a la Administración demandada a abonar las costas procesales causadas en la primera instancia.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de **treinta días** , contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa , con justificación del interés casacional objetivo que presente. Previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2612-0000-85-0379-17 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo **concepto** del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2612-0000-85-0379-17 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez D. José Daniel Sanz Heredero

D. José Ramón Chulvi Montaner D<sup>a</sup>. Fátima Blanca de la Cruz Mera

D<sup>a</sup>. Natalia de la Iglesia Vicente