



Roj: **STSJ CLM 3114/2017 - ECLI:ES:TSJCLM:2017:3114**

Id Cendoj: **02003330022017100864**

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

Sede: **Albacete**

Sección: **2**

Fecha: **13/12/2017**

Nº de Recurso: **388/2016**

Nº de Resolución: **490/2017**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MIGUEL ANGEL PEREZ YUSTE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJCA, Ciudad Real, núm. 2, 13-04-2016,  
STSJ CLM 3114/2017**

**T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.2**

**ALBACETE**

**SENTENCIA: 10490/2017**

**Recurso Apelación núm.388 de 2016**

**Ciudad Real**

**S E N T E N C I A N° 490**

**SALA DE LO CONTENCIOSO**

**ADMINISTRATI VO. SECCIÓN 2ª.**

Ilmos. Sres.:

Presidenta:

D.ª Raquel Iranzo Prades

Magistrados:

D. Jaime Lozano Ibáñez

D. Miguel Ángel Pérez Yuste

D. Ricardo Estévez Goytre

D. Constantino Merino González

En Albacete, a trece de diciembre de dos mil diecisiete.

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, los presentes autos número **388/16** del recurso de Apelación seguido a instancia de **D. Onesimo**, representado por el Procurador Sr. Legoruburo Martínez-Moratalla y dirigido por la Letrada D.ª Cristina García Mendoza, contra la **SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN CIUDAD REAL**, que ha estado representada y dirigida por el Sr. Abogado del Estado, sobre **PERMISO DE RESIDENCIA**; siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Miguel Ángel Pérez Yuste.

**ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** Se apela la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Ciudad Real nº 2, de fecha 13-4-2016 , número 89 recaída en los autos del recurso contencioso-administrativo, 229/2015.

Dicha sentencia contiene el siguiente fallo: *Desestima el recurso puesto por la representación de D. Onesimo contra la resolución de 1-7-2015 de la Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real, que acordó denegar la solicitud de residencia temporal por circunstancias excepcionales, con imposición de costas a la actora.*

**SEGUNDO.-** El recurrente interpuso recurso de apelación alegando que concurrían las circunstancias para que fuera estimado el mismo.

Concretamente alega:

-Que durante la tramitación del procedimiento administrativo no se le dio la oportunidad de poder aportar certificado de carecer de antecedentes penales, basándose exclusivamente la Subdelegación en los datos con los que contaba.

-Que la tenencia de antecedentes penales no cierra automáticamente la posibilidad de la concesión del permiso de residencia y que deben valorarse otras circunstancias: que ha sido condenado por delitos menores (conducir sin permiso), que ha cumplido las penas, que lleva en España desde el año 2007 y que tiene arraigo familiar (dos hijos menores españoles, escolarizados), laboral, pues ha estado trabajando durante estos años y social, pues está perfectamente integrado en España-

**TERCERO.-** El apelado se opuso señalando el acierto y corrección de la sentencia apelada.

**CUARTO.-** Recibidos los autos en esta Sala, se formó el correspondiente rollo de apelación, y no habiéndose opuesto la inadmisibilidad del recurso ni solicitado prueba, se señaló votación y fallo; llevada a cabo la misma, quedaron los autos vistos para dictar la correspondiente sentencia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El supuesto analizado de extranjero que solicita **permiso de residencia inicial por arraigo familiar por ser progenitor de menores españoles** , y al que le es denegada dicha solicitud por la Administración por aplicación estricta y exclusiva del artículo 31.5 de la LO 4/2000 , esto es, por tener antecedentes penales, sin concurrir ni analizar otras circunstancias (riesgo para el orden o seguridad pública, incumplimiento de deberes paterno-filiales...), ha sido ya examinado y resuelto por este Tribunal en sentencias anteriores y recientes, concretamente en la Sentencia de 20-7-2017 dictada en la AP 214/2016 , - ROJ STSJ CLM 2166/2017-, que a su vez se remitía a lo dicho en la sentencia de 14 de marzo de 2017 (apelación 354/2015 ).

**SEGUNDO.-** En la indicada sentencia decíamos:

"PRIMERO.- El interesado presentó una petición de permiso del art. 124.3 del Reglamento de la Ley Orgánica de extranjería, esto es, autorización de residencia temporal por razones de arraigo, y entre éstas, por arraigo familiar, prevista para " cuando 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".

La Administración denegó la autorización con el único argumento, tanto en la primera resolución como en la reposición, de que al interesado le constaban antecedentes penales por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y amenazas, siendo de aplicación el art. 31 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero , sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que establece que " Para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España o en los 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".

El Juez de la instancia desestimó el recurso por considerar relevantes los antecedentes penales y entender que no estaba acreditado que asumiera la manutención de la hija.

El interesado apela la sentencia señalando que el Reglamento no establece, en este tipo de permiso, la necesidad de carecer de antecedentes penales. Y en segundo lugar, señalando que sí está demostrado que el recurrente atiende a su hija, según declaró la madre de la niña y ex-esposa del actor, sin que pueda presumirse el incumplimiento cuando no hay privación de la patria potestad ni del régimen de visitas.

.....

CUARTO .- La sentencia TJUE de 13 de septiembre de 2016 analiza el caso de un ciudadano colombiano que tiene a su cargo a sus dos hijos menores de edad, ambos nacidos en España, siendo el hijo español y la hija polaca. Y analiza la compatibilidad de la regla del art. 31.5 L.O.E . tanto en relación con el art. 21 del Tratado



de Funcionamiento de la Unión Europea (derecho de libre circulación intracomunitaria) como con su art. 20 (ciudadanía europea).

El art. 21 del TFUE regula el derecho de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la UE (este precepto fue desarrollado por la Directiva 2004/38/CE, 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; y en España por el 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 ). Ahora bien, la sentencia de referencia deja claro que este régimen - al menos desde el punto de vista del Derecho Europeo- no es de aplicación al español que no ha efectuado una circulación intracomunitaria ni por tanto a su progenitor: " Dado que el hijo del Sr. Basilio , que es menor de edad, nunca ha ejercido su derecho de libre circulación y siempre ha residido en el Estado miembro del que tiene la nacionalidad, se ha de constatar que no está comprendido en el concepto de «beneficiario» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2004/38 , por lo que ésta no le es aplicable (sentencias de 15 de noviembre de 2011, Dereci y otros, C-256/11 , EU:C:2011:734 , apartado 57, y de 6 de diciembre de 2012, O y otros, C-356/11 y C-357/11 , EU:C:2012:776 , apartado 42) " (parágrafo 40). De modo tampoco en el caso del recurrente en los presentes autos -al menos desde el punto de vista del Derecho Europeo- podría extraerse una regla protectora dimanada del art. 21 y del régimen propio de parientes de ciudadanos comunitarios regulado en la Directiva mencionada. Dejemos dicho, aunque no sea de aplicación al caso, que el TJUE declara en cualquier caso que la regulación del art. 31.5 L.O .E . sería incompatible con el citado régimen. Y dejemos dicho también que hemos repetido por dos veces "al menos desde el punto de vista del Derecho Europeo" porque resulta que a nivel interno las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010 -rec. 114/2007 -, 20 de octubre de 2011 -rec. 1470/2009 - y otras, han introducido una discutible pero innegable extensión del ámbito de aplicación del Real Decreto 240/2007 que en realidad lo lleva más allá del establecido por la Directiva 2004/38 y por el TJUE, alcanzando así casos que serían semejantes al del Sr. Jesús tratado en la STJUE o del Sr. ... del caso de autos ( familiares de español sin circulación intracomunitaria de este último).

Pero no es necesario entrar a valorar si esta extensión tiene alguna trascendencia en nuestro caso. Y ello porque en cualquier caso la STJUE que venimos glosando deja claro que el art. 20 del TFUE sí es una norma directamente aplicable a cualquier ciudadano de la UE, haya habido o no "circulación intracomunitaria" (como es el caso del hijo del recurrente en nuestros autos). Y que como tal produce importantes consecuencias en relación con la situación del progenitor de aquél, al margen de que el régimen del art. 21 y de la Directiva 2004/38 no sea de aplicación al caso. La sentencia retoma la idea que ya latía en la anterior de 8 de marzo de 2011, caso Ruiz Zambrano, y razona así:

"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, meraga 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, lida, 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).

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

Hasta aquí la sentencia aproximadamente recoge las ideas ya contenidas en la sentencia Ruiz Zambrano. Ahora bien, en este caso se da un paso más, que es el que precisamente afecta al supuesto que estamos examinando. **EL TJUE pasa a analizar si, en esta situación, es compatible con el art. 20 un precepto como el art. 31.5 L.O .E . que prohíbe incondicionadamente y de manera automática la concesión del permiso, aun en una situación como la descrita, cuando hay antecedentes penales ; y dice así:**

"81 Es preciso subrayar que el artículo 20 TFUE no afecta a la posibilidad de los Estados miembros de invocar una excepción relacionada, en particular, con el mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad pública. Dicho esto, en la medida en que la situación del Sr. Basilio está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, la apreciación de esa situación ha de tener en cuenta el derecho al respeto de la vida privada y familiar, tal como se enuncia en el artículo 7 de la Carta, artículo que, como se ha recordado en el apartado 66 de la presente sentencia, debe ponerse en relación con la obligación de tener en cuenta el interés superior del niño, reconocido en el artículo 24, apartado 2, de la Carta.

82 Además, tal como se ha recordado en el apartado 58 de la presente sentencia, los conceptos de «orden público» y de «seguridad pública», como justificación de una excepción al derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión o de los miembros de sus familias, deben ser objeto de interpretación estricta, de manera que su alcance no puede ser determinado unilateralmente por los Estados miembros sin el control de las instituciones de la Unión.

84 En este contexto, procede considerar que, si la denegación del derecho de residencia se basa en la existencia de una amenaza real, actual y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública, teniendo en cuenta las infracciones penales cometidas por un nacional de un tercer Estado que tiene la guarda exclusiva de unos niños, ciudadanos de la Unión, tal denegación será conforme con el Derecho de la Unión.

85 Sin embargo, no cabe extraer esta conclusión de manera automática basándose únicamente en los antecedentes penales del interesado. Dicha conclusión sólo podrá derivarse, en su caso, de una apreciación concreta, por parte del órgano jurisdiccional remitente, del conjunto de circunstancias actuales y pertinentes del asunto, a la luz del principio de proporcionalidad, del interés superior del niño y de los derechos fundamentales cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia.

86 Esa apreciación, pues, debe tomar en consideración, en particular, la conducta personal del individuo de que se trate, la duración y legalidad de la residencia del interesado en el territorio del Estado miembro en cuestión, la naturaleza y la gravedad de la infracción cometida, el grado de peligrosidad actual del interesado para la sociedad, la edad de los niños de que se trate y su estado de salud, así como su situación familiar y económica.

87 Por consiguiente, el artículo 20 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una 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".

Aplicando todo lo anterior, el propio Tribunal Supremo que planteó la cuestión prejudicial ante el TJUE que dio lugar a la sentencia que venimos comentando, ha dictado finalmente sentencia estimatoria de fecha 10 de enero de 2017 (casación 961/2013 )."

.....

*TERCERO.- Lo que se ha razonado permite ver ya que la resolución administrativa presenta el defecto (ciertamente comprensible al haberse dictado antes de la Sentencia europea mencionada) de aplicar con total automaticidad la interdicción de permiso en caso de antecedentes penales. Sin embargo, como vemos, el padre o madre de un menor español que lo atienda tiene pues posibilidad plena de obtener este permiso incluso en presencia de antecedentes penales, y el art. 31.5 de la Ley Orgánica 4/2000 queda desplazado por la norma europea en virtud del principio de primacía.*



No obstante, el Juez considera que no se ha acreditado que el recurrente se haga cargo de la hija menor, cosa que desde luego sí es precisa para que el permiso proceda, tanto desde el punto de vista de la doctrina europea como de la normativa española. El actor apela también esa conclusión del Juez.

Consta el matrimonio entre el interesado y D.<sup>a</sup> Raquel , también de nacionalidad colombiana, celebrado en Toledo en 2004; el nacimiento de la hija común, hoy de nacionalidad española, en 2007; y la sentencia de divorcio de 26 de enero de 2009 , en la cual se atribuye la custodia a la madre, con patria potestad compartida, régimen de visitas a favor del padre y la obligación de contribuir en 450 € mensuales al sostenimiento de la niña. No consta medida alguna de privación de la patria potestad ni de restricción del régimen de visitas. Ha comparecido en autos la madre de la menor y ex esposa del actor, manifestando que la relación del padre con la hija es excelente, que la visita todos los días y que el padre cumple con sus obligaciones, entregando en efectivo a la madre 300 € mensuales, además de asumir todos los gastos extraordinarios que supone el mantenimiento de la hija.

Como hemos dicho, el apelante discute que se declare no probado este extremo. Hay que destacar que ni en la resolución administrativa, ni en la contestación a la demanda, ni en la oposición a la apelación, se ha puesto en duda en ningún instante por la Administración este aspecto de la cuestión, y ello pese a que ya desde el recurso de reposición -a la vista de la denegación del permiso- se viene alegando que el padre cumple con sus obligaciones. A la vista de lo anterior es obvio que la prueba aportada es más que suficiente, a falta de nada en contra y siquiera de negación de los hechos de contrario, para permitir la concesión del permiso.

Téngase en cuenta, en fin, que se trata aquí no solo de denegar al extranjero el permiso, sino de privar a una ciudadana española, menor, de su padre, titular de la patria potestad, de un régimen de visitas y atención establecido en sentencia. La madre manifiesta el correcto cumplimiento de todas las obligaciones a satisfacción y no hay nada en contra de esta apreciación, ni siquiera oposición de la Administración a este hecho; de modo que procede estimar el recurso."

**TERCERO.-** Aplicando la doctrina anterior al caso de autos, queda acreditado que el recurrente es padre de dos menores españoles - Mariano y Urbano -; también la escasa gravedad de los delitos por los que fue condenado y de los que derivan los antecedentes penales (conducir sin permiso), y que no existe indicio alguno de que el recurrente no cumpla sus obligaciones como padre o haya sido privado de la patria potestad; en virtud de todo ello procede la estimación del recurso.

**CUARTO.-** De conformidad con lo establecido en el art. 139 de la Ley Jurisdiccional , no se imponen costas en apelación, ni tampoco las de instancia, pues no en vano, la base de la estimación del recurso es la sentencia del TSJE del año 2016, anterior a la fecha de la resolución administrativa de no concesión del permiso de residencia.

Vistos los artículos citados y demás de general y común aplicación,

## FALLAMOS

- 1.º Estimamos el recurso de apelación.
- 2.º Revocamos la sentencia de instancia.
- 3.º Estimamos el recurso contencioso Administrativo, y anulamos la Resolución de 1-7-2015 de la Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real, que acordó denegar la solicitud de residencia temporal por circunstancias excepcionales.
- 4.º Se reconoce a D. Onesimo , el permiso de residencia solicitado.
- 5.º No se imponen costas en ninguna de las dos instancias.

Notifíquese, con indicación de que contra la presente sentencia cabe recurso de casación para ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo, que habrá de prepararse por medio de escrito presentado ante esta Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de su notificación, estando legitimados para ello quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido, debiendo hacerse mención en el escrito de preparación al cumplimiento de los requisitos señalados en el art. 89.2 de la LJCA .

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

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado D. Miguel Ángel Pérez Yuste, estando celebrando audiencia en el día de su fecha la Sala de lo Contencioso Administrativo que la firma, y de lo que como Secretario, certifico en Albacete, a trece de diciembre de dos mil diecisiete.